

**Corso di alta formazione della Scuola Superiore della Magistratura  
dal tema “La nuova disciplina del mercato del lavoro”  
Scandicci (FI) 24 - 26 ottobre 2016**

***Profili di legittimità costituzionale e comunitaria della nuova disciplina del rapporto di lavoro***

*Carmelo Celentano, sostituto procuratore generale presso la Corte di Cassazione*

*26 ottobre 2015*

**Sommario:** 1. Introduzione; 2. Priorità logica delle questioni relative all’art. 76, Cost.: la legge delega; 3. I possibili vizi legati all’eccesso o al difetto di delega; 3.1 L’eccesso di delega rispetto al criterio temporale; 3.2 L’eccesso di delega rispetto all’ambito della disciplina; 4. Ulteriori profili di legittimità costituzionale: disparità di trattamento e irragionevolezza; 4.1 Il regime transitorio; 4.2 La cd. ridotta monetizzazione dell’illecito; 4.3 ... con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 101, 102 e 111 Cost.; 4.4 La compatibilità comunitaria: in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.; 4.4.1 – Premessa: il rapporto fra gli ordinamenti; 4.4.2 La compatibilità comunitaria della tutela risarcitoria e gli standard internazionali e sovranazionali; 4.4.3 La compatibilità comunitaria relativa alla materia dei licenziamenti collettivi; 5.1 Il nuovo art. 2103 cod.civ. Rapporti fra la legge delega, il decreto legislativo delegato e l’art. 76, Cost.: una lettura costituzionalmente orientata; 5.1.1 - L’assegnazione a mansioni inferiori concordata

## **1. Introduzione**

<sup>1</sup>Il tema in discussione avrà principalmente ad oggetto la legge 10/12/2014, n. 183, in riferimento al D.Lgs. 04/03/2015, n. 23, attuativo della prima, lette in una prospettiva costituzionale e comunitaria.

Alcuni accenni, data la vastità del tema oggetto dell’incontro, tenterò poi di svolgere, nella stessa prospettiva, con riguardo anche alla modifica dell’art. 2103 c.c. contenuta nel D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

In proposito è opportuno premettere due brevi osservazioni.

---

<sup>1</sup> Con poche aggiunte ed aggiornamenti, si tratta della relazione svolta all’incontro di studio “La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio”, Scandicci (FI) 13 - 15 aprile 2015, con riferimenti ad alcune considerazioni, pubblicate nel volume *La nuova disciplina delle mansioni, dopo il jobs act, a cura di I. Piccinini, A. Pileggi e P. Sordi*, iniziativa editoriale dedicata al collega ed amico scomparso Attilio Palladini da parte di colleghi Giudici del lavoro ed amici dell’ambiente accademico, che lo ammiravano e stimavano.

La prima è che un ordinamento come il nostro, il quale, non soltanto è dotato di una Costituzione “rigida”, ma le cui limitazioni di “sovranità”, quanto all’aspetto sovranazionale e convenzionale internazionale, sono presidiate dalla medesima Costituzione, ogni verifica di “compatibilità” deve necessariamente essere inserita in primo luogo nell’ambito del contesto giurisprudenziale costituzionale.

Ed è quindi questo l’approccio che intendo seguire in questa rapida disamina delle possibili questioni di compatibilità costituzionale e comunitaria, precisando sin d’ora che le osservazioni che via via esporrò avranno il solo scopo di porre interrogativi che siano di stimolo ad una riflessione, piuttosto che illustrare le prese di posizione formatesi nell’ampio dibattito dottrinario, alimentato dalle serrate critiche di una pregressa polemica politica e da una evidente radicalizzazione del contesto scientifico, in cui l’atteggiamento di coloro che delineano possibili letture costituzionalmente orientate, tende ad essere inserito nel novero dei *laudatores legis*.

Peraltro è evidente che la prospettiva della giurisdizione e la logica esegetica che informa l’attività di chi come me svolge il ruolo di magistrato si deve muovere nel contesto di principi costituzionali che, a garanzia della libertà ed indipendenza, lo vincolano alla legge e solo alla legge, in modo da essere chiamato ad applicarla senza interferenze od interventi al di fuori di essa, che possano incidere sulla formazione del libero convincimento<sup>2</sup>.

La seconda osservazione consiste nel fatto che, in materia di diritto del lavoro, il particolare sistema di fonti aveva in passato tradizionalmente disegnato un altrettanto particolare intreccio fra eteronomia ed autonomia, sostanzialmente regolato attraverso il contemperamento di una regolazione di interessi affidata, per un verso alle parti sociali, per l’altro al contestuale bilanciamento di valori costituzionali via via interessati.

Si assisteva ad una legislazione aperta al coinvolgimento delle parti sociali che conviveva con una autonomia collettiva attenta, per converso, anche alle esigenze dell’economia e dunque alle esigenze di macroregolazione dei mercati.

Oggi, tali prospettive risultano viepiù ridimensionate, attraverso uno storico passaggio dalla unitarietà di azione dei sindacati e dalla unitaria sottoscrizione dei contratti collettivi, alla rottura della unità delle organizzazioni maggiormente rappresentative e alla conclusione di

---

<sup>2</sup> Si tratta evidentemente delle opzioni interpretative dei precetti costituzionali contenuti negli artt. 101 e 104 Cost. che sono stati evidenziati dalla Corte costituzionale fin dalle sentenze n. 8 del 1962 e n. 91 del 1964, ma hanno un evidente impatto anche in termini di certezza del diritto, come evidenziava già P. Calamandrei, in *Non c’è libertà senza legalità*, “Non vi è dubbio che il giudice ha sempre, anche quando la legge è chiara e precisa, un certo ambito di apprezzamento per stabilire i rapporti tra legge ed il fatto; ma è certo altresì che questo ambito è delimitato dai termini posti dalla legge e che è proprio questa delimitazione posta dalla legge al giudice che costituisce la maggiore certezza del diritto e della libertà” affermazione ricordata da G. Vidiri, in *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del job act tra luci e (non poche) ombre*, nel testo dell’intervento tenuto al convegno di studi “Le nuove tutele contro il licenziamento illegittimo nel regime del jobs act” – Roma, 13 febbraio 2015, Aula Magna della Corte di Cassazione; il quale condivisibilmente ne trae un monito “per quanti operano in settori ordinamentali di rilevante impatto sociale e su materie suscettibili, per gli interessi coinvolti, di essere demagogicamente declinati” .

contratti collettivi "separati", anche attraverso un recesso dal sistema confindustriale praticato da alcune rilevanti realtà imprenditoriali<sup>3</sup>.

Siffatta evoluzione pare confermata attraverso l'imposizione di un diritto, in particolare quello più connesso alle relazioni sociali fondamentali – quale quello del lavoro-, sempre più eteroregolato attraverso l'imposizione di riforme legislative che prendono atto degli assestamenti degli equilibri di mercato, a loro volta indotti dall'adozione di misure a carattere pro concorrenziale, imposte dall'adesione ai Trattati UE.

## **2. Priorità logica delle questioni relative all'art. 76, Cost.: la legge delega**

Le questioni di compatibilità costituzionale relative alla violazione dei limiti fissati nella delega presentano caratteri di priorità logica, prima ancora che giuridica, perché esse investono il corretto esercizio della funzione legislativa e, quindi, a prescindere dalla fondatezza o meno degli altri dubbi, l'eventuale fondatezza di esse eliderebbe in radice ogni aspetto anche interpretativo sul merito del risultato normativo ottenuto.

La legge 10/12/2014, n. 183<sup>4</sup>, all'art. 1, comma 7, con riferimento al tema oggi in discussione, *“allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”*, ha previsto, fra l'altro, una specifica delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi, enunciando una serie di principi e criteri direttivi, *“in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali”*.

Il richiamo al contesto europeo ed internazionale può suscitare più di qualche perplessità, quanto alla specificità e cogenza della relativa *ratio*, essendo evidente non soltanto la genericità del richiamo, ma anche la sistemazione atecnica dell'ambito della “regolazione”. Si tratta infatti di una categoria giuridica riservata notoriamente all'attività di agenzie od autorità indipendenti, cui sono trasferite attività di regolazione di specifiche materie o mercati di riferimento.

Si tratta dunque, non del riferimento al “diritto dell'Unione europea”, ma dell'invocazione di obiettivi della regolazione europea, che da molti anni ormai sono entrati a far parte dell'agenda politica e parlamentare di molti Paesi occidentali, come fattore di competitività e di sviluppo economico e, quindi, come condizione essenziale per agevolare l'esercizio dei

---

<sup>3</sup> Si tratta del mutato scenario delle relazioni sindacali e delle strategie imprenditoriali, così come descritto ed analizzato dai giudici *a quibus* e dalla sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 19, primo comma, lettera b), della legge 20 maggio 1970, n. 300.

<sup>4</sup> Così rubricata *“Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro”*

fondamentali diritti di cittadinanza<sup>5</sup>. La prospettiva della norma è diretta piuttosto verso l'individuazione a livello europeo dei fattori che ostacolano lo sviluppo e la competitività delle imprese, in vista di obiettivi di finanza pubblica diretti ad un incremento del PIL, secondo una strategia che si fonda sulla semplificazione normativa, sulla riduzione degli oneri amministrativi, con conseguente analisi di impatto.

E' evidente, dunque, che un simile richiamo appare più diretto a fungere da criterio per l'individuazione di un testo organico semplificato delle discipline, delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro, che a costituire un contesto specifico di rispetto del "diritto dell'Unione", che peraltro sarebbe stato del tutto ridondante, essendo evidentemente tenuto il legislatore, sia esso delegante che delegato, al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Ciò posto, vengono in rilievo i criteri direttivi indicati nella articolo 1, comma 7, lettera c), della medesima legge n. 183 del 2014, ed in particolare la previsione, per le nuove assunzioni, di un *contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento.

Un dubbio può suscitare, quanto alla specificità della delega, l'ampiezza concettuale della formula sintattica *contratto a tutele crescenti* utilizzata dal legislatore unitamente alla contestuale specificazione di una disciplina che attiene al licenziamento, piuttosto che alla disciplina propria di un simile contratto.

La giurisprudenza costituzionale ha, infatti, in numerose occasioni affermato che il disposto dell'art. 76, Cost. può ritenersi rispettato quando il legislatore delegante abbia conferito al legislatore delegato direttive vincolanti, che ragionevolmente limitino la sua discrezionalità, in quanto "*il libero apprezzamento del legislatore delegato non può mai assurgere a principio o a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, qual è, per definizione, la legislazione su delega*"<sup>6</sup>.

Tuttavia, non pare possibile ragionevolmente sostenersi la sussistenza di un margine troppo ampio di delega, perché "*nell'interpretazione del contenuto della delega, occorre tenere conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che la ispirano*"<sup>7</sup>, avuto riguardo peraltro al principio, anch'esso espresso dal giudice delle leggi, secondo cui, in considerazione della varietà delle materie riguardo alle quali si può ricorrere alla delega

---

<sup>5</sup> Il riferimento è ai principi di buona regolamentazione, introdotti sin dalle Raccomandazioni dell'OCSE del 1995, e dal Trattato di Amsterdam del 1995 (Protocollo allegato), sino al recente "Programma d'azione" adottato (nel quadro della Strategia di Lisbona) dalla Commissione Europea.

<sup>6</sup> Corte costituzionale, sentenze n. 68 del 1991 e n.340 del 2007

<sup>7</sup> Corte costituzionale, sentenze n. 341 del 2007, n. 426 del 2006, n. 285 del 2006, n. 481 del 2005, n. 163 del 2000, sent. n. 15 del 1999

legislativa, non è possibile enucleare *una nozione rigida valevole per tutte le ipotesi di "principi e criteri direttivi", sicchè, in questo ordine d'idee, deve ritenersi che «il Parlamento, approvando una legge di delegazione, non è certo tenuto a rispettare regole metodologicamente rigorose».*

Pertanto, nonostante l'approssimazione dell'utilizzazione di una definizione contrattuale sconosciuta dall'ordinamento – il contratto a tutele crescenti - il complesso della delega non può di per sé ritenersi irragionevolmente ampio, salva tuttavia la conseguenza che il dato testuale innovativo utilizzato sia, poi, proprio per questo, rigorosamente scrutinato nell'ambito del rapporto fra la legge delega e il decreto attuativo.

Il margine di discrezionalità conferito al legislatore delegato appare infatti controbilanciato dalla fissazione chiara dell'ambito temporale di applicazione – ancorato al momento della assunzione dei lavoratori – dal tipo di tutele o meno da introdurre, accompagnato da una ragionevole differenziazione delle discipline relative ai diversi istituti afferenti alla cessazione del rapporto di lavoro per licenziamento.

Infine, e sempre limitatamente all'esame della legge delega n. 183, appare davvero oltremodo difficile collocare fuori dall'orbita della legittima discrezionalità del legislatore quei criteri direttivi che impongono di escludere la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo solo un indennizzo economico certo e crescente e limitando il diritto alla reintegrazione a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare.

Pur denotando un arretramento del sistema di tutele, nel contesto di una regolazione europea della cd. *governance economica*, il criterio direttivo indicato sembra sfuggire ad un vizio proprio di costituzionalità, in quanto frutto esso stesso di un bilanciamento o meglio di una comparazione di interessi e valori costituzionali. Si tratta, come da alcuni acutamente osservato, di un ambito di tensione con i principi costituzionali di portata generale, o meglio "sistemico", la cui soluzione implicherebbe una lettura "sostanzialistica" della Costituzione, che difficilmente potrebbe trovare conferme nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti sociali<sup>8</sup>.

Del resto non è un caso che la giurisprudenza costituzionale, pur ritenendo sussistente una costituzionalizzazione della regola della necessaria giustificazione del licenziamento individuale, ha ritenuto che la tutela reale in materia di rapporto di lavoro non esprime un principio "a contenuto costituzionalmente vincolato". Una simile disciplina nonostante manifesti un "*indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione*", attraverso un limite al potere di recesso del datore di lavoro, non costituisce, infatti, "*l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi*"<sup>9</sup>. Principio questo, va ricordato per dovere di completezza, su cui la Corte di legittimità ha gettato una

---

<sup>8</sup> S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 246/2015

<sup>9</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 46 del 2000, resa nel giudizio di ammissibilità della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 20 maggio 1970, n. 300, limitatamente all'art. 18, come modificato dall'art. 1 della legge 11 maggio 1990, n. 108.

luce diversa allorchè ha precisato che *“il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma”*. Sicchè la tutela reale del lavoratore potrebbe essere discrezionalmente limitata dal legislatore attraverso un bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti che privilegi le ragioni dell'impresa di piccole dimensioni senza tuttavia *“che questa limitazione del diritto al lavoro debba essere affidata al soggetto interessato ossia al datore di lavoro”*<sup>10</sup>.

Si tratta tuttavia di temi che risultano evidentemente rilevanti più sul piano della violazione diretta dei parametri costituzionali di cui all'art. 4 e 35, Cost., che sul piano della legittimità costituzionale della delega, ai sensi dell'art. 76, Cost., in questo sufficientemente ampia da consentire una disciplina che bilanci correttamente i valori costituzionali in gioco.

### **3. I possibili vizi legati all'eccesso o al difetto di delega**

Un cospicuo numero di rilievi è stato formulato dai primi commentatori sul decreto legislativo D.Lgs. 04/03/2015, n. 23, con riguardo proprio a ipotesi di violazione della delega, sia nel senso dell'eccesso e del difetto di delega, sia nel senso della carenza assoluta dell'esercizio della delega.

Siffatto ultimo vizio, che coinvolge essenzialmente la questione attinente alla evidente carenza nel decreto delegato di specifiche disposizioni, ad esempio, a garanzia *“di termini certi per l'impugnazione del licenziamento”* è privo di rilievo in questa sede, essendo evidente la possibilità, prevista dall'art. 1, comma 13 della legge delega n. 183, che nei dodici mesi dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi, nel rispetto dei principi e criteri direttivi già fissati, il Governo possa adottare disposizioni integrative e correttive. Peraltro, nessun dubbio può sussistere, per pacifica giurisprudenza costituzionale, circa l'ammissibilità della previsione di tali decreti, allorchè *“si intervenga solo in funzione di correzione o integrazione delle norme delegate già emanate, e non già in funzione di un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega "principale"; e che si rispettino pienamente i medesimi principi e criteri direttivi già imposti per l'esercizio della medesima delega principale”* (sentenze n. 153 del 2014 e n. 206 del 2001).

Venendo ora all'esame degli aspetti problematici relativi all'esercizio della delega, va precisato che la giurisprudenza costituzionale è ferma nel delineare i principi nell'ambito dei quali l'interprete si deve muovere per l'individuazione o meno di una questione di legittimità scrutinabile dalla Corte costituzionale.

In primo luogo, si è precisato che il sindacato di costituzionalità relativo alla delega legislativa si esplica attraverso *“un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli: l'uno, relativo alle norme che determinano l'oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla delega, tenendo conto del complessivo contesto di norme in cui si collocano e*

---

<sup>10</sup> Sez. U, Sentenza n. 141 del 2006

*si individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione; l'altro, relativo alle norme poste dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi ed i criteri direttivi della delega*<sup>11</sup>.

In secondo luogo, *“nell'interpretazione del contenuto della delega, occorre tenere conto del complessivo contesto normativo e delle finalità che la ispirano, verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte operate dal legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge-delega”*<sup>12</sup>.

Infine, la Corte costituzionale, quanto all'ambito di discrezionalità del legislatore delegato, ha ulteriormente affermato, da un lato che è compatibile con l'art. 76 Cost. *«l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante»*<sup>13</sup>, dall'altro, che *la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, potendo essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega*<sup>14</sup>.

Sicché, per valutare se il legislatore abbia ecceduto i margini di discrezionalità, è necessario individuare la *ratio* della delega, per verificare se la norma delegata sia ad essa corrispondente, in quanto va *“escluso che le funzioni del legislatore delegato siano limitate ad una mera scansione linguistica delle previsioni del legislatore delegante, essendo consentito al primo di valutare le situazioni giuridiche da regolamentare e di effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi”*<sup>15</sup>.

### **3.1 L'eccesso di delega rispetto al criterio temporale**

Alla luce di questo quadro giurisprudenziale, la disamina delle criticità legate alla delega può essere coerentemente condotto utilizzando come filo conduttore la *ratio* contenuta nella delega, innanzitutto con riferimento ad un primo e più sicuro ambito direttivo, quello relativo al principio secondo cui la disciplina del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti deve essere riferito alle *“nuove assunzioni”*<sup>16</sup>.

**3.1.1**-In primo luogo viene in rilievo la previsione di cui all'art. 1, comma 3, secondo la quale le disposizioni del decreto legislativo n. 23 si applicano anche al licenziamento di lavoratori assunti precedentemente all'entrata in vigore del decreto, *“nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute*

---

<sup>11</sup> Fra le molte: Corte costituzionale sentenze n. 341 del 2007, n. 340 del 2007, n. 170 del 2007, n. 54 del 2007, n. 426 del 2006, n. 280 del 2004

<sup>12</sup> Corte costituzionale, sentenze n. 341 del 2007, n. 426 del 2006, n. 285 del 2006, n. 481 del 2005, n. 163 del 2000

<sup>13</sup> Corte costituzionale, sentenze n. 47 del 2014, n. 341 del 2007, cit., n. 426 del 2006, cit.

<sup>14</sup> Corte costituzionale, ordinanze n. 213 del 2005, n. 490 del 2000

<sup>15</sup> *E pluribus*, Corte costituzionale ord. n. 213 del 2005, v. supra; sent. n. 199 del 2003 v. supra; sent. n. 308 del 2002

<sup>16</sup> Tale ambito di applicazione della nuova disciplina costituirebbe *“l'ubi consistam del contratto a tutele crescenti”*, secondo Giubboni, *op. cit.*

*successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all' articolo 18 , ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300 , e successive modificazioni”.*

Si è osservato che tale norma non sarebbe compatibile con il criterio direttivo temporale, rendendo applicabile le nuove disposizioni a lavoratori assunti in precedenza<sup>17</sup>.

Sembra evidente, in questo caso, un contrasto con il criterio direttivo di cui alla lett. c), direttamente evocato nell'epigrafe del decreto legislativo n. 23. E' tuttavia necessario suggerire in proposito la necessità che il parallelo processo ermeneutico da condurre, in riferimento alla legge delega, non può non tener conto anche degli ulteriori criteri direttivi, fra i quali quello di cui alla lettera b) , secondo cui occorre promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti.

Laddove si consideri che la disposizione in esame corrisponde anche alla finalità di incentivare nuove assunzioni, consentendo al datore di lavoro di avvalersi nei confronti di tutti i dipendenti della nuova disciplina proprio mediante il superamento del requisito dimensionale, potrebbe pervenirsi ad una interpretazione in *bonam partem*, quanto meno limitatamente a tale profilo, sebbene notevoli dubbi possano comunque residuare. Tanto più che le modalità applicative di una simile disposizione potrebbero rendere invalso l'uso distorto di esso da parte di imprenditori che, dapprima integrino di proposito il requisito dimensionale, per poi farlo flettere preordinatamente.

Si potrebbe dunque condividere l'opinione di chi sostiene che l'interpretazione logica dovrebbe condurre ad affermare che in questo caso al vecchio assunto torni ad essere applicabile la disciplina dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966<sup>18</sup>.

Nel mentre apprezzabile è l'osservazione di chi afferma che tale risultato avrebbe potuto essere conseguito semplicemente escludendo i neoassunti con contratto a tutele crescenti dal computo dell'organico utile ai fini della determinazione della soglia occupazionale rilevante per l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto, senza in questo modo provocare un eccesso di delega<sup>19</sup>.

**3.1.2** - Altro punto di tensione con la legge delega riguarda l'art. 1 comma 2, che estende la nuova disciplina anche ai casi di conversione di contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratti a tempo indeterminato, successivi all'entrata in vigore del decreto.

---

<sup>17</sup> Cfr. Fra i vari osservatori si veda anche l'appello dei giuristi democratici al Presidente della Repubblica, avente ad oggetto: richiesta di rinvio al Governo, ai fini del riesame, del primo decreto attuativo della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 «recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti»

<sup>18</sup> G. Proia, *il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli

<sup>19</sup> Giubboni, *op. cit.*

Si è osservato che, producendo normalmente la “conversione” un effetto *ex tunc*, e dunque fin dalla stipula del contratto convertito, sarebbe evidente come siffatta disposizione avrebbe finalità derogatorie rispetto alla disposizione generale, rendendo applicabile la nuova disciplina a fattispecie che, altrimenti, sarebbero state regolate *ratione temporis* dalla previgente, in difetto di una delega specifica.

Tale evidente deroga alla ripartizione fra vecchio e nuovo regime sembra determinare una altrettanto evidente violazione della legge delega che avrebbe impostato il discrimine temporale soltanto con riferimento al momento dell’assunzione.

Sul punto vi è da osservare, tuttavia, che il fenomeno disciplinato dalla norma con riferimento al momento “atecnicamente indicato” della conversione riguarda più fenomeni sui quali disciplina normativa, prima, e giurisprudenza, poi, hanno affrontato a diversi fini il tema degli effetti della conversione.

Da un lato vi è il caso dell’art. 5, commi 3 e 4, del d. lgs. n. 368 del 2001, dai quali si deduce che non sempre il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto<sup>20</sup>.

Dall’altro vi sono i casi di conversione negoziale, rispetto ai quali evidentemente la norma si pone in termini di incentivo.

Nel contempo, non solo l’ordinamento stesso disciplina effetti di conversione del contratto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato anche non *ex tunc*, ma dispone del contratto di apprendistato di cui al d. lgs. n. 167 del 2011, come di un contratto di lavoro fin dall’origine tempo indeterminato finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani.

Nel mentre la giurisprudenza, con riferimento al contratto di formazione lavoro di cui alla legge n. 863 del 1984, appartenente al *genus* dei contratti a tempo determinato, ha escluso ad esempio che dessero luogo a trattamento discriminatorio, le clausole della contrattazione collettiva che distinguono i lavoratori con contratti di formazione e lavoro ancora in corso da quelli già in servizio con contratto a tempo indeterminato, sancendo l'equiparazione dei primi al personale di nuova assunzione, ai soli fini dell'esclusione dall'attribuzione di nuove voci salariali aziendali, senza incidere sulla conservazione dell'anzianità di servizio. In un simile contesto non potrebbe, infatti, ricorrersi alla categoria dei diritti quesiti, che sono ipotizzabili solo con riferimento a situazioni che siano già entrate a far parte del patrimonio del lavoratore subordinato, *e non invece in presenza di quelle situazioni future o in via di consolidamento, che sono frequenti nel contratto di lavoro, da cui scaturisce un rapporto di durata con prestazioni ad esecuzione periodica o continuativa, autonome tra loro e*

---

<sup>20</sup> Il comma 3 recita infatti: Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell' articolo 1 , entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Le disposizioni di cui al presente comma, nonché di cui al comma 4, non trovano applicazione nei confronti dei lavoratori impiegati nelle attività stagionali di cui al comma 4-ter nonché in relazione alle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. (27)

*suscettibili come tali di essere differientemente regolate in caso di successione di contratti collettivi* (Cass. 20838 del 2009, n. 1576 del 2000; v. pure Cass. n. 3982 del 2014).

In tale variegato contesto potrebbe suggerirsi un percorso interpretativo che, partendo dalla constatazione secondo cui la *conversione* del rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato non costituisce una sanzione atipica ma l'effetto della nullità del termine, o l'effetto di una disciplina specifica, perviene a considerare il comma 2, in commento, come una disciplina necessaria, non esorbitante i limiti della delega, ma che semplicemente estende, come sviluppo coerente, la regola dettata dalla nuova disciplina anche alle ipotesi che potrebbero determinare dubbi interpretativi. Con un unico *caveat*: l'eccentricità di una simile conclusione, rispetto alla giurisprudenza di legittimità la quale pacificamente ritiene che in materia di assunzioni di lavoratori subordinati con illegittima apposizione della clausola di durata, trova applicazione, alla stregua del principio "*tempus regit actum*", la disciplina vigente al momento della stipulazione del contratto a termine.

Di siffatto orientamento, che avrebbe comunque risolto in senso difforme il problema del diritto intertemporale, evidentemente il legislatore delegato non ha tenuto conto, con possibile ridondanza, evidentemente, anche sul problema dell'eccesso di delega.

**3.1.3** – Ancora nel senso dell'eccesso di delega, secondo alcuni commentatori, si porrebbe l'esclusione disposta dall'art. 11 del D.lgs n. 23 per i nuovi assunti del rito speciale di cui all'art. 1, commi 47 e ss. della legge n. 92 del 2012.

In particolare è stato osservato che si tratta di una vera e propria disincentivazione del processo determinata chiaramente da eccesso di delega, poiché la legge n. 183 del 2014 sarebbe priva di disposizioni di carattere processuale<sup>21</sup>, e perché la misura sarebbe incoerente rispetto agli scopi perseguiti dalla legge delega.

Ad una tale impostazione è stato a ragione contrapposto, tuttavia, che si tratterebbe in realtà di una norma superflua o ridondante, in quanto le disposizioni del nuovo rito, a mente del comma 47 dell'art. 1 della l. n. 92 del 2012, "*si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della l. n. 300 del 1970 e successive modificazioni*", nel mentre ai licenziamenti oggetto del D.lgs n. 23 del 2015 evidentemente non si applica l'art. 18, a prescindere dall'art. 11, sicché già ai sensi della pregressa disciplina quel rito non sarebbe applicabile al "contratto a tutele crescenti"<sup>22</sup>.

Piuttosto, nella disposizione in esame, più che un eccesso di delega, sembrerebbero potersi paventare profili di incostituzionalità con riferimento agli artt. 3, 24 e 111, Cost., con

---

<sup>21</sup> A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 245/2015

<sup>22</sup> F. Amendola, nel testo dell'intervento tenuto al convegno di studi "*Le nuove tutele contro il licenziamento illegittimo nel regime del jobs act*" – Roma, 13 febbraio 2015, Aula Magna della Corte di Cassazione, il quale teneva conto dello schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, nella formulazione sottoposta al parere delle Camere, antecedente al testo definitivo del decreto legislativo n. 23 del 4 marzo 2015, pubblicato in G.U. Serie Generale n. 54 del 6 marzo 2015

riguardo alla disparità di trattamento sul piano delle garanzie processuali, in considerazione del fatto che si introduce una diversa disciplina per rapporti contrattuali sostanzialmente della stessa natura<sup>23</sup>.

### **3.2 L'eccesso di delega rispetto all'ambito della disciplina**

Quanto agli ulteriori casi che inducono a riflessioni sui rapporti fra legge delega e sua attuazione, con riferimento specifico all'ambito normativo delineato dalle materie di intervento, vengono in rilievo essenzialmente cinque ipotesi.

**3.2.1** - La prima riguarda la disciplina dell'offerta di conciliazione di cui all'art. 6, comma 1, del D.Lgs., il quale prevede che in caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1, *al fine di evitare il giudizio*, il datore di lavoro possa offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale un importo, che non costituisce reddito imponibile e che non è assoggettato a contribuzione previdenziale, pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare.

*L'accettazione di tale offerta determina l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta.*

Orbene, nonostante la carenza di riferimenti nella legge delega ed, in particolare, nell'art. 1, comma 7 della legge n. 183 del 2014, evocato dal decreto legislativo, non pare che possa di per sé ritenersi che la norma in questione ecceda la delega.

Come si è innanzi già ricordato occorre, infatti, tener conto anche degli ulteriori criteri direttivi, fra i quali quello di *“rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”*, sicchè può ben ritenersi che la discrezionalità del legislatore delegato sia stata esercitata coerentemente con l'obiettivo di rafforzare per i nuovi assunti questa opportunità, attraverso un ulteriore rafforzamento delle possibilità di soluzione stragiudiziali<sup>24</sup>.

Del resto, si tratta di una regolamentazione in cui l'offerta conciliativa è affidata alla discrezionalità del datore di lavoro ed è essenzialmente finalizzata all'applicazione di incentivi di tipo soprattutto fiscale e di sistema, che si muovono entrambi nel solco della promozione del contratto a tempo indeterminato, come forma comune di contratto di lavoro

---

<sup>23</sup> In questo senso, A. Garilli, in *o. cit.*, deduce per converso da Corte cost., sentenza n. 199 del 2003, in cui la procedura di accertamento pregiudiziale su questioni concernenti l'efficacia, la validità e l'interpretazione delle clausole del contratto collettivo di comparto di cui all'art. 64 del d.lgs. n. 165 del 2001, viene giustificata sul presupposto che tra lavoro pubblico e lavoro privato *“non può parlarsi di una totale identità di situazioni che renderebbe irrazionale ogni diversità di disciplina processuale”*, tenuto conto in particolare delle peculiarità del contratto collettivo pubblico.

<sup>24</sup> F. Amendola, *cit.*

che sia più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di “oneri diretti e indiretti”(lett. d) dei criteri direttivi di cui al comma 7), oneri evidentemente economici e di sistema.

**3.2.2** – La seconda ipotesi attiene alla previsione di cui all’art. 10, secondo cui “*in caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, intimato senza l’osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all’articolo 2 del presente decreto. In caso di violazione delle procedure richiamate all’articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all’ articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all’articolo 3, comma 1*”.

Attraverso tali norme il legislatore delegato ha esteso la nuova disciplina sull’indennizzo anche ai licenziamenti collettivi consentendo che, a fronte degli stessi vizi procedurali o sostanziali di un medesimo licenziamento collettivo, che coinvolga contemporaneamente vecchi e nuovi assunti, solo i primi possano avvalersi delle tutela garantita dall’art. 18 dello Statuto (riformato dalla legge n. 92 del 2012) confermando per i secondi una ridotta tutela indennitaria da promuovere con il rito ordinario.

Si tratta di una previsione che, in carenza di una specifica indicazione in apposito criterio direttivo, sembra tuttavia avere il pregio di armonizzare la disciplina del licenziamento collettivo a quella dettata dall’art. 3 per il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, attraverso una generale esclusione della tutela reintegratoria, nel contesto, peraltro, della specie dei “*licenziamenti economici*”, nell’ambito della quale entrambi i licenziamenti possono ricadere<sup>25</sup>.

La nuova normativa piuttosto pare avere, come correttamente osservato, la medesima finalità di quella della legge n. 92 del 2012, ossia di *adeguare la disciplina dei licenziamenti collettivi alla nuova normativa sui licenziamenti individuali, visto che comunque, per il regime sanzionatorio, l’art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991 faceva espresso riferimento all’art. 18 St.lav.*<sup>26</sup>.

**3.2.3** – Viene poi in rilievo l’art. 3, comma 2, nel quale viene prevista una tutela reintegratoria attenuata “*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*”.

---

<sup>25</sup> A. Giubboni, *op. cit.*; G. Proia, *Op. cit.*

<sup>26</sup> L. Tria, *Le nuove norme sui “licenziamenti economici” alla luce dei principi dettati dalla Costituzione, dalla normativa dell’Unione europea e dalle convenzioni internazionali*, nel testo dell’intervento tenuto al convegno di studi “*Le nuove tutele contro il licenziamento illegittimo nel regime del jobs act*” – Roma, 13 febbraio 2015, Aula Magna della Corte di Cassazione.

A giudizio dei primi commentatori il legislatore delegato sarebbe stato suggestionato da un *obiter dictum* contenuto nella sentenza Cass., sez. lav., 6 novembre 2014, n. 23669, nella quale era stato precisato, con riferimento alla novella della legge n. 92 del 2012, che “*il nuovo art. 18 ha tenuta distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l’esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione*”, con la conseguenza che la tutela reintegratoria sarebbe stata riconosciuta solo in caso di insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, sicché ogni valutazione che dovesse attenersi al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità della condotta contestata, non sarebbe idonea a determinare la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro<sup>27</sup>.

In tale contesto, tuttavia, a prescindere dai profili di costituzionalità che più avanti saranno affrontati, non sembra esservi spazio per ritenere che una simile disciplina non sia coerente con i criteri direttivi, i quali, nella sostanza si muovono verso una sistematizzata compressione delle clausole “*generali*”, e dunque dell’attività interpretativa del giudice<sup>28</sup>.

Si tratta all’evidenza di un generale obiettivo di riduzione della conflittualità sociale, destinata a trovare composizione ineluttabilmente in sede giudiziaria, con approdi giurisprudenziali giudicati come “*spesso privi di affidabilità e di tenuta temporale*”, in cui un ruolo evidente giocano da un lato la limitazione del diritto alla reintegrazione, dall’altro la imposizione di un “*indennizzo certo*” nel *quantum*.

**3.2.4** – Ancora, problemi di coerenza con la delega è in grado di suscitare anche la previsione di cui all’art. 2, comma 4, del d. lgs. n. 23 del 2015, che rende applicabile la disciplina della reintegrazione, oltre ai casi di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale, anche nelle ipotesi in cui sia accertato giudizialmente “*il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68*».

Si è osservato in proposito che, trattandosi di licenziamenti che rientrano concettualmente nel giustificato motivo oggettivo e, dunque, nella nozione di licenziamento economico, al legislatore delegato sarebbe stato espressamente impedito di prevedere la reintegrazione<sup>29</sup>.

Ora, se da un lato una simile ricostruzione del licenziamento può essere ragionevole, in quanto quelle condizioni personali del lavoratore non precludono al datore di lavoro di recedere dal contratto, a mezzo di un licenziamento per giustificato motivo, secondo i principi generali di cui all’art. 1464 cod. civ., non sembra ragionevole la conseguenza

---

<sup>27</sup> M. De Luca, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*, in *Argomenti dir. lav.*, 2014

<sup>28</sup> In tema di certezza del diritto e clausole nella materia giuslavoristica, VIDIRI, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali*, in *Mass. giur. lav.* 2014, 632 ss.

<sup>29</sup> C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, *Cit.*

secondo cui la nuova disciplina del contratto a tutele crescenti, in questo caso migliorativa di quella di cui l'art. 18 dello Statuto, sia censurata per eccesso di delega.

Sembra piuttosto potersi sostenere, in questo caso, che la discrezionalità del legislatore delegato sia stata orientata verso uno sviluppo ulteriore dei criteri direttivi, non specificati sul punto, ma pur sempre in coerenza con l'idea ispiratrice della legge n. 68 del 1999, di coniugare la valorizzazione delle capacità professionali dei disabili con la funzionalità economica delle imprese e la promozione dell'inserimento e della stabile integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro.

**3.2.5** – Infine, dubbi in ordine alla conformità alla delega, suscitano evidentemente le disposizioni che prevedono il tetto di 24 mensilità all'indennità di cui all'art. 3, per il caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, rispetto al criterio principe della legge delega, il quale, diversamente, prevede una “*tutela crescente*” in proporzione all'anzianità di servizio.

In effetti appare evidente la scelta del legislatore delegato verso una prospettiva di rafforzamento della tutela, sia pure indennitaria, che sia “*crescente con l'anzianità di servizio*”. Per converso, come pure rilevato, l'articolato che ne è risultato impone di liquidare lo stesso importo in favore di un dipendente con 12 anni di servizio o di un dipendente con 40 anni di anzianità<sup>30</sup>.

Mentre da parte di alcuni si è osservato che sarebbe stata preferibile una graduazione meno concentrata nel tempo, si è nel contempo escluso che il criterio direttivo in relazione all'anzianità di servizio “vincolasse” il legislatore delegato a stabilire una proporzione “aritmetica” fra l'ammontare dell'indennità ed ogni singolo anno di servizio<sup>31</sup>.

La soluzione al dubbio ermeneutico risulta davvero di difficile inquadramento alla luce della giurisprudenza costituzionale.

Da un lato, infatti, dovrebbe guardarsi alla *ratio* della delega, dall'altro dovrebbe tenersi nel debito conto la possibilità, insita nello strumento della delega, di introdurre norme che siano un coerente sviluppo dei principi fissati dal legislatore delegato; dall'altro ancora, infine, l'opera ermeneutica non può prescindere dalla necessità che vi siano principi e criteri che in sé circoscrivano le scelte discrezionali del legislatore delegato.

Nel caso in esame sembra che il criterio direttivo, dettato appunto per vincolare lo spazio discrezionale del Governo, consista proprio in una proporzionalità del regime di tutela, tanto più che quello delle 24 mensilità di certo non potrebbe, né costituire il limite concettuale

---

<sup>30</sup> Così l'appello dei giuristi democratici al Presidente della Repubblica, avente ad oggetto: richiesta di rinvio al Governo, ai fini del riesame, del primo decreto attuativo della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 «recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti»

<sup>31</sup> G. Proia, Op cit.

della “piena soddisfazione per equivalente”, né un limite imposto dalla necessaria prevedibilità degli esiti di atti imprenditoriali.

Per altro verso, potrebbe tuttavia ritenersi che un tetto potrebbe costituire un coerente sviluppo di una disciplina alla quale sono imposti vincoli certi di apprezzamento per il giudice.

Tuttavia, anche rispetto a tale soluzione interpretativa non può non osservarsi che quella adottata dal decreto legislativo in commento non è che una delle soluzioni possibili rispetto a quelle che il legislatore delegato avrebbe, quindi, ben potuto prevedere, anche in maniera più pertinente, osservando sul punto il diritto vivente e la lettura fornita dalla giurisprudenza costituzionale rispetto alla necessità sia garantita, oltre alla certezza delle situazioni giuridiche, anche l'effettività della tutela giurisdizionale, in tesi frustrata dalla irrilevanza del tempo, oltre un limite, questo sì arbitrariamente, più che discrezionalmente, determinato.

#### **4. Ulteriori profili di legittimità costituzionale: disparità di trattamento e irragionevolezza**

##### **4.1 – Il regime transitorio**

Viene in rilievo in primo luogo la scelta di creare un nuovo regime normativo che ancora il discrimine temporale alla data di assunzione, piuttosto che alla data del licenziamento.

La scelta del legislatore si è mossa evidentemente nell'ottica di rendere residuale e “*ad esaurimento*” la disciplina dell'art. 18 legge n. 300 del 1970 e dell'art. 8 legge n. 604 del 1966, creando per un notevole lasso di tempo una fase transitoria in cui convivranno due regimi affatto diversi.

La pratica conseguenza di tale scelta consiste nel fatto che presso qualsiasi realtà produttiva aziendale saranno addetti lavoratori i quali, a fronte di un medesimo comportamento ed anche a fronte di un medesimo episodio fattuale plurisoggettivo, potrebbero chiedere ed ottenere giudizialmente l'uno la reintegrazione, l'altro il solo indennizzo.

Di fronte a un simile contesto possono astrattamente essere contemplati due distinti profili di legittimità costituzionale. Il primo legato alla violazione dell'art. 3, Cost. sotto il profilo della disparità di trattamento, il secondo, sotto il profilo della irragionevolezza del regime transitorio.

Quanto al primo, è nota la giurisprudenza costituzionale in materia di pari trattamento di situazioni analoghe in contesti di riforme normative.

Il giudice delle leggi ha costantemente affermato che il fluire del tempo costituisce di per sé un elemento diversificatore che consente di trattare in modo differenziato la stessa categoria

di soggetti, in quanto la demarcazione temporale consegue come effetto naturale alle generalità delle leggi.

Non contrasta, dunque, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo costituisce un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche<sup>32</sup>.

Sicché evidentemente era consentito al legislatore disciplinare il contratto di lavoro a tempo indeterminato ancorando il nuovo regime al momento dell'assunzione, ossia al momento dell'inizio del rapporto contrattuale al quale viene applicata la nuova disciplina.

Quello che piuttosto potrebbe destare perplessità è il secondo profilo di legittimità costituzionale, ovvero quello conseguente all'irragionevolezza del risultato che un simile regime transitorio determina: ossia la evidente disparità di trattamento fra lavoratori che si trovano a convivere nella stessa realtà produttiva con tutele estremamente differenziate, quasi come se si fosse determinato per un certo numero di anni una diversificata classificazione dei diritti sociali garantiti ai cittadini che partecipano al sistema produttivo in qualità di lavoratori subordinati<sup>33</sup>.

Alcuni autori hanno specificato che la fattuale coesistenza all'interno della stessa organizzazione del lavoro di dipendenti diversamente tutelati evidenzia una disparità di trattamento *“difficilmente giustificabile, in quanto rispetto al fatto disciplinarmente rilevante o al fatto alla base di un licenziamento economico la situazione dei lavoratori soggetti a diverse tutele è in tutto identica ed il fluire del tempo non riguarda la situazione posta a base del recesso (ma solo il momento genetico del rapporto, irrilevante ai fini della valutazione del fatto)”*<sup>34</sup>.

Tuttavia, i dubbi che tali osservazioni sembrano avvalorare potrebbero essere superati laddove si consideri che la scelta legislativa sembra essere dettata, piuttosto, per cercare di garantire un certo rispetto del principio di affidamento, in favore dei lavoratori assunti prima della riforma. Se il legislatore avesse optato per il criterio temporale della data del licenziamento avrebbe certamente evitato un lungo regime transitorio irto di contraddizioni, ma al contempo avrebbe potenzialmente violato l'articolo 3 della Costituzione per altro verso.

---

<sup>32</sup> ex plurimis, sent. n. 94/2009, ordd. 61/2010, 170/2009, 212/2008; con particolare riguardo alla disciplina dei termini, sentt. 342/2006, 489/1989, 367/1987

<sup>33</sup>Si pensi al caso dei licenziamenti collettivi, in cui due o più lavoratori coinvolti nella stessa procedura e licenziati sulla base degli stessi criteri di scelta si possano trovare a godere l'uno della tutela reintegratoria e l'altro di un indennizzo economico.

<sup>34</sup> F. Buffa, *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione giustizia*; in proposito tale autore evidenzia pure come l'equiparazione di situazioni dissimili contrasti con l'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che stabilisce il principio di eguaglianza («tutte le persone sono eguali dinanzi alla legge»); in proposito vanno richiamate le osservazioni più avanti svolte con riguardo all'efficacia della CEDU e della Carta sociale ed al suo preteso valore sub-costituzionale rafforzato.

La giurisprudenza costituzionale ha, infatti, pure precisato che nel nostro sistema costituzionale non è interdetto al legislatore emanare disposizioni che modifichino in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti (salvo, ovviamente, in caso di norme retroattive, il limite imposto in materia penale dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione); l'unica condizione per la legittimità di una simile disciplina è «*che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello stato di diritto*»<sup>35</sup>.

Sicchè, in definitiva l'intervento legislativo, avendo salvaguardato i trattamenti di miglior favore anche ben oltre l'affidamento che su di essi poteva dirsi ingenerato, ha accettato, nel complessivo bilanciamento fra opposti interessi costituzionalmente rilevanti, la possibile coesistenza di regimi differenziati, anche per certi versi irragionevoli e dunque in ogni caso soggetti a verifica di costituzionalità<sup>36</sup>.

Senza sottacere, peraltro, che una possibile questione di legittimità costituzionale, fondata proprio sull'irragionevolezza della scelta della data di entrata in vigore, sarebbe peraltro difficilmente ammissibile, risolvendosi in una richiesta alla Corte di un intervento manipolativo di carattere sostanzialmente creativo, estraneo all'ambito della giustizia costituzionale, perché conseguibile attraverso una molteplicità di soluzioni, così da escludere che la decisione di accoglimento possa essere "a rime obbligate"<sup>37</sup>.

#### **4.2 – La cd. ridotta monetizzazione dell'illecito**

Si è osservato che, indipendentemente dalla tutela reintegratoria, alla quale il legislatore potrebbe anche rinunciare, ciò che non potrebbe essere consentito è la sostanziale espropriazione del posto di lavoro attraverso l'introduzione in via di regola del diritto ad una somma. Un simile approccio normativo si muoverebbe, infatti, in una logica puramente monetaria, in sé inidonea a garantire l'effettività risarcitoria.

L'indennità prevista dal decreto legislativo non soddisferebbe, per i lavoratori con minore anzianità, i requisiti minimi di effettività, determinando nella sostanza un *vulnus* ai principi costituzionali nei quali si inverte il diritto al lavoro, contenuti negli artt. 1, 4 e 35 della Costituzione.

---

<sup>35</sup> Ord. n. 31 del 2011, sentenze a n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009

<sup>36</sup> Nel senso dell'illegittimità, Giubboni: Op Cit.. in cui si evidenzia la "rottura del principio di uguaglianza e di solidarietà nei luoghi di lavoro, con una strutturale divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo a seconda della data di assunzione del lavoratore, che segna una vertiginosa regressione ad un particolarismo giuridico premoderno, dove la frantumazione degli statuti protettivi del lavoro subordinato avviene seguendo linee del tutto estrinseche rispetto alla natura della prestazione dedotta nel contratto". Cfr. anche, F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* ('a sensi della bozza del decreto legislativo del 24 dicembre 2014), in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act*

<sup>37</sup> *E pluribus* Corte costituzionale sentenza n. 30 del 2014, in riferimento al profilo della dichiarazione di inammissibilità.

Sul punto è necessario in primo luogo richiamare la sentenza costituzionale n. 46 del 2000, già citata innanzi con riferimento alla legittimità dei criteri direttivi della legge delega. Tale decisione rappresenta un rilevante punto di riferimento allorchè si discorra della necessità costituzionale o meno della tutela reintegratoria. Si tratta di una decisione particolarmente significativa in quanto pronunciata in sede di ammissibilità della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della legge 20 maggio 1970, n. 300, limitatamente all'art. 18. La Corte dopo aver riconosciuto che l'istituto in esame costituiva la *“manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro”*, ha ricordato che tale indirizzo deve necessariamente essere assicurato attraverso la previsione di *“garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione (sentenze n. 194 del 1970, n. 129 del 1976 e n. 189 del 1980)”*.

In coerenza con tale impostazione, la pronuncia in commento ha escluso che la discrezionalità del legislatore, per quanto fosse espressiva di esigenze ricollegabili a quei principi costituzionali, potesse concretare nella tutela reintegratoria *“l'unico possibile paradigma attuativo”* della Costituzione.

Non può dunque ritenersi per ciò stesso non conforme a Costituzione un sistema di tipo risarcitorio-indennitario che conservi, in alcuni casi di licenziamento ingiustificato, la sola sanzione di tipo monetario.

Siffatti principi sono stati peraltro ribaditi in successive pronunce nella quali si è dato atto che resta affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto al lavoro<sup>38</sup>.

Anche decidendo le questioni di legittimità costituzionale che erano state sollevate con riferimento all'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge 4 novembre 2010, n. 183, la Corte ha inteso richiamare tale indirizzo<sup>39</sup>.

In quella occasione la Corte costituzionale ha, infatti, ribadito la propria pregressa giurisprudenza chiarendo in primo luogo che *“la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale”*, in secondo luogo che resta affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto al lavoro di cui all'art. 4, Cost.

In definitiva, la Corte ha ravvisato nella norma allora impugnata che essa era stata adeguata a realizzare un *“equilibrato componimento dei contrapposti interessi”*.

Da questo punto di vista l'opzione normativa che oggi è in commento sembra rispecchiare adeguatamente, sia pure in linea di massima, questi principi giurisprudenziali.

---

<sup>38</sup>Ribadita da Corte costituzionale, Ordinanza n. 112 del 2012

<sup>39</sup> Sentenza n. 303 del 2011 pronunciata

Ciò che residua è piuttosto la necessità che la discrezionalità del legislatore sia stata esercitata garantendo “*l’adeguatezza del risarcimento*”, criterio più volte enunciato dalla Corte costituzionale, con maggior rigore evidentemente in un contesto in cui la “posta in gioco” attiene al diritto al lavoro, rispetto al quale la Repubblica è impegnata anche a promuovere le condizioni che lo rendano effettivo.

Da questo punto di vista, dunque, la questione del bilanciamento degli interessi in gioco rimane questione evidentemente aperta, non soltanto sul fronte della ragionevolezza della complessiva tutela apprestata, ma anche e soprattutto su quello della sufficienza del risarcimento.

Dubbi residuano quindi in ordine alla sussistenza del vincolo aritmetico nel calcolo e della sufficienza del valore massimo individuato, che sottraggono alla discrezionalità del giudice la valutazione, in concreto, dell’adeguatezza dell’indennità-risarcitoria.

Si tratta all’evidenza di una soluzione normativa che sembra sottrarsi a sua volta a censure di costituzionalità, dal momento che il Giudice delle leggi ha in numerose occasioni precisato, che la sfera riservata al potere giurisdizionale non viene violata allorchè il legislatore ordinario non tocchi in sè la potestà di giudicare, ma operi sul piano generale ed astratto delle fonti, costruendo il modello normativo cui la decisione del giudice deve riferirsi. Sicchè le attribuzioni del potere giudiziario non risultano vulnerate, da norme che prevedono una forfezzazione del risarcimento spettante, non trattandosi di indebita ingerenza nella specifica risoluzione delle concrete fattispecie in contenzioso<sup>40</sup>.

Così chiarita la questione, il principio espresso dalla sentenza dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 141 del 2006, secondo cui una volta che sia effettuato da parte del legislatore il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti non potrebbe residuare una limitazione del diritto al lavoro affidata essenzialmente al soggetto interessato, ossia al datore di lavoro, risulta parimenti soddisfatto, sul piano interpretativo. Ciò in quanto la valutazione risulta effettuata con precetti uniformi dal legislatore medesimo, salvo evidentemente lo scrutinio di costituzionalità circa l’adeguatezza o meno di quel risarcimento.

#### **4.3 – ... con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 101, 102 e 111, Cost.**

Si è osservato come la disciplina risultante dal D.lgs. n. 23 contenga al suo interno una irragionevole limitazione del controllo del giudice sulla proporzionalità fra infrazione e sanzione espulsiva in modo da minare irragionevolmente non soltanto una valutazione “ontologicamente immanente al sistema disciplinare”, ma ammettendo (in particolare con l’art. 3, comma 2) “l’aporia logica” secondo cui potrebbe essere assunto a fondamento del licenziamento un fatto materiale certamente esistente, ma del tutto irrilevante sul piano

---

<sup>40</sup> Corte costituzionale, sentenze n. 303 del 2011, n. 170 del 2008 e n. 432 del 1997; ordinanza n. 263 del 2002

disciplinare in quanto non qualificabile in termini di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (art. 3, legge n. 604 del 1966) o di giusta causa (art. 2119 cod. civ.)<sup>41</sup>.

Sarebbe nella sostanza imposto al giudice di trattare allo stesso modo situazioni che possono essere sostanzialmente diverse, finendo peraltro per svuotare anche le previsioni contenute nei contratti collettivi applicabili al rapporto di lavoro.

Le questioni appaiono particolarmente delicate, in quanto è effettivamente possibile enucleare una serie non definita di casi dai quali potrebbe farsi derivare ora un vizio di irragionevolezza, ora di compressione delle attribuzioni del potere giudiziario ovvero di disparità di trattamento, attraverso i quali enucleare altrettante violazioni di parametri costituzionali.

Tuttavia, oltre a ricordare ancora una volta la citata giurisprudenza costituzionale circa la legittimità dell'imposizione al giudice di modelli normativi cui debba conformarsi, val la pena ricordare che certamente è possibile che una disciplina così complessa, perché dettata anche al fine di armonizzare i numerosi principi costituzionali in gioco, può determinare nella sua applicazione concreta una serie di inconvenienti di fatto, che tuttavia notoriamente non giustificano pronunce di incostituzionalità allorché non siano conseguenti ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole.

Ora, indipendentemente dalle soluzioni prospettate in dottrina, legate al “fatto contestato” od al “fatto inadempimento”, la questione risiede, evidentemente nel significato che si vuole attribuire al concetto di fatto materiale.

Tutte le soluzioni a questo problema vanno indirizzate evidentemente all'obiettivo primario di evitare una frizione con i parametri costituzionali costituiti dall'art. 1, 3, 4 e 35 della Costituzione. Ammettere che un fatto materiale, sussistente ma sostanzialmente irrilevante ai fini della valutazione della giusta causa o del giustificato motivo, possa dar luogo ad un licenziamento assistito da una sola tutela indennitaria, determinerebbe un chiaro *vulnus* costituzionale che avrebbe il sapore di una sostanziale espropriazione dei diritti del lavoratore.

Ma, che cosa significa, fatto materiale?

Nella teoria generale del diritto si è lungamente e incontestabilmente insegnato nelle università e nella giurisprudenza che “fatto” in senso giuridico è un avvenimento qualunque, una circostanza, cui l'ordine giuridico riconnette il sorgere di conseguenze giuridiche, Carnelutti affermava che ci si trova nell'ambito del *δύναμις*, cioè in fase dinamica, cioè nel nel campo del divenire. Nessun fatto materiale è tale solo fisicamente : ogni fatto è il prodotto di forze in gioco che sono connesse con conseguenze estranee allo stesso ordine naturale, connesse cioè alle conseguenze che l'ordinamento prevede.

Orbene nel caso di specie, fatto materiale non può che essere un fatto che sia anche soltanto astrattamente idoneo a produrre quelle conseguenze e dunque ad assumere la valenza di

---

<sup>41</sup> S. Giubboni, Op. cit.

elemento naturale produttore della conseguenza che si pretende di perseguire, ossia la giustificazione del licenziamento.

In tale contesto, allora, non può che riconnettersi a quella espressione la valenza di fatto rilevante giuridicamente, in quanto evidentemente un fatto materiale che sia completamente irrilevante non può che equivalere a fatto insussistente<sup>42</sup>.

Così posta la questione possono essere risolti nella casistica tutti i casi in cui ci si trovi in presenza di fatti materiali contestati, la cui irrilevanza dal punto di vista disciplinare è evidente.

Questa conclusione in termini di rilevanza/irrilevanza è in molti spetti consonante con la teoria del fatto-inadempimento. Le critiche a tale impostazione secondo cui una simile ricostruzione stravolgerebbe la norma non convincono, perché si basano sul presupposto che tale ricostruzione sarebbe in contrasto con il divieto di valutare la proporzionalità. Ciò è evidentemente da escludere, perché l'attribuire rilevanza o meno ad un fatto, non coincide con l'attribuire ad esso maggiore o minore rilevanza.

**4.3.1** – Ancora, da parte di alcuni è stata ritenuta possibile la violazione dell'art. 24, Cost., allorché, a fronte della assenza di una contestazione dell'addebito disciplinare o della generica motivazione, pure resi plausibili e “convenienti” nella disciplina in commento, il lavoratore potrebbe essere nella sostanza costretto a proporre un ricorso “al buio”, senza poter replicare con allegazioni, che, non applicandosi il rito di cui alla legge n. 92, sarebbero tardivamente proposte<sup>43</sup>.

In questo caso, in disparte la possibile valenza di inconveniente di fatto che le varie ipotesi di eventuale “abuso del diritto” da parte del datore di lavoro possono rivestire, può concordarsi con l'opinione di chi ritiene che in realtà non potrebbe essere impedito al lavoratore di replicare a fatti che non poteva conoscere, in quanto convenuto in senso sostanziale<sup>44</sup>.

Sembra adeguato opinare che alla luce degli artt. 24 e 111 Cost. si dovrà imporre un'interpretazione adeguatrice delle norme in tema di prova, in modo da onerare il datore di lavoro, sia nell'ipotesi di cui il lavoratore agisca in giudizio lamentando una discriminazione, sia nel caso in cui contesti la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo o oggettivo di licenziamento addotti dal datore di lavoro, temperando in tal modo l'onere con il principio di “prossimità della prova” secondo il quale ove i fatti siano noti esclusivamente o prevalentemente al datore di lavoro – com'è nel

---

<sup>42</sup> E' il concetto espresso sia pur laconicamente da Cass. Sez. L, Sentenza n. 20540 del 13/10/2015.

<sup>43</sup> Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass, Pisa 7-9 giugno 2012, secondo cui “la mancata corretta e puntuale contestazione dell'addebito impedisce in radice al lavoratore l'esercizio di quel diritto di difesa, riconosciuto come principio fondamentale dall'art. 24 Cost. e destinato, in quanto espressione di “valori di civiltà giuridica”, ad operare sempre quando vengano in considerazione poteri punitivi riconosciuti dall'ordinamento, pubblici o privati che siano”.

<sup>44</sup> Pisani, Op. cit. e *Le conseguenze dei vizi procedurali*

caso di illiceità/discriminatorietà del licenziamento – è quest'ultimo a dover essere gravato della prova in giudizio<sup>45</sup>.

Nel caso poi di contestazione della sussistenza della causale addotta dal datore e della mancata integrazione di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento l'onere della prova spetterà al datore di lavoro, che dunque dovrà dimostrare la gravità dell'inadempimento.

Certo in carenza di un'interpretazione costituzionalmente orientata, anche la formula utilizzata dal legislatore per la tutela reale «esclusivamente nelle ipotesi» in cui sia «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», potrebbe determinare un contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. gravando il lavoratore dell'onere di prova circa un fatto negativo, laddove, come correttamente osservato, il ricorrente non ha generalmente neppure interesse a contestare l'esistenza in sé del fatto storico, di cui contesta soltanto la qualificazione come giusta causa o giustificato motivo<sup>46</sup>.

#### **4.4 – La compatibilità comunitaria: in riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.**

##### **4.4.1 – Premessa: il rapporto fra gli ordinamenti**

Il tema della compatibilità comunitaria impone un momento di verifica che, come si è accennato, in carenza di normative dell'Unione europea dotate di effetto diretto, non può che essere affrontato come tema di possibile vizio di costituzionalità ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost..

La base giuridica dell'efficacia del diritto dell'UE (e delle pronunce della Corte di Lussemburgo) nell'ordinamento giuridico italiano è infatti costituita da queste due norme costituzionali perché *“in base all'art. 11 della Costituzione, sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate”*.

La Corte costituzionale ha affermato che i due ordinamenti, comunitario ed interno, sono "autonomi e distinti, ancorchè coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato", ferma l'assoggettabilità della legge esecutiva del Trattato al sindacato di costituzionalità, per verificare che non siano violati i principi costituzionali fondamentali del nostro ordinamento ed i diritti inviolabili dell'uomo, secondo la cd. Teoria dei "controlimiti".

In particolare la Corte costituzionale ha via via precisato che l'applicazione immediata e diretta nell'ordinamento italiano delle norme comunitarie, non implica, tuttavia, "che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della

---

<sup>45</sup> Cfr. M. T. Carinci, *op. cit.*; Cass. SU, 10.1.2006 n. 141 sui requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 St. lav.; Cass. 16.3.2009 n. 6344; Cass. 23.7.2008 n. 20320; Cass. 17.5.2002 n. 7227; Cass. 22.1.1999 n. 613.; Cass. 1.7.2009 n. 15406 con riferimento alla prova della sostituzione di lavoratore assente senza diritto alla conservazione del posto Cass. S.U. 30.10.2001 n. 13533

<sup>46</sup> S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, *op. cit.*

Corte", avvertendo che "la legge di esecuzione del Trattato" può "andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana"<sup>47</sup>.

Anche la giurisprudenza recente, a conferma del consolidato orientamento, ha ricordato che il giudice comune, chiamato ad applicare al caso concreto le norme comunitarie può investire la corte costituzionale "della questione di compatibilità comunitaria nel caso di norme dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi, allorchè sia impossibile un'interpretazione conforme, nonchè qualora la non applicazione della disposizione interna determini un contrasto, sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale, con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona"<sup>48</sup>.

In definitiva dunque la Corte costituzionale ha disegnato il rapporto fra gli ordinamenti secondo le seguenti linee esemplificative:

- il contrasto tra norma interna e norma comunitaria dotata di effetto diretto comporta che la prima «non viene in rilievo» per la disciplina della fattispecie, quindi determina la «non applicabilità» della medesima, che va accertata e dichiarata dal giudice comune (eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla C.G.C.E.). Corollario è che «fuori dell'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria, la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia» (testualmente, sent. n. 170 del 1984, ord. n. 238 del 2002, ma poi tutte le altre)
- Il contrasto della norma interna con una norma comunitaria dà luogo ad una questione di legittimità costituzionale:
  - qualora si tratti di norma comunitaria priva di effetto diretto;
  - quando «dall'applicazione della direttiva derivi una responsabilità penale» (sent. n. 28 del 2010)
- In questi ultimi casi il giudice comune, prima di sollevare questione di legittimità costituzionale, ha l'onere di accertare che l'eventuale contrasto non possa essere superato mediante l'interpretazione cd. conforme (sentt. n. 28 del 2010 e n. 190 del 2000).
- Specificamente con riferimento alle sentenze della Corte di giustizia può affermarsi che esse nel nostro ordinamento «si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno con il valore di jus superveniens, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia e devono essere applicate anche da parte del giudice a quo» (ordd. n. 268 del 2005, n. 241 del 2005). Dunque, tali pronunce integrano il significato e le possibilità applicative della norma comunitaria, vincolando il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale che in sede di procedura d'infrazione (sentt. n. 113 del 1985, n. 389 del 1989, n. 168 del 1991, ord. n. 255 del 1999, ord. n. 62 del 2003, ord. n. 125 del 2004).
- Infine le norme comunitarie vincolano il legislatore nazionale e comportano la non applicabilità della norma interna che sia con esse in contrasto con il solo limite

---

<sup>47</sup> Storicamente le sentenze sentenza n. 183 del 1973; Sentenza n. 179 del 1984

<sup>48</sup> Ordinanza n. 454 del 2006

dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione, sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale (ord. n. 103 del 2008, sent. n. 284 del 2007, ord. n. 454 del 2006)<sup>49</sup>.

#### 4.4.1.1 – segue: i diritti fondamentali nel contesto comunitario – la Carta di Nizza

Con riferimento ai diritti sociali, ed in particolare a quelli afferenti al lavoro, il contesto europeo è in grado di divenire notevolmente più complesso in quanto si tratta di situazioni soggettive che hanno trovato ingresso storicamente in momenti ben successivi agli originari Trattati.

L'estraneità ai trattati fondativi<sup>50</sup> dei diritti sociali è stata sottolineata come espressione di una certa "frigidity sociale"<sup>51</sup> della costruzione europea, che si è manifestata anche con riguardo al miglioramento delle condizioni dei lavoratori che si definivano "la mano d'opera", nel Trattato di Roma, nella convinzione che tale miglioramento sarebbe derivato automaticamente dal funzionamento del mercato comune<sup>52</sup>.

Successivamente si è registrata una forte evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, caratterizzata da uno spostamento del baricentro dalla prospettiva economica delle merci, alle persone in vari campi di esplicazione della personalità, quali la vita privata, il diritto di famiglia, ecc..

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata per la prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza, (Carta di Nizza), costituisce proprio il portato di quella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ivi confluisce: molti dei diritti proclamati riguardano infatti proprio il sociale ed i problemi del lavoro<sup>53</sup>.

La questione da molti discussa è se lo scenario risultante dall'attuale giurisprudenza costituzionale sia in qualche modo mutato a seguito delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona.

---

<sup>49</sup> Per una più approfondita disamina: L. Salvato, *Il rapporto tra norme interne, diritto dell'UE e disposizioni della CEDU: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corriere giuridico*, 2011, 333; nonché dello stesso autore *La tutela dei diritti fondamentali nelle fonti interne ed "esterne": poteri e compiti del giudice comune*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, 257

<sup>50</sup> Per una interessante prospettiva sul punto, cfr. P. Costanzo, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea, Relazione alle Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-España-Italia)*, Belém do Pará (Brasil), 25 e 26 de agosto – Verano 2008; nonché D. Tega, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in Gruppo di Pisa

<sup>51</sup> G.F.MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento della Comunità europea*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Atti del convegno di Parma del 30-31 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1988

<sup>52</sup> PILIA, R., *I diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2005

<sup>53</sup> Fra i diritti sociali maggiormente significativi affermati al Titolo IV, si annoverano: il diritto dei lavoratori all'informazione alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27); il diritto di negoziazione e di azioni collettive sia per i lavoratori che per i datori di lavoro (art. 28); la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30); il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (31), il divieto di lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32); la garanzia della protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale, la tutela contro il licenziamento per motivo di maternità e il diritto al congedo retribuito di maternità e parentale (art. 33); il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, ai servizi sociali e all'assistenza abitativa (art. 34).

L'attribuzione formale alla Carta di Nizza dello stesso rango dei Trattati non ha determinato, tuttavia, un ampliamento della sfera di applicazione del diritto comunitario.

La Corte costituzionale ha, in proposito precisato con chiarezza, che in sede di modifica del Trattato si è inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei trattati abbia *effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione*.

Deve essere escluso, pertanto che *“la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri)”*.

Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo - in quanto inerente ad atti dell'Unione, ovvero ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione<sup>54</sup>.

#### **4.4.1.2 – segue: la Carta sociale europea**

La Carta sociale europea, adottata nell'ambito del Consiglio di Europa a Torino il 18 ottobre 1961 e completamente riveduta nel 1996, ed entrata in vigore, nel testo modificato, nel 1999, è connotata dalla esigenza di fornire la garanzia di uno standard minimo di tutela dei diritti sociali fondamentali, prima della proclamazione della Carta di Nizza.

Si tratta evidentemente di un trattato internazionale che riunisce in un solo atto tutti i diritti garantiti dalla Carta del 1961 e dai Protocolli addizionali del 1988 e del 1995, trattato ratificato in Italia dalla legge 9 febbraio 1999, n. 30, recante "Ratifica ed esecuzione della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996".

Tale Carta, per quanto qui interessa, contiene disposizioni volte a circondare di specifiche garanzie la posizione dei prestatori di lavoro contro i licenziamenti, prevedendo, in particolare (art. 24), l'impegno delle parti contraenti a riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo; il diritto dei lavoratori licenziati senza valido motivo "ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione"; il diritto dei lavoratori stessi a ricorrere davanti ad un organo imparziale.

Quanto al valore che essa ha, indipendentemente dal riferimento effettuato ad essa dalla corte costituzionale (soltanto a fini di completezza ricostruttiva), va evidenziato che in ambito europeo l'art. 6 del TUE, pur prevedendo l'adesione della Ue alla Cedu, non contempla, invece, l'adesione anche alla Carta sociale europea.

---

<sup>54</sup> Così testualmente: Corte costituzionale, sentenza n. 80 del 2011.

L'unico riferimento comunitario è rinvenibile nell'articolo 151 TFUE, il quale affida alla Comunità e agli Stati membri, il compito di promuovere l'occupazione e il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, in modo da consentire una protezione sociale adeguata, *“tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989”*<sup>55</sup>.

#### **4.4.2 – La compatibilità comunitaria della tutela risarcitoria e gli standard internazionali e sovranazionali**

Si è osservato che l'indennità prevista dal decreto legislativo non soddisferebbe, per i lavoratori con minore anzianità il requisito minimo, di effettività della tutela previsto dalle fonti internazionali e sovranazionali. In particolare si è fatto riferimento alla possibile irrisorietà dell'indennizzo che indurrebbe a dubitare della conformità della nuova disciplina all'art. 24 della Carta Sociale Europea, la quale imporrebbe che al licenziamento illegittimo consegua necessariamente la liquidazione di una *misura riparatoria* non esigua.

Si è addirittura invocata la disapplicazione della norma interna in considerazione della vincolatività per lo Stato Italiano della Carta nonché la sua illegittimità ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.<sup>56</sup>.

Ora, non solo è evidente che la norma internazionale indicata non può essere annoverata fra le fonti comunitarie dotate di effetto diretto che potrebbero legittimare il giudice comune alla disapplicazione della norma interna, ma neppure può ritenersi che rientri fra quelle richiamate dall'articolo 6 del Trattato europeo, la cui violazione può dar luogo ad un controllo di costituzionalità, allorché si intersechino con il c.d. *cono d'ombra* delle materie comunitarie.

Peraltro, neppure potrebbe venire in rilievo la Carta dei diritti fondamentali UE la quale si limita a stabilire che: *“ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”* (art. 30), essendo evidente che l'intera disciplina del contratto a tutele crescenti si estende complessivamente al di fuori del campo applicativo del diritto dell'Unione europea.

A conferma di tale conclusione può essere ricordata la recente sentenza della CGUE C 117/14, del 5 febbraio 2015<sup>57</sup>, pronunciata sul rinvio pregiudiziale relativo

---

<sup>55</sup> Articolo 151 TFUE (ex articolo 136 del TCE), *L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.*

*A tal fine, l'Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione. Essi ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative.*

<sup>56</sup> Cfr. l'appello dei giuristi democratici al Presidente della Repubblica, *cit.*

all'interpretazione dell'articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato.

La corte ha ricordato la propria giurisprudenza, formatasi nell'esame del «contratto di nuovo impiego» francese, secondo cui, sebbene la tutela dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro sia uno dei mezzi per raggiungere gli obiettivi fissati dall'articolo 151 TFUE e il legislatore dell'Unione sia competente in tale settore, in base alle condizioni di cui all'articolo 153, paragrafo 2, TFUE, le situazioni che non sono state oggetto di misure adottate sul fondamento di tali articoli non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (ordinanza Polier, C- 361/07, EU:C:2008:16, punto 13).

Ha, poi, altresì affermato che la sussistenza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato (sia pure finanziato da fondi strutturali europei) non determina l'attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta.

Infine, ha tenuto conto degli articoli 2.2, lettera b), e 4 della convenzione n. 158 sul licenziamento, adottata a Ginevra il 22 giugno 1982 dall'Organizzazione internazionale del lavoro, e la Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961, constatando che la Corte, a norma dell'articolo 267 TFUE, è incompetente a pronunciarsi in materia di interpretazione di norme di diritto internazionale che vincolano gli Stati membri, ma esulano dalla sfera del diritto dell'Unione (v. sentenze Vandeweghe e a., 130/73, EU:C:1973:131, punto 2; TNT Express Nederland, C 533/08, EU:C:2010:243, punto 61; ordinanza Corpul Național al Polițiștilor, C 134/12, EU:C:2012:288, punto 14, nonché sentenza Qurbani, C 481/13, EU:C:2014:2101, punto 22) ed ha dunque pronunciato in definitiva che la Corte di giustizia non è competente a rispondere alle questioni sollevate dal giudice spagnolo.

Neppure può ritenersi condivisibile l'osservazione di chi ritiene rilevante la direttiva 2006/54/CE del 5 luglio 2006 - riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, il cui art.18 imporrebbe agli Stati membri di introdurre nei rispettivi ordinamenti "le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito. Tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori". Si tratta evidentemente di un licenziamento discriminatorio al quale viene conservata la tutela reintegratoria, forma di ristoro che sembra garantire la proporzionalità e dissuasività necessarie.

Peraltro neppure potrebbe trasporrsi a livello della Carta sociale l'elaborazione della giurisprudenza costituzionale effettuata con riguardo alla CEDU.

---

<sup>57</sup> Nella causa C 117/14, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, proposta dal Juzgado de lo Social n. 23 de Madrid (Spagna), nel procedimento Grima Janet Nisttahuz Poclava contro Jose María Ariza Toledano,

La sentenza costituzionale n.349 del 2007 in particolare aveva riconosciuto che dagli orientamenti della giurisprudenza della Corte Edu era possibile desumere un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione.

La peculiare rilevanza degli obblighi internazionali assunti con l'adesione alla Convenzione era stata ben presente al legislatore ordinario ed in questa particolarità della CEDU poteva essere rinvenuta la particolare natura rafforzata attribuita dalla Corte costituzionale ad essa.

Tuttavia siffatto ragionamento non potrebbe essere esportato alla Carta sociale, in primo luogo perché il punto debole della Carta è proprio quello dell'assenza di forme di tutela dei diritti enunciati, diversamente da quanto previsto ed accaduto con la CEDU.

In tale contesto, ogni percorso teso ad individuare una questione di legittimità costituzionale con riguardo alla violazione della Carta Sociale trova ostacoli; A) nella non cogenza sul piano dei rapporti individuali; B) nella irrilevanza del richiamo comunitario; C) nella mancanza di forme di tutela dei diritti che possano condurre all'accertamento della violazione statale del principio; D) nella carenza degli elementi che possano a quel trattato attribuire un'efficacia rafforzata.

#### **4.4.3 – La compatibilità comunitaria relativa alla materia dei licenziamenti collettivi**

Non sembra, poi, poter trovare ingresso nel novero delle questioni di compatibilità comunitaria rilevanti, quella relativa all'art. 10 del D.Lgs. n. 23 del 2015, in materia di licenziamenti collettivi, che modificando la tutela attivabile in caso di violazione degli obblighi di natura essenzialmente procedurale connessi alla Direttiva 1998/59 relativa al "Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi" sarebbe in contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza.

Si è osservato in proposito che, sebbene la direttiva in questione sia carente di previsioni specifiche, tuttavia, opererebbe il principio secondo cui qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione delle sue disposizioni o rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative nazionali, l'art. 5 del Trattato imporrebbe agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario.

Pertanto, pur conservando un potere discrezionale quanto alla scelta delle sanzioni, gli Stati membri dovrebbero vigilare affinché le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate sotto il profilo sostanziale e procedurale in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno, simili per natura ed importanza, e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva<sup>58</sup>.

Tuttavia, mentre è sicuramente possibile che una normativa possa in linea di principio ritenersi poco dissuasiva nei confronti del ravvicinamento delle legislazioni, imponendo anche, semmai, l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti dello Stato membro,

---

<sup>58</sup> si argomenta da sentenza 8 giugno 1994 - Corte di Giustizia delle Comunità Europee - Sentenza in causa C-383/92, in materia di licenziamenti collettivi ( Commissione delle Comunità Europee c. Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord), nonché Corte di Giustizia ordinanza 12 dicembre 2013, Papalia c. Comune di Aosta, C- 50/13 (punto 20).

difficilmente un simile contesto potrebbe determinare una questione di compatibilità comunitaria costituzionalmente rilevante, dal punto di vista della sufficienza dell'effettività della trasposizione normativa dei principi. Del resto questo è il percorso che, proprio in materia di licenziamenti collettivi, ha imposto l'intervento del legislatore italiano<sup>59</sup> a seguito della sentenza della Corte di Giustizia europea C-596/2012 del 13 febbraio 2014, la quale aveva censurato l'Italia per il mancato recepimento della Direttiva comunitaria 98/59/CE, in relazione all'esclusione del personale con qualifica dirigenziale dall'obbligo di rispettare le procedure collettive di riduzione del personale.

### **5.1 - Il nuovo art. 2103 cod.civ. Rapporti fra la legge delega, il decreto legislativo delegato e l'art. 76, Cost.: una lettura costituzionalmente orientata**

La modifica dell'art. 2103 c.c. contenuta nel D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante *“Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183”*, pur nel permanere del riferimento al concetto di mansioni, attraverso il contestuale allargamento dei concetti di livello e categoria legale di inquadramento, secondo il meccanismo della riconducibilità, ha introdotto un nuovo secondo comma, prevedendo che la modifica degli assetti organizzativi aziendali in grado di incidere sulla posizione del lavoratore assurge a presupposto sufficiente a legittimare l'assegnazione *“a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale”*.

Si assume, in proposito, che i concetti utilizzati dal legislatore delegato di modifica degli assetti organizzativi esorbiterebbero i limiti della delega, che avrebbe invece ancorato l'assegnazione a mansioni inferiori soltanto ai *“processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale”*. Si tratterebbe, infatti, di un caso in cui il legislatore delegato, invece di provvedere a specificare il precetto, lo estende, secondo un meccanismo di inversione del procedimento legislativo, sintomo di una innata tensione con l'art. 76, Cost<sup>60</sup>. Tuttavia, anche in questo caso si impone uno sforzo interpretativo, che ogni operatore del diritto dovrebbe perseguire, dal momento che in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (o qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali.

Nonostante l'approssimazione dell'utilizzazione di definizioni quali i processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione, non proprio sconosciuti dall'ordinamento, ben può ritenersi che la *“mera”* modifica degli assetti organizzativi, debba essere letta in senso *“costituzionale”* come prodromica all'assegnazione a mansioni inferiori, soltanto laddove realizzi quel temperamento dell'interesse economico dell'utile impiego del

---

<sup>59</sup> Si tratta dell'art. 16 della legge 30 ottobre 2014, n. 161, c.d. legge europea 2013-bis, che interviene a modificare gli artt. 4 e 24 della legge n. 223 del 1991

<sup>60</sup> L. DE ANGELIS, op. cit.; ma vedi anche, quanto alla mancata individuazione dei «parametri oggettivi» cui pure rinvia sempre l'art. 1, co. 7, lett. e), l. 183/2014, U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ. in Working Papers CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 263/2015

lavoratore, con quello della tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, pure previsti contestualmente nei criteri direttivi.

Del resto, la Corte costituzionale, come si è già visto, quanto all'ambito di discrezionalità del legislatore delegato, ha affermato, da un lato che è compatibile con l'art. 76 Cost. "l'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, anche un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante", dall'altro, che la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, potendo essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega.

Una simile opzione interpretativa ha il pregio di individuare fra le soluzioni possibili, rispetto a quelle che il legislatore delegato avrebbe ben potuto prevedere, anche in maniera più pertinente con la delega - e tuttavia meno garantiste -, quella più consona al diritto vivente ed alla lettura fornita dalla giurisprudenza costituzionale rispetto alla necessità che sia garantita, oltre alla certezza delle situazioni giuridiche, anche l'effettività della tutela giurisdizionale, in tesi frustrata dalla mancata previsione, questa sì arbitraria, di un margine di apprezzamento per il giudice comune.

Attraverso tale argomento, lo *ius variandi*, che già si è caratterizzato tradizionalmente come strumento di modificazione unilaterale della prestazione contrattuale attraverso l'individuazione di mansioni esigibili "oltre i limiti segnati dall'accordo", si contempera attraverso il permanere e la valorizzazione della verifica giurisdizionale del bilanciamento dei valori costituzionali della libertà di iniziativa economica privata e del diritto al lavoro<sup>61</sup>.

Per tale via, a fronte della chiara scelta normativa che riconosce all'imprenditore le sue prerogative tecnico-funzionali, si riconduce il profilo mercantilistico, che pure per certi versi permea la riforma, alla necessaria valorizzazione di aspetti di tutela riconducibili direttamente alle esigenze di protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori, rappresentativi di altrettanti limiti costituzionali della libertà economica. Le scelte imprenditoriali, in questo contesto, devono, dunque, essere sorrette da una causa tipica che le giustifica, il cui vaglio di corrispondenza funzionale con l'interesse creditorio e sociale del lavoratore può e deve essere condotto dal giudice comune<sup>62</sup>.

Conclusivamente, quindi, l'apprezzamento dei limiti allo *ius variandi* imposto dalla lettura costituzionalmente orientata della norma, evita già di per sé il pericolo, prefigurato da alcuni, che il flusso dei mercati e delle esigenze di competitività travolga i diritti fondamentali, oggetto di conquiste democratiche che ora sono quasi percepite come inutili orpelli, di ostacolo alla ripresa economica<sup>63</sup>.

Coerente con tale scelta ermeneutica è la tesi secondo cui a fronte di atti di esercizio dello *ius variandi* che possa comportare l'assegnazione a mansioni che esorbitano dalla formale declaratoria professionale del contratto collettivo, l'interprete, e per esso il giudice, dovrà

---

<sup>61</sup> R. VOZA, la tutela del contraente forte nel diritto del lavoro, in Riv.it.dir. lav. Fasc. 1 del 2015, che esamina il fenomeno della tutela del contraente debole e la sua incapacità di dar conto del ruolo che tale settore dell'ordinamento ha svolto nella formalizzazione giuridica dei rapporti di potere propri del modo di produzione sorto con la rivoluzione industriale

<sup>62</sup> Per l'interessante analisi del tema, v. A. PERULLI, Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente, in Riv.it.dir. lav., fasc.1, 2015

<sup>63</sup> Il riferimento è allo scritto di L. D'Ancona, Mansioni del lavoratore e tutela "flessibile" nel disegno del Jobs act, in [questione.giustizia.it](http://questione.giustizia.it)

procedere ad una valutazione comparativa con il valore delle mansioni nuove rispetto alle ultime effettivamente svolte, in questo modo recuperando quel concetto di equivalenza, dunque soltanto apparentemente cancellato dal nuovo assetto normativo<sup>64</sup>.

Certo questa conclusione difficilmente potrà condurre, tuttavia, ad una perpetuazione dell'orientamento di legittimità relativo al "vecchio" art. 2103 cod. civ. , secondo il quale il ruolo svolto dalla contrattazione collettiva in materia di inquadramenti e mansioni non sarebbe vincolante per il giudice, dovendosi comunque procedere a verificare se le mansioni assegnate rispettino la specifica competenza tecnica del dipendente, o ne salvaguardino il livello professionale, o non lo danneggino altrimenti. Evidentemente le nuove mansioni, laddove rispettino i limiti delle categorie legali di inquadramento individuate dall'autonomia collettiva e laddove siano soddisfatte le causali riorganizzative, non determineranno più la lesione del diritto a conservare e a migliorare la competenza o la professionalità maturate.

### **5.1.1 - L'assegnazione a mansioni inferiori concordata**

La prevista ipotesi dell'assegnazione concordata a mansioni inferiori comporta, sia una piena realizzazione del mutamento del livello di inquadramento, sia una possibile riduzione della retribuzione.

A prescindere dalla possibilità che il mutamento possa o meno limitarsi al livello immediatamente inferiore, o che possa investire la categoria legale, nonostante il limite imposto dell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita, appare sufficientemente chiaro come la previsione di tali accordi individuali sia esorbitante dai criteri direttivi.

E' pur vero che la nuova disciplina consentita dalla legge delega n. 183 è diretta alla revisione della disciplina delle mansioni, sicchè una modifica che investa il cd. patto di declassamento potrebbe in astratto essere considerata un coerente sviluppo del criterio principale della delega.

E' pur vero che risultano opportunamente apprestate idonee garanzie di genuinità della manifestazione di volontà del contraente debole, anche attraverso un sensato riferimento alla professionalità che il lavoratore intenda acquisire.

Tuttavia, proprio gli stessi criteri ermeneutici, che più innanzi si è tentato di illustrare con il fine di ricercare interpretazioni costituzionalmente orientate, depongono nel senso di un vero e proprio eccesso di delega, sia per la carenza dei limiti "causali" previsti dal più volte citato art. 1, comma 7, lett. e), della legge n. 183 del 2014, sia per la carenza di intervento della contrattazione collettiva.

---

<sup>64</sup> U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.* in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 263/2015