

STUDIO LEGALE PAVAROTTI E ASSOCIATI

Spunti di riflessione a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 26/2017, che ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum abrogativo del D. Lgs. n. 23/2015 (c.d. “contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti”) e di alcune parti dell’art. 18 Legge n. 300/1970 (originariamente rubricato “reintegrazione nel posto di lavoro” e poi, con le modifiche apportate dall’art. 1, comma 2, della Legge n. 92/2012, “Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo”).

* * *

INDICE - SOMMARIO

1. *Premessa sulla struttura e sulla finalità dello scritto* *pag. 2*

2. *La tutela reintegratoria dall’originario testo dell’art. 18 Legge n. 300/1970 all’intervento modificatore della Legge n. 108/1990.*
L’orientamento formatosi sulla “centralità della tutela reintegratoria”.
Critica alla tesi di fondo sottesa a tale orientamento. *pag. 2*

3. *L’intervento legislativo della Legge n. 92/2012 e quello del D. Lgs. n. 23/2015.*
Il venir meno della “centralità della tutela reintegratoria”.
La distinzione, sul piano concettuale e su quello delle conseguenze sanzionatorie, del “licenziamento nullo” dal “licenziamento ingiustificato che, come tale, si risolve in un inadempimento contrattuale”. *pag. 8*

4. *Il quesito referendario e la sentenza d’inammissibilità della Consulta.*
Il carattere propositivo del quesito perché diretto ad introdurre una nuova disciplina e, comunque, alla “reviviscenza” di quella vigente prima della riforma del 2012.
La questione del requisito dimensionale. *pag. 11*

5. *Conclusioni d’insieme sui temi in discussione.*
Dalla centralità della tutela del “posto di lavoro” alla sfida di una tutela effettiva e costante del “diritto al lavoro”. *pag. 17*

* * *

1. Com’è noto, la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile il quesito referendario diretto all’abrogazione dell’intera disciplina del c.d. “contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti” ed alla, per così dire, “riespansione”, sia sotto il profilo delle causali, sia sotto quello del requisito dimensionale, dell’ambito di operatività della tutela reintegratoria (c.d. “tutela reale del posto di lavoro”) a fronte di licenziamenti “lato sensu” illegittimi.

Ora che si è un po' attutita l'eco delle polemiche (più politiche che giuridiche, per la verità) che hanno preceduto ed immediatamente seguito la decisione della Consulta, non sembra inopportuno proporre qualche tema di riflessione attinente, non solo le argomentazioni tecniche della Consulta, necessariamente "comprese", per così dire, dalla funzione e dai limiti del giudizio di ammissibilità di una richiesta di referendum abrogativo ai sensi dell'art. 75 della nostra Costituzione, ma anche il "ruolo" che ha assunto la tutela reintegratoria nell'ordinamento giuslavoristico a fronte di mutamenti sociali ed economici che hanno profondamente modificato il quadro di riferimento rispetto alla realtà dell'epoca in cui la tutela reintegratoria è stata introdotta.

Non sarà inopportuno, allora, iniziare proprio da un riepilogo, seppure necessariamente molto sintetico in questa sede, della "storia" dell'art. 18 e, quindi, della stessa tutela reintegratoria.

2. L'art. 18, con la tutela reintegratoria dal medesimo prevista, è stato introdotto dalla Legge n. 300/1970 (nota come "Statuto dei Lavoratori"), dopo che già la Legge n. 604 del 1966 aveva posto un fermo limite alla facoltà di "recesso ad nutum" del datore di lavoro consentita dall'art. 2118 cod. civ., avendo previsto che il licenziamento del lavoratore può avvenire solo per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 cod. civ. (per sintetizzare al massimo, un comportamento del lavoratore talmente grave da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto) oppure per giustificato motivo, oggettivo o soggettivo (artt. 1 e 3 Legge n. 604/1966). Questo limite era rafforzato dalla previsione secondo cui l'onere della prova del giustificato motivo ovvero della giusta causa spetta al datore di lavoro (art. 3) ed il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo implica un obbligo alternativo di riassunzione o di pagamento di una somma risarcitoria variabile (per indicare solo il minimo e il massimo ad oggi previsti) da 2,5 a 6 mensilità (ma incrementabile, a certe condizioni, sino a 14 mensilità) dell'ultima retribuzione di fatto (art. 8).

Deve subito precisarsi un aspetto: questo tipo di tutela risarcitoria riguardava (ed ancora riguarda, per le imprese che sono sotto i limiti dimensionali dell'art. 18 e nei casi in cui non trova applicazione la disciplina del "contratto a tutele crescenti", la quale pure, peraltro, ha operato una distinzione, al suo interno, tra imprese che hanno i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 Legge n. 300/1970 nel testo oggi ancora vigente, da una parte, e le "piccole imprese" e le "organizzazione di tendenza", dall'altra) i licenziamenti illegittimi perché intimati in difetto di giusta causa o di giustificato motivo. Per i licenziamenti nulli – che non sono soltanto i licenziamenti discriminatori, atteso che inficiati da tale vizio radicale sono stati sempre ritenuti, ad esempio, anche i licenziamenti intimati per motivo illecito determinante ex art. 1345 cod. civ.- valeva allora il diritto comune e, quindi, l'inidoneità del licenziamento, proprio in quanto negozio nullo, a produrre effetti, con la conseguenza, sul piano "lato sensu" sanzionatorio, della declaratoria di persistenza giuridica del rapporto nonostante il licenziamento e della persistenza, quindi, di tutti gli obblighi datoriali connessi al rapporto di lavoro, per l'appunto mai giuridicamente interrotto. Conseguenze analoghe conseguivano al licenziamento inefficace per difetto di forma.

Bene, su questo quadro normativo si è innestato l'art. 18 della Legge n. 300/1970, che ha profondamente modificato il regime di tutela, sussistendo determinati requisiti dimensionali, avverso i licenziamenti non sorretti da giusta causa o giustificato motivo, introducendo, cioè, l'ordine di reintegrazione da parte del giudice ed un regime risarcitorio parametrato, per dirlo molto in breve, alle retribuzioni perdute. Parallelamente, con un inevitabile intervento unificatore, ha previsto l'ordine di reintegrazione, sussistendo i requisiti dimensionali, anche per i casi di licenziamento nullo o inefficace. Ma qui, sembra chiaro che il rafforzamento di tutela è senz'altro meno incisivo (e non poteva essere diversamente) rispetto al caso della mancanza di giusta causa o di giustificato motivo, perché, pur mancando la forza coercitiva del vero e proprio ordine di reintegrazione <<nel posto di lavoro >>, comunque vi era (come si è visto) la possibilità che il Giudice, accertata la nullità o l'inefficacia del recesso, dichiarasse la persistenza giuridica del rapporto e degli obblighi ad esso correlati.

I requisiti dimensionali, originariamente, non erano previsti direttamente dall'art. 18, ma dall'art. 35 della medesima Legge (che riguarda, più in generale, il campo di applicazione della legge stessa e, in particolare, dell'attività sindacale "tutelata"), sicché si determinarono problemi di coordinamento con il campo di applicazione della Legge n. 604/1966, poi risolti con la riforma del 1990 (problemi derivanti anche dal fatto che già la Legge n. 604/1966 aveva un suo campo di applicazione, che l'art. 11, 1° comma – abrogato dall'art. 6, 2° comma, della Legge n. 108/1990 – individuava nei datori di lavoro con più di 35 dipendenti).

Possiamo dire, comunque, che il requisito di "più di 15 dipendenti" riferito all'unità produttiva (ma su tale nozione, in realtà, sarebbe necessario soffermarsi; mi astengo dal farlo, come mi astengo anche da pur importanti digressioni su altri argomenti perché ciò esula dalla più ristretta finalità del presente scritto) ovvero al territorio comunale e quello di "più di 5 dipendenti", sempre riferito all'unità produttiva ovvero al territorio comunale per il caso delle imprese agricole, sussistevano già nella disciplina del 1970.

La Legge n. 108/1990 ha fatto chiarezza al riguardo, inserendo direttamente nell'art. 18 la previsione del suo ambito di applicazione e mantenendo il requisito "generale" di "più di 15 dipendenti" e quello "speciale" di "più di 5" per l'impresa agricola. Con un'aggiunta esplicita, poi, non di poco conto: l'applicabilità della normativa di tutela, indistintamente, al datore di lavoro che, complessivamente, <<occupa alle sue dipendenze più di sessanta prestatori di lavoro>>.

Correlativamente, la Legge n. 108/1990 ha "ridisegnato" (o, se vogliamo, "precisato") l'ambito di applicazione della tutela "solo obbligatoria" di cui alla Legge n. 604/1966.

Si tratta dell'art. 2, rubricato "Riassunzione o risarcimento del danno", il cui comma 1 è rilevante per quel che più avanti si dirà e che merita, allora, trascrivere: <<I datori di lavoro privati, imprenditori non agricoli e non imprenditori, e gli enti pubblici di cui all'articolo 1 della legge 15 luglio 1966, n. 604, che occupano alle loro dipendenze fino a quindici lavoratori ed i datori di lavoro imprenditori agricoli che occupano alle loro dipendenze fino a cinque lavoratori computati con il criterio di cui all'articolo 18 della

legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 1 della presente legge, sono soggetti all'applicazione delle disposizioni di cui alla legge 15 luglio 1966, n. 604, così come modificata dalla presente legge. Sono altresì soggetti all'applicazione di dette disposizioni i datori di lavoro che occupano fino a sessanta dipendenti, qualora non sia applicabile il disposto dell'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 1 della presente legge>>.

Le altre modifiche apportate nel 1990 all'art. 18 sono, talvolta, di notevole rilievo, ma non è questa la sede per farne oggetto di esame.

Il fatto è che con la legge n. 108/1990 si è ulteriormente rafforzato anche un orientamento (diversificato al suo interno, beninteso) dottrinario e giurisprudenziale che vedeva nell'art. 18 e, segnatamente, nella tutela reintegratoria che lo caratterizzava il vero fulcro della protezione del lavoratore nel momento patologico del rapporto, ancorché le cause della patologia potessero essere le più differenziate. La "reintegra nel posto di lavoro precedentemente occupato" era considerata, cioè, un po' come il "perno" della tutela del lavoratore – in un sistema che riconosce a tutti i cittadini <<il diritto al lavoro>> (artt. 1 e 4 Cost.) e che <<tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni>> (art. 35 Cost.), con una specifica attenzione, peraltro, alla retribuzione anche quale strumento di elevazione sociale (art. 36 Cost.), nonché alle condizioni ed ai diritti della donna lavoratrice (art. 37 Cost.) – tanto contro espulsioni dal luogo di lavoro viziate nella forma o affette da nullità perché adottate in modo discriminatorio o ritorsivo ovvero in violazione di diritti fondamentali o di norme di legge di protezione del lavoratore comunque imperative, quanto, ed in egual modo, contro espulsioni adottate senza una valida ragione giustificativa (oggettiva o soggettiva) o, più semplicemente, "sproporzionate" rispetto al fatto addebitato.

Si era fatta strada, insomma, un'interpretazione estensiva, sotto vari profili, dell'art. 18, per la quale la tutela reintegratoria sarebbe dotata di una "forza espansiva" che ne proietterebbe l'applicabilità in tutti i casi in cui il diritto del lavoro non esprime una sanzione speciale (al riguardo, si giungeva a distinguere – ed anche da parte della Corte Costituzionale – tra "espansione esterna" ed "espansione interna" -, ma le dissertazioni in proposito, anche molto articolate e sottili, erano comunque tutte nella prospettiva di questo orientamento di fondo).

Non è certo possibile, in questa sede, procedere ad una loro disamina e neppure ad una esemplificazione che inevitabilmente richiederebbe pagine e pagine.

Ma è senz'altro da ricordare, quantomeno, una sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 2006, la pronuncia n. 141 del 10 gennaio 2006: non solo e non tanto per il problema concreto che in quel caso veniva esaminato – se è sul lavoratore che grava l'onere di provare il requisito dimensionale per l'applicabilità della tutela reintegratoria ovvero se è il datore di lavoro a doverne provare l'insussistenza – e per la soluzione offerta – l'onere della prova grava sul datore di lavoro -, che peraltro ribalta il precedente orientamento delle stesse Sezioni Unite (Cass. S.U. 4 marzo 1988, n. 2249), quanto, piuttosto, per le più rilevanti argomentazioni offerte; queste, infatti, sono

evidente espressione di una tendenza ormai generalizzata, al punto di compiere non indifferenti forzature (anche) sul piano civilistico e persino su quello costituzionale, per giungere a considerare la tutela reintegratoria come un sorta di “regola generale” immanente al nostro ordinamento, con conseguente “eccezionalità” di qualunque normativa, che, sui piani più disparati (persino quello della distribuzione dell’onere della prova di quel requisito dimensionale che sino ad allora era considerato un fatto costitutivo della domanda diretta alla reintegrazione, con conseguente onere probatorio a carico del lavoratore che agiva in giudizio), venga a discostarsi da quella “regola generale”.

Bene, due sono gli argomenti di Cass. S.U. n. 141/2006 cui in questa sede merita far cenno.

Il primo e principale argomento è fondato sulla disposizione di cui all’art. 2058 cod. civ., applicabile anche all’illecito contrattuale; tale disposizione, secondo la Corte, nega un rapporto regola-eccezione tra risarcimento per equivalente e risarcimento in forma specifica; anzi, sempre secondo la Corte, lo capovolge, perché nel nostro ordinamento il risarcimento in forma specifica sarebbe la regola, mentre quello per equivalente l’eccezione.

In questa prospettiva, la reintegrazione prevista dall’art. 18, essendo esplicitazione della regola generale di diritto civile del risarcimento in forma specifica, sarebbe la forma ordinaria di risarcimento a fronte dell’inadempimento datoriale consistente nell’illegittimo recesso, mentre residuale sarebbe la tutela solo monetaria prevista dall’art. 8 della Legge n. 604/1966.

Ma in realtà la tesi civilistica secondo cui, in caso di inadempimento, il risarcimento del danno in forma specifica (e quindi, la reintegrazione nel posto di lavoro precedentemente occupato, per quanto riguarda il particolare caso dell’inadempimento datoriale consistente nel recedere illegittimamente dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato) sarebbe la regola, mentre quello per equivalente, cioè tramite ristoro monetario, sarebbe l’eccezione non sembra corretta e, comunque, non è stata accolta, in molte altre ipotesi, dalla stessa Corte di Cassazione.

Qui basti ricordare Cass. 18 settembre 2013, Sez. I, n. 21337, secondo la quale <<[...] la sentenza impugnata si è puntualmente uniformata alla giurisprudenza di questa Corte, per la quale: 1) il risarcimento del danno per equivalente costituisce una reintegrazione del patrimonio del creditore che si realizza mediante l’attribuzione, al creditore, di una somma di danaro pari al valore della cosa o del servizio oggetto della prestazione non adempiuta, e quindi si atteggia come la forma, per così dire, tipica di ristoro del pregiudizio subito dal creditore per effetto dell’inadempimento dell’obbligazione da parte del debitore; 2) per converso il risarcimento in forma specifica, essendo diretto al conseguimento dell’”eadem res” dovuta, tende a realizzare una forma più ampia e, di regola, più onerosa per il debitore, di ristoro del pregiudizio dallo stesso arrecato, dato che l’oggetto della pretesa azionata non è costituito da una

STUDIO LEGALE PAVAROTTI E ASSOCIATI

somma di danaro, ma dal conseguimento, da parte del creditore danneggiato, di una prestazione del tutto analoga, nella sua specificità e integrità, a quella cui il debitore era tenuto in base al vincolo contrattuale>>.

L'altro argomento di Cass. S.U. n. 141/2006 che in questa sede merita porre in rilievo è quello secondo cui la prevalenza del risarcimento in forma specifica rispetto al risarcimento per equivalente (e, quindi, la prevalenza della tutela reintegratoria) varrebbe particolarmente proprio nel diritto del lavoro perché il diritto del lavoratore <<*al proprio posto*>> sarebbe protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost..

Ma tale affermazione è, in realtà, una “forzatura” delle pur relevantissime disposizioni costituzionali richiamate e rischia, persino, una sorta di “effetto contrario non voluto”, cioè quello di concentrarne la portata sul rapporto individuale datore/lavoratore, allontanando lo sguardo dalla direzione “collettiva” che quelle disposizioni hanno e devono avere nella loro concreta attuazione.

Ed invero, le norme costituzionali richiamate da Cass. S.U. n. 141/2006, lungi dal costituire il fondamento di un diritto del lavoratore <<*al proprio posto*>>, hanno carattere programmatico, costituendo principi ispiratori della Repubblica e, pertanto, hanno valore di direttiva nei riguardi, anzitutto, delle istituzioni pubbliche. Senza necessità di richiamare la sterminata dottrina in materia – che ha anche precisato come la tutela del diritto al lavoro riguardi pure il lavoro autonomo – basti ricordare che la Consulta, già con la sentenza n. 16/1980, aveva ribadito <<*che l'art. 1 della Costituzione afferma solo un principio ispiratore della tutela del lavoro, non vuole determinare i modi e le forme di questa tutela; e che l'art. 4 della Costituzione mette in risalto l'importanza sociale del diritto al lavoro*>>. A sua volta, la sentenza della Corte Costituzionale n. 419/2000 aveva precisato che la garanzia del diritto al lavoro apprestata dagli artt. 4 e 35 della Costituzione è affidata <<*alla discrezionalità del legislatore quanto alla scelta dei tempi e dei modi di attuazione e non comporta una diretta ed incondizionata tutela del posto di lavoro*>>.

Rilevante, poi, è anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 46/2000, con la quale la Consulta, nel dichiarare ammissibile l'allora richiesta di referendum popolare per l'abrogazione dell'art. 18 Legge n. 300/1970, così si è espressa: <<*La richiesta non trova ostacolo nemmeno nei limiti impliciti al referendum che la giurisprudenza di questa Corte ha individuato nella inammissibilità di quesiti che investono leggi c.d. “a contenuto costituzionalmente vincolato”, in quanto vertono su disposizioni la cui abrogazione si traduce in una lesione di principi costituzionali. Ipotesi, questa, nella quale la Corte, con successive puntualizzazioni, è venuta ad annoverare anche le leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di ogni tutela per situazioni che tale tutela esigono secondo Costituzione.*

Sotto questo profilo, va osservato che la disposizione oggetto di quesito è indubbiamente 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, secondo 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 riferimento a tale discrezionalità, è da escludere, tuttavia, che la disposizione che si intende sottoporre a consultazione, per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi.

Pertanto, l'eventuale abrogazione della c.d. tutela reale avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento. Né, una volta rimosso l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto resterebbe, comunque, operante nell'ordinamento, anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea, ratificata e resa esecutiva con legge 9 febbraio 1999, n. 30, la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, la cui tendenziale generalità deve essere qui sottolineata>> (è da sottolineare, peraltro, questo finale riferimento al carattere generale della tutela obbligatoria).

Infine, per tornare alla Corte di Cassazione, merita anche ricordare che la tutela reintegratoria non è stata considerata tra i principi del nostro ordine pubblico internazionale, tra quei principi, cioè, che prevalgono sulla legge straniera eventualmente applicabile ad un rapporto in quanto quest'ultima è con essi contrastante.

Sull'argomento, è molto interessante la motivazione di Cass. 11 novembre 2002, n. 15822, che senz'altro meriterebbe una più approfondita analisi, la quale, però, in buona parte travalicherebbe i limiti che ci siamo imposti con il presente scritto. Basti sottolineare che questa pronuncia, pur sottolineando la rilevanza della stabilità del lavoro e della conseguente previsione, sul piano dei rapporti individuali, di limiti alla facoltà di recesso del datore, ha anche rilevato che non per questo la tutela reintegratoria può dirsi rientrante tra i principi del nostro ordine pubblico internazionale, considerato che <<[...] di tale dimensione fa parte non il concreto meccanismo attraverso il quale si sanziona il recesso ingiustificato del datore di lavoro, bensì il principio che questi non possa a proprio arbitrio recedere dal rapporto>> (nello stesso senso, Cass., 9 maggio 2007, n. 10549).

Bene, tirando ora le fila del discorso sin qui svolto, si può dire che sino alla riforma del 2012 dell'impianto normativo dell'art. 18 Legge n. 300/1970 vi è stata senz'altro una corrente dottrinarica e giurisprudenziale che vedeva nella tutela reintegratoria la "vera" modalità di protezione del lavoratore contro la facoltà di recesso del datore di lavoro e, in un certo senso anche "il modo migliore" per dare concretezza al valore costituzionale della tutela del lavoro. Un orientamento prevalente, ma, come si è visto, non scevro da contraddizioni giuridiche ed anche non condiviso, relativamente all'opzione di fondo di

cui era espressione, da pronunzie, in casi non isolati, della Corte Costituzionale e della Cassazione stessa.

Nel frattempo, peraltro, la sussistenza della tutela reintegratoria di certo non impediva, sul piano della concreta dinamica della realtà economico-sociale, vere e proprie “raffiche” di licenziamenti collettivi per la situazione di crisi che da anni, purtroppo, ben si conosce e per le profonde modificazioni del tessuto produttivo. Licenziamenti, questi, che di certo non era agevole contrastare sul terreno del contenzioso giudiziario, dato che la possibilità dell’ordine di reintegra del lavoratore non correttamente coinvolto nella riduzione di personale (spesso, tra l’altro, dovuta a vera e propria cessazione di attività) si scontrava, “a monte”, con l’impossibilità di controllo, in sede giudiziale, della scelta imprenditoriale, normalmente ritenuta “libera”, anche tramite una non sempre condivisibile valorizzazione dell’art. 41 Cost.. Si può dire, in proposito, che non è stata certo la tutela reintegratoria ad operare da “deterrente” di questo fenomeno, contrastato, semmai, da quel controllo “ex ante” di tale scelta imprenditoriale affidato alle Organizzazioni Sindacali dalla Legge n. 223/1991 (ed arginato, negli effetti, da interventi statali di sostegno tanto numerosi quanto frammentari).

Ora, è in questo quadro che è intervenuta la riforma dell’art. 18 ad opera della Legge n. 92/2012, quella riforma su cui avrebbe voluto incidere, insieme con l’integrale abrogazione del c.d. “contratto di lavoro a tutele crescenti”, il quesito referendario ritenuto inammissibile.

3. L’art. 1, comma 42, Legge n. 92/2012, formalmente, ha apportato “modificazioni” al testo dell’art. 18 Legge n. 300/2970, come risultante dall’intervento, di cui si è detto, della Legge n. 108/1990.

In realtà, il testo è stato quasi completamente riscritto, diversificando l’impianto stesso delle tutele e lasciando invece sostanzialmente inalterato il requisito dimensionale per l’accesso alle tutele stesse (salvo quanto si dirà sub (i) tra poco). Sintetizzando al massimo, si può dire quanto segue:

- (i) la tutela reintegratoria “piena”, che era sostanzialmente l’unica prevista dal precedente testo per tutte le ipotesi di inefficacia ovvero di nullità (ma in questa ipotesi con una formulazione tutt’altro che appagante) ovvero anche solo di annullabilità del licenziamento perché intimato in mancanza di giusta causa o di giustificato motivo, è stata riconosciuta nelle sole ipotesi d’inefficacia (licenziamento verbale) e di nullità del licenziamento. Le ipotesi di nullità idonee a determinare tale tutela, poi, sono state specificate e, al riguardo, è stata altresì inserita una disposizione “di chiusura” che espressamente si riferisce agli ≤altri casi di nullità previsti dalla legge≥ e alla nullità del licenziamento perché ≤determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell’articolo 1345 del codice civile≥. Infine, è stato espressamente previsto che questo tipo di tutela prescinde dal requisito dimensionale; anche nelle imprese “minori”, quindi, la

nullità non determina più la declaratoria di persistenza del rapporto alla stregua del diritto comune, ma il vero e proprio ordine di reintegrazione;

- (ii) per altre ipotesi – in particolare per l’ipotesi in cui sia accertato che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa – è stata prevista una tutela reintegratoria “attenuata”. In questo caso, occorre il requisito dimensionale;
- (iii) nelle altre ipotesi in cui si accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, nonché nell’ipotesi – diversa da quella della “manifesta insussistenza del fatto”, che è (tenuamente, per il vero) assimilata all’ipotesi sub (ii) – in cui si accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo, non è prevista la reintegrazione, ma una tutela indennitaria c.d. “forte”. In questo caso, occorre il requisito dimensionale;
- (iv) infine, per tutta una serie di vizi formali (diversi dalla mancanza di forma scritta) e procedurali (ad esempio, violazione dell’art. 7 Legge n. 300/1970 sul procedimento disciplinare), è stata prevista una tutela indennitaria c.d. “debole”. Anche in questo caso occorre il requisito dimensionale.

Si può dire, sebbene schematizzando molto, che, con la Legge n. 92/2012, quella tutela reintegratoria che, come si è visto, era stata considerata il “fulcro” della protezione del lavoratore avverso un licenziamento “lato sensu” illegittimo, al punto di ritenere l’art. 18 legge n. 300/1970 come dotato di una particolare “forza espansiva” proprio per il tipo di tutela che apprestava, ha perso la sua centralità; si può anche dire, a grandi linee, che la tutela reintegratoria è stata ricondotta alle ipotesi di un vizio radicale del licenziamento – spesso riconducibile alla lesione di diritti fondamentali del lavoratore anche come persona (artt. 2 e 3 Cost.) – che lo rende “ab origine” inidoneo a produrre effetti giuridici (nullità) ovvero all’ipotesi di un esercizio particolarmente scorretto, da parte del datore di lavoro, della facoltà di recesso da un rapporto a tempo indeterminato (insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, sia in quello intimato per ragioni soggettive, sia in quello intimato per ragioni oggettive, ragioni rivelatesi, appunto, insussistenti); nelle ipotesi, invece, in cui il recesso configura, sotto qualunque altro profilo, un inadempimento contrattuale (sempre valutato secondo i criteri “elastici” della giusta causa e del giustificato motivo), vi è la ordinaria tutela risarcitoria “per equivalente”, con la fissazione di una penale “ex lege” graduabile tra un minimo ed un massimo.

Sul piano concettuale, dunque, la differenza rispetto al precedente sistema balza subito all’evidenza.

Naturalmente, le questioni poste (e oggetto di acceso dibattito in dottrina e in giurisprudenza) dalla riforma del 2012 sono molteplici, articolate ed anche complesse, ma non è questa la sede per effettuare una disamina: quel che preme porre in evidenza,

ai limitati fini del presente scritto, è un'opzione legislativa di fondo, che sembra essere la "perdita di centralità" della tutela reintegratoria nei confronti del licenziamento che è sì illegittimo, ma si pone essenzialmente come inadempimento all'obbligo contrattuale e la correlativa introduzione, nella ricorrenza del requisito dimensionale, di un sistema di "graduazione delle tutele" sul piano indennitario. Parallelamente, può anche dirsi che la riforma del 2012, nel prevedere la tutela reintegratoria "piena" (senza necessità di un requisito dimensionale, per di più) in una serie di fattispecie specificamente elencate (in aggiunta a quelle espressamente previste dal vecchio testo) ed anche, espressamente, nei casi di licenziamento determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ. ovvero <<riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge>>, ha, in un certo qual modo, indirettamente "rafforzato" proprio quell'opzione legislativa di fondo, ponendo espressamente la più forte delle sanzioni a presidio di posizioni giuridiche del lavoratore meritevoli, secondo l'ordinamento generale e giuslavoristico, di una particolare tutela che in buona misura prescinde anche dal sinallagma contrattuale; per il resto, invece, è stata introdotta, in luogo della precedente "uniformità", una tutela differenziata.

Per concludere questa disamina, nel cui svolgimento si è cercato il massimo della sintesi a fronte della molteplicità e della complessità delle tematiche coinvolte, si deve giungere al D. Lgs. n. 23/2015, accomunato all'art. 18 Legge n. 300/1970 nel quesito referendario.

Il D. Lgs. n. 23/2015, com'è noto, è stato emanato sulla base della delega di cui all'art. 1, comma 7, lett. c) della Legge n. 183/2014, rispetto alla quale non può certo dirsi che non fosse "stringente" per il legislatore delegato.

Nella sua struttura di fondo il D. Lgs n. 23/2015, che si applica ai lavoratori assunti dal giorno della sua entrata in vigore (7 marzo 2015), ricalca un po' l'impianto dell'art. 18 come modificato nel 2012. E' questo un rilievo che potrebbe sembrare azzardato, ma, a ben vedere, non lo è.

Difatti, anche in questo caso v'è una tutela reintegratoria "piena", che vale nell'ipotesi di nullità del licenziamento (la formulazione è un po' diversa da quella della Legge n. 92/2012 ed ha fatto discutere molto, in particolare, la previsione del licenziamento <<riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge>>, mentre la Legge n. 92/2012 prevede testualmente, come si è visto, l'ipotesi del licenziamento <<riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge>>; discussioni che si sono avute anche nel corso dei lavori preparatori, ma probabilmente la questione è stata anche eccessivamente considerata), che è molto simile a quella dell'art. 18 come risultante dalle modifiche della Legge n. 92/2012 e che si applica indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati. Anche nel D. Lgs. n. 23/2015 alla stessa sanzione è assoggettato pure il licenziamento verbale. V'è poi una anche qui tutela reintegratoria "attenuata", che però riguarda solo i licenziamenti per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo (ma ciò è coerente con la legge delega) dove si riveli insussistente il fatto materiale contestato; anche in questo caso alla tutela reintegratoria si accompagna

un'indennità risarcitoria simile a quella prevista nell'analogo caso dall'art. 18 come modificato dalla Legge n. 92/2012 e medesimo è il requisito dimensionale. V'è poi una tutela indennitaria "forte" laddove manchino gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo (soggettivo o anche oggettivo), con previsione di un'indennità commisurata all'anzianità di servizio; il requisito dimensionale è il medesimo di sempre. Infine, v'è una tutela indennitaria "debole" per l'ipotesi di vizi formali e procedurali, che presuppone sempre il solito requisito dimensionale e che si risolve in un'indennità, minore rispetto a quella del caso precedente, ma sempre parametrata all'anzianità di servizio (nel primo caso due mensilità per ogni anno di servizio, ma con un limite minimo di quattro ed un massimo di ventiquattro; nel secondo caso, una mensilità per ogni anno di servizio, ma con un limite minimo di due ed un limite massimo di quattro).

Come si vede, al di là delle notevoli differenze (soprattutto sul piano economico), è in realtà confermato, rispetto al nuovo testo dell'art. 18 Legge n. 300/1970, l'impianto di fondo; ma è confermata anche l'opzione legislativa sulla distinzione della tutela reintegratoria da quella risarcitoria/indennitaria, l'unica, questa, che viene in rilievo nel caso in cui il licenziamento, lungi dal colpire valori fondamentali o, comunque, dal presentare un vizio di origine che alla stregua del nostro ordinamento lo inficia in radice, si configuri come mero "inadempimento contrattuale", in quanto esercizio non legittimo della facoltà di recesso.

4. Ebbene, a fronte di questo complessivo impianto legislativo – nel suo insieme coerente, come si è detto – il quesito referendario si è proposto, attraverso la richiesta di abrogazione dell'intero D. Lgs n. 23/2015 e di numerose "parti" dell'art. 18 Legge n. 300/1970 come risultante dall'intervento della Legge n. 92/2012, di re-introdurre, nella sostanza, una disciplina limitativa dei licenziamenti che prevedesse:

- a)** la tutela reintegratoria nei confronti di qualunque licenziamento che risulti inefficace ovvero viziato da nullità ovvero ancora "illegittimo" per mancanza di giusta causa o di giustificato motivo (sia soggettivo, sia oggettivo) ovvero ancora "sproporzionato" rispetto al fatto addebitato ovvero ancora, infine, inficiato da vizi procedurali (ad es., violazione dell'art. 7 Legge n. 300/1970 sul procedimento disciplinare);
- b)** la ri-definizione della soglia dimensionale per l'applicazione della tutela reintegratoria, prevedendo in luogo del tradizionale criterio di "più di 15 lavoratori" nell'unità produttiva (per semplificare, ovviamente) o nel Comune e di "più di 5 lavoratori", nello stesso ambito, nel caso dell'imprenditore agricolo ovvero, comunque, di "più di 60 lavoratori" nel complesso, il criterio di "più di 5 lavoratori nel complesso";
- c)** infine, l'estensione delle nullità considerate, attraverso l'adozione di una formula, ambigua per il vero, ma tendenzialmente "omnicomprensiva": <<altri casi di nullità>>, in luogo di quella <<altri casi di nullità previsti dalla legge>>, di cui al novellato art. 18, e di quella, di ancor più agevole interpretazione, di <<altri casi di

nullità espressamente previsti dalla legge>> di cui al D. Lgs. n. 23/2015 (è questo, forse, l'aspetto meno rilevante per la valutazione dall'ammissibilità del quesito, ma anch'esso concorre, comunque, a considerare nel suo insieme corretta la decisione della Consulta).

Tutto questo, attraverso la tecnica, da tempo abbastanza frequente nei quesiti referendari, c.d. "del ritaglio".

Ma v'è anche di più. Se si "ricompono" il testo dell'art. 18 dopo l'operazione di "taglio di parole o di parti del testo" formalmente proposta, provvedendo alla (necessaria) "ricucitura" delle parole o delle parti residue, ci si avvede agevolmente che la normativa, seppure con un ordine diverso sotto il profilo formale, è pressoché la medesima dell'art. 18 Legge n. 300/1970 come risultava dall'intervento di cui alla Legge n. 108/1990, con quell'ulteriore "modifica" in punto di nullità tendenzialmente espansiva di cui si è detto e con una diversa soglia dimensionale per l'applicabilità della tutela (più di 5 lavoratori nel complesso, per intendersi).

Allora, a fronte di un simile quesito referendario, la Consulta non poteva non dichiararne l'inammissibilità.

Non certo per l'utilizzo, in sé e per sé, della "tecnica del ritaglio", diverse altre volte ritenuta consentita, ma perché tale tecnica è stata utilizzata, in questo caso, per "trasformare" il referendum da abrogativo in "propositivo", vale a dire, per porre, positivamente e attraverso il voto dei cittadini, una nuova normativa.

Questo, mi sembra, è il fulcro della sentenza della Consulta.

Difatti, così si legge al punto 5. della sentenza: <<Il quesito è inammissibile anzitutto a causa del suo carattere propositivo, che lo rende estraneo alla funzione meramente abrogativa assegnata all'istituto di democrazia diretta previsto dall'art. 75 Cost.

Come si è visto, il quesito manipola il testo vigente dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 attraverso la tecnica del ritaglio, ovvero chiedendo l'abrogazione, quanto ai commi primo, quarto, sesto, settimo e ottavo, di frammenti lessicali, così da ottenere, per effetto della saldatura dei brani linguistici che permangono, un insieme di precetti normativi aventi altro contenuto rispetto a quello originario.

Questa tecnica, risolvendosi anch'essa in una abrogazione parziale della legge, non è di per sé causa di inammissibilità del quesito (ex plurimis, sentenza n. 28 del 2011), e anzi si rende a volte necessaria per consentire la riespansione di una compiuta disciplina già contenuta in nuce nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del referendum (sentenze n. 16 e n. 15 del 2008, n. 34 e n. 33 del 2000, n. 13 del 1999).

Altra cosa invece è la manipolazione della struttura linguistica della disposizione, ove a seguito di essa prenda vita un assetto normativo sostanzialmente nuovo. Ne discende che tale assetto, trovando un mero pretesto nel modo con cui certe norme sono state formulate sul piano lessicale, sarebbe da imputare direttamente alla volontà

propositiva di creare diritto, manifestata dal corpo elettorale. In questo caso si realizzerebbe uno stravolgimento della natura e della funzione propria del referendum abrogativo.

Fin dalla sentenza n. 36 del 1997, infatti, è stato dichiarato inammissibile «il quesito referendario [che] si risolve sostanzialmente in una proposta all'elettore, attraverso l'operazione di ritaglio sulle parole e il conseguente stravolgimento dell'originaria ratio e struttura della disposizione, di introdurre una nuova statuizione, non ricavabile ex se dall'ordinamento, ma anzi del tutto estranea al contesto normativo» (nello stesso senso, sentenze n. 46 del 2003, n. 50 e n. 38 del 2000)>>.

La Corte, poi, si sofferma particolarmente, al punto 6. e, sotto altro profilo, al punto 9., sulla questione del requisito dimensionale, ma il punto fondamentale è quello, sopra posto in rilievo, di carattere generale, che riguarda il quesito nel suo complesso: la finalità, inammissibile, di dar luogo, attraverso una formale manipolazione della struttura linguistica, a <<un assetto normativo sostanzialmente nuovo>>.

E la fondamentale modifica normativa che sarebbe risultata dall'ammissione del quesito (e, poi, dall'esito del referendum abrogativo favorevole ai promotori, ovviamente) sarebbe stata quella di porre al centro (o "nuovamente" al centro) della protezione del lavoratore dai licenziamenti "lato sensu" illegittimi proprio la tutela reintegratoria, mentre così non è (o non è più) per volontà del Legislatore: come si è inteso sottolineare in precedenza – seppure con una distinzione necessariamente a grandi linee, ne siamo consapevoli –, vi è ormai, tanto all'interno dell'art. 18 come novellato dalla Legge n. 92/2012, quanto all'interno dello stesso D. Lgs. n. 23/2015, una distinzione di tutela prevalentemente fondata sulla tutela reintegratoria quando il recesso datoriale si rivela contrario, con sua conseguente nullità, a valori fondamentali dell'ordinamento generale o dell'ordinamento giuslavoristico, colpendo, in molti casi, il lavoratore anche come "persona" e come "cittadino" e, all'opposto, sulla tutela risarcitoria/indennitaria quando il recesso si manifesta solo nella sua dimensione di inadempimento contrattuale.

Un'opzione legislativa, questa, che è pienamente coerente, peraltro, con i principi costituzionali, come già si è posto in evidenza.

Non si deve ritenere, alla luce di quanto sopra, che la tutela reintegratoria, con il processo legislativo degli ultimi anni, sarebbe stata, per così dire, "marginalizzata" e rischia di essere fuorviante, allora, quanto si legge (anche) nella sentenza della Consulta secondo cui tale processo avrebbe <<indubbiamente manifestato uno sfavore crescente del legislatore nei confronti della tutela reale>>: difatti, se è vero che la tutela reale non è oggi il "fulcro" della protezione del lavoratore nel momento della patologia del rapporto, è anche vero che il ruolo che ad essa spetta rispetto ai valori che in quel momento possono essere colpiti persiste nella sua pienezza, mentre è stata "ridisegnata", attraverso meccanismi risarcitori/indennitari, sicuramente migliorabili, la tutela nei confronti dell'inadempimento contrattuale del datore di lavoro.

STUDIO LEGALE PAVAROTTI E ASSOCIATI

Per tornare ora alla decisione della Consulta, più che condivisibile, dunque, è il rilievo dell'inammissibilità del quesito per il suo reale carattere propositivo.

Si sarebbe potuto aggiungere un ulteriore e connesso rilievo. Il seguente.

Se si pongono a confronto il testo dell'art. 18 Legge n. 300/1970 prima dell'intervento legislativo della Legge n. 92/2012 con quello risultante da tale intervento sembra abbastanza evidente che, con le innovazioni apportate dalla riforma del 2012, siamo in presenza di modificazioni di tale portata da implicare una "abrogazione tacita", ai sensi dell'art. 15 delle Disposizioni sulla legge in generale, del "vecchio" art. 18 Legge n. 300/1970 (come risultante dalla Legge n. 108/1990).

Si può discutere se si tratti di un'abrogazione tacita per incompatibilità tra le nuove disposizioni e quelle precedenti oppure perché la nuova legge ha regolato l'intera materia già disciplinata dalla legge precedente (sul punto, cfr. Cass. 21/9/2005, n. 18602; Cass. 1/10/2001, n. 14129; Cass. 10/7/2002, n. 10053; Cass. 21/2/2001, n. 2502 e molte altre ancora), ma mi sembrerebbe arduo sostenere che il "vecchio" art. 18 Legge n. 300/1970 non sia stato abrogato e sostituito con una nuova, completa e per molti, rilevanti aspetti diversa regolamentazione.

Ciò posto, se poi confrontiamo, al di là delle singole parole o della collocazione topografica dei commi, il testo che risulta dal quesito con il "vecchio" art. 18 Legge n. 300/1970, non è disagevole avvedersi che siamo di fronte ad una sostanziale "riproposizione" di quest'ultimo, con qualche, significativa estensione (probabilmente, "miglioramenti", nell'ottica dei promotori).

Si tratta, dunque, di una sostanziale "reviviscenza" del testo abrogato dalla "Legge Fornero" ed anche tale "reviviscenza" non è consentita tramite un referendum abrogativo. Ciò era stato di recente affermato dalla stessa Consulta.

Merita segnalare, in proposito, Corte Costituzionale n. 5/2015 che ha dichiarato inammissibili le richieste di referendum popolare sulla disciplina della nuova organizzazione dei Tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero, ponendo in evidenza che il referendum abrogativo non può avere l'effetto di porre una nuova norma, né quello di "far rivivere" una disciplina di legge abrogata. Al riguardo, in tale sentenza si legge quanto segue: *«La volontà di far "rivivere" norme precedentemente abrogate [...] non può essere attribuita, nemmeno in via presuntiva, al referendum, che ha carattere esclusivamente abrogativo [...] e non può "direttamente costruire" una (nuova o vecchia) normativa (sentenze nn. 34 e 33 del 2000). La finalità incorporata in una richiesta referendaria non può quindi andare oltre il limite dei possibili effetti dell'atto. Se così non fosse, [...] il referendum, perdendo la propria natura abrogativa, diventerebbe approvativo di nuovi principi e "surrettiziamente propositivo" (sentenze n. 28 del 2011, n. 23 del 2000 e n. 13 del 1999): un'ipotesi non ammessa dalla Costituzione, perché il referendum non può "introdurre una nuova statuizione, non ricavabile ex se dall'ordinamento" (sentenza n. 36 del 1997); argomenti che portarono*

la Corte a ritenere che il quesito sottoposto, «per l'effetto [di reviviscenza] che intende produrre, ha natura deliberativa».

Tornando ora alla pronunzia del Giudice delle Leggi, occorre anche dire che, così “messa a fuoco” la questione centrale, la sentenza della Consulta, come accennato, si dedica in modo specifico all’operazione che il quesito intendeva effettuare rispetto al requisito dimensionale per l’applicabilità della tutela reintegratoria ed afferma che tale operazione avrebbe carattere marcatamente propositivo. Il ragionamento è fondato sul rilievo di ciò che risulterebbe dall’ammissione del quesito e dall’esito favorevole (per i promotori, ovviamente) del referendum: il limite di applicabilità della tutela reintegratoria, sarebbe, per qualunque tipo d’impresa, “più di cinque dipendenti”. Orbene, soggiunge la Corte, questo limite, sin dall’entrata in vigore dell’art. 18 Legge n. 300/1970, è stato sempre connesso alla specificità dell’impresa agricola (che normalmente, si direbbe, occupa meno dipendenti di ogni altro tipo d’impresa) ed é, quindi, “derogatorio” rispetto all’opzione legislativa di fondo, legata, per la generalità delle imprese, alla soglia numerica di “più di quindici dipendenti”. Per questa principale ragione, la soglia numerica di “più di cinque dipendenti” verrebbe ad assumere, nell’intenzione dei proponenti, una funzione che invece non le è propria, divenendo la soglia numerica disciplinante <<in termini generali il limite occupazionale cui è subordinata la tutela reale>>. Ciò corrisponderebbe, in definitiva, all’introduzione, tramite un referendum che dovrebbe avere solo effetti abrogativi, di una nuova opzione legislativa, il che, ovviamente, non è consentito.

Qui il ragionamento della Consulta potrebbe lasciare adito a dubbi. E di ciò è ben consapevole la Consulta stessa, la quale subito precisa che, proprio per la specificità che nel contesto normativo dell’art. 18 ha sempre avuto la soglia minima di “più di cinque dipendenti” (relegata al solo caso dell’impresa agricola), il quesito esaminato non è assimilabile a quelli in cui è stata ritenuta ammissibile la mera “espansione” o “estensione” di una disciplina già esistente provvista di un proprio ambito di applicazione.

E’ la stessa Consulta, infatti, a ricordare che, attraverso la tecnica del “ritaglio” (di per sé sola consentita) è ben possibile ottenere l’espansione di una normativa esistente, anche ampliandone l’ambito di applicazione (ad es. Corte. Cost. n. 50/2000; Core. Cost. n. 13/1999 e, prima ancora Corte Cost. n. 36/1997, dove il principio di fondo è quello della possibilità di realizzare, attraverso un’operazione di “sottrazione di contenuto normativo”, proprio l’espansione di una disciplina esistente, “ancorché residuale”: quel che conta, invero, è non creare, attraverso una formale abrogazione di parti o di frammenti lessicali di un testo normativo, una nuova disciplina).

Ora, come accennato, non è agevole, nei casi concreti, la distinzione tra “espansione di una disciplina esistente” e “creazione di una nuova disciplina”, specie laddove si ammetta, come in passato ha fatto la stessa Consulta, che l’espansione può riguardare, in ipotesi, anche una disciplina “residuale”.

Affermare poi, come ha anche fatto la Consulta, che altro e ben diverso sarebbe stato il caso del quesito referendario diretto alla completa eliminazione della soglia occupazionale per l'applicabilità dell'art. 18 Legge n. 300/1970 – ritenuto ammissibile con la nota sentenza n. 41/2003 – perché in quel caso non si voleva porre un nuovo limite occupazionale in luogo di quello scelto dal Legislatore, ma si voleva proprio <<abrogare quella opzione di base>>, non basta a risolvere il problema di fondo, che è pur sempre quello di stabilire se il quesito recentemente scrutinato, sotto questo particolare profilo, fosse diretto ad “espandere una disciplina esistente, ancorché residuale” ovvero a “porre una nuova disciplina”.

Il ragionamento della Corte, come detto, non convince appieno, ma la decisione, comunque, appare corretta anche sotto questo specifico profilo. Si consideri brevemente quanto segue.

La soglia occupazionale per l'applicabilità dell'art. 18 (ma non si deve dimenticare che per la tutela reintegratoria “piena” non v'è mai una soglia dimensionale di applicabilità, attesi proprio i valori protetti) non è semplicemente “più di 15 dipendenti” per tutti i datori di lavoro eccettuati gli imprenditori agricoli per i quali la soglia è quella minore di “più di 5 dipendenti”. Il sistema, invero, è più articolato, intanto perché queste soglie si riferiscono a quella che, per comodità, chiamiamo “unità produttiva” ovvero al Comune e, in secondo luogo, perché queste soglie sono <<in ogni caso>> (cioè rispetto a qualunque datore di lavoro) “superate” dal fatto che vi sia un livello occupazionale complessivo di “più di sessanta dipendenti”.

Siamo di fronte, quindi, ad un'opzione legislativa maggiormente articolata, che nel quesito referendario veniva completamente sostituita, perché la disposizione da esso risultante prescinderebbe proprio dal riferimento all'unità produttiva o al Comune e, quindi, oltre alla parificazione di tutti i datori di lavoro agli imprenditori agricoli, prevederebbe solo una soglia minima complessiva di “più di cinque dipendenti”.

Il quesito referendario, in altri termini, era proprio diretto a modificare, innovandolo, un sistema di determinazione del requisito dimensionale basato su tre livelli (unità produttiva, Comune e forza-lavoro complessiva), introducendo un sistema basato sull'unico livello del numero di dipendenti complessivamente occupati.

E' evidente, allora, che non potrebbe comunque disquisirsi sulla mera “espansione” di una norma esistente, ma occorre riconoscere che siamo (eravamo) in presenza del tentativo di modificare “ab imis” l'opzione legislativa (giusta o sbagliata che fosse, beninteso).

V'è, infine, su questo specifico argomento, un ulteriore rilievo, che discende dal fatto che il quesito non coinvolge anche l'art. 2 della Legge n. 108/1990, che si è trascritto all'inizio.

Questa norma disegna il campo di applicazione della Legge n. 604/1966 (c.d. “tutela obbligatoria”); ad essa sono soggetti: (i) i datori di lavoro non agricoli che occupano

fino a 15 dipendenti nell'unità produttiva ovvero nel Comune; **(ii)** i datori di lavoro imprenditori agricoli che occupano alle loro dipendenze fino a 5 dipendenti nell'unità produttiva ovvero nel Comune; **(iii)** i datori di lavoro che complessivamente occupano sino a 60 dipendenti, se ad essi non applicabile l'art. 18 Legge n. 300/1970.

Bene, la mancanza di richiesta di abrogazione di tale norma contribuisce anch'essa a palesare l'inammissibilità del quesito, in special modo sotto il profilo del difetto del carattere di univocità (la Consulta si è diffusa sulla mancanza di tale requisito rispetto ad altri profili della proposta referendaria, ma non è qui il caso di soffermarvisi, anche per non abusare della pazienza di chi legge).

Difatti, la normativa risultante dall'abrogazione richiesta con il quesito referendario avrebbe implicato un sistema di tutela contraddittorio e, pertanto, non sarebbe stata neppure <<*immediatamente applicabile*>> (su questo requisito, tra le altre, Corte Cost. n. 13/1999).

In conclusione, la decisione della Consulta è senz'altro condivisibile.

5. Al termine di questa non breve disamina rimane acquisito un dato di partenza attorno al quale saranno possibili, ed anche doverosi, diversi ragionamenti sulla tutela del lavoro.

La Corte Costituzionale, nel dichiarare inammissibile il quesito sul fondamentale rilievo del suo carattere propositivo, è, concettualmente, nel solco di una vicenda, anzitutto legislativa, ma poi necessariamente anche giurisprudenziale, che ha messo in discussione quella che, per comodità, abbiamo chiamato la "centralità della tutela reintegratoria".

Adesso il concetto, in più momenti accennato, può essere meglio precisato: la "tutela reintegratoria", se riguardata sotto il profilo dei soggetti tutelati, ha assunto, anzi, una dimensione omnicomprensiva, perché non è condizionata da requisiti dimensionali (e non lo è per espressa previsione di legge, non per una sua "forza espansiva" dedotta a livello giurisprudenziale); al tempo stesso, ha assunto, a partire dal 2012, un ruolo differenziato rispetto alla tutela risarcitoria/indennitaria, perché trova applicazione nei confronti di espulsioni dal posto di lavoro che risultino contrastanti con norme fondamentali dell'ordinamento generale e di quello giuslavoristico e, precipuamente ancora, che risultino in violazione di diritti fondamentali del lavoratore, come tale e come persona. Non è invece lo strumento di tutela prescelto dal Legislatore contro i licenziamenti che si risolvano in un inadempimento contrattuale, perché adottati in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio della facoltà di recesso da un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Ogni tentativo di spostare questo "asse di equilibrio" non trova un valido fondamento giuridico – come si è visto, non lo trova certamente a livello costituzionale - e non risponde, per di più, ad una vera tutela del lavoratore in un sistema economico-

STUDIO LEGALE PAVAROTTI E ASSOCIATI

produttivo che ha conosciuto profonde modificazioni e che molte altre è destinato a conoscere.

Si tratta, allora, di mettere al centro della riflessione il vero problema, che non è quello della tutela del <<*posto di lavoro*>> perduto, ma è quello, più ampio e, se vogliamo, più difficile da affrontare, della tutela effettiva e costante del <<*diritto al lavoro*>> (art. 4 Cost.).

Su questo piano, il momento operativo centrale non può che essere quello delle politiche attive del lavoro. Il discorso, qui, diverrebbe ancor più lungo di quello condotto sinora ed esulerebbe senz'altro dai limiti delle questioni trattate. Bisogna comunque sottolineare che, in attuazione della delega di cui all'art. 1, comma 3, Legge n. 183/2014, molto è stato fatto con il D. Lgs. n. 150/2015, che ha tra l'altro istituito proprio l'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL), il cui Statuto è stato finalmente approvato con il regolamento di cui al D.P.R. 26 maggio 2016, n. 108. Ma i compiti dell'ANPAL, considerate sia la rilevanza dei principi informatori, sia l'ampiezza della delega, potrebbero anche essere maggiori; d'altra parte, v'è una non trascurabile limitatezza dei mezzi finanziari, rispetto ai quali l'art. 15 del D.P.R. poco aggiunge, in concreto, rispetto alle risorse di cui all'art. 5 del decreto istitutivo.

In breve, si vuole dire soltanto, in questa sede, che il problema occupazionale, anche quando è conseguente alla perdita del posto di lavoro, è un problema che riguarda lo Stato, le singole imprese, ma anche l'intera società e sarebbero anche ipotizzabili, ad esempio, nuovi strumenti di raccordo tra e con le "istituzioni non pubbliche" che a vario titolo sono coinvolte nelle problematiche del mondo del lavoro.

In un sistema economico-produttivo sempre più "liquido" ed in una società necessariamente sempre più mobile il coordinamento effettivo di tutti i soggetti coinvolti nella problematica occupazionale sembra una priorità ineludibile.

Ciò non significa, beninteso, che sul più ristretto piano che in questa sede ci occupa non possano essere migliorati gli strumenti di tutela nei confronti dei licenziamenti che sono stati posti dal Legislatore dal 2012 in poi. Su questo piano, molto vi sarebbe da dire, ad iniziare da una semplificazione della disciplina, per più aspetti non scevra da possibili equivoci, della Legge n. 92/2012 per giungere anche ad una possibile rivisitazione delle tutele indennitarie del D. Lgs. n. 23/2015, che, coerentemente con la legge delega, sono parametrize all'anzianità di servizio, ma sembrano anche caratterizzate, proprio in quest'ottica, da una qualche rigidità che finisce con il penalizzare eccessivamente i lavoratori assunti da poco (che, peraltro, non necessariamente sono anche i più giovani di età).

Lo stesso requisito dimensionale, pur ridotto nella sua importanza concreta dato che la tutela reintegratoria "piena" ne prescinde, potrebbe essere oggetto di ripensamento, considerato che nell'organizzazione produttiva contemporanea il parametro del numero dei dipendenti spesso non rende conto dell'effettiva consistenza aziendale (è noto, tra

STUDIO LEGALE PAVAROTTI E ASSOCIATI

l'altro, che questa scelta del Legislatore era stata da taluno criticata già al tempo della sua introduzione).

Ma occorre fermarsi perché, oltre al numero di pagine, si sono superati i limiti che ci si era proposti con questo scritto.

Roma, 7 marzo 2017

Avv. Fabrizio Pavarotti