

N. R.G. 2022/123



TRIBUNALE ORDINARIO di RAVENNA

SEZIONE CIVILE

SETTORE LAVORO

Il Giudice del Lavoro Dario Bernardi

A scioglimento della riserva precedentemente assunta,  
pronuncia la seguente

**ORDINANZA**

di rimessione della questione della legittimità costituzionale dell'art. 3, 1 e 2° comma  
D.Lgs. n. 23/2015.

**MOTIVI**

**1 – Fatto e processo a quo.**

Con ricorso depositato in data 23.2.2022 **SOLITARI S.p.A.** domandava, per quanto  
qui rileva:

***“In via principale:***

*- accertare, ex art. 3, comma 2 D. Lgs. n. 23/2015, l'insussistenza dei motivi fondanti  
il licenziamento per giusta motivo oggettivo intimato da **OLIVETTI S.p.A.**, in  
persona del legale rappresentante p. t., nei confronti del sig. Soltani Hamza con  
lettera del 11.11.2021, **annullare** il licenziamento del 11.11.2021, per i fatti di cui al  
presente ricorso,*

*- e conseguentemente condannare la società **OLIVETTI S.p.A.**, in persona del  
legale rappresentante pro tempore, a reintegrare il sig. Soltani Hamza nel posto di  
lavoro oltre pagamento in favore dello stesso, di una indennità risarcitoria  
commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di*

*fine rapporto dal giorno del licenziamento all'effettiva reintegrazione..."* (in subordine domandava liquidarsi l'indennizzo di cui al 1° comma dell'art. 3, decreto legislativo n. 23/2015).

~~XXXXXXXXXX~~ BA resisteva al ricorso domandandone il rigetto.

In punto di fatto si osserva quanto segue.

Il ricorrente era lavoratore dipendente a tempo indeterminato (dal 1.12.2018) della resistente, che è impresa di somministrazione di lavoro.

Dopo avere svolto un paio di incarichi (o missioni) per la durata complessiva di meno di due anni, cessato l'ultimo di essi, il datore di lavoro – in asserita assenza di ulteriori prospettive di reimpiego – in data 18.7.2020 attivava la procedura di messa in disponibilità per mancanza di occasioni di lavoro (M.O.L.), di cui all'art. 25 del c.c.n.l. per le Agenzie di somministrazione di lavoro del 15.10.2019, all'esito del cui infruttuoso esperimento, sostenendo di non avere reperito ulteriori occasioni di lavoro per il ~~XXXXXXXXXX~~, ai sensi del comma 24 (*"qualora le attività di riqualificazione...non abbiano portato alla ricollocazione del lavoratore...permanendo la mancanza di occasioni di lavoro, l'Agenzia al termine del periodo di procedura può procedere alla risoluzione dei rapporti di lavoro per giustificato motivo oggettivo..."*) lo licenziava per G.M.O., con missiva del 11.11.2021.

Non è contestata l'esistenza di dimensioni dell'impresa tali da legittimare la invocata tutela reintegratoria (dovendo essere dimostrata l'insussistenza delle stesse ad opera del datore di lavoro: Cass. SS.UU. n. 141/2006; dalla visura camerale risulta peraltro una media di quasi 40.000 dipendenti nel 2020).

Il lavoratore ha contestato la circostanza che non vi fossero offerte disponibili per posizioni richiedenti la propria professionalità (*"operaio specializzato in attività di montaggio meccanico, equilibratore di rotori, logistica e gestione del magazzino, verniciatore, addetto alla conduzione di macchine a controllo numerico (piegatura lamiera), è titolare di specializzazione tecnica superiore per la manutenzione e programmazione di PLC?"*), confermato a livello testimoniale), sostenendo che esse furono destinate ad altri lavoratori.

Il datore di lavoro ha inizialmente sostenuto di avere variamente segnalato per alcuni mesi il ricorrente a potenziali clienti senza che queste segnalazioni avessero riscontro positivo.

Tuttavia, in seguito ad un ordine di esibizione documentale dei contratti di somministrazione stipulati dal datore di lavoro nel periodo di interesse (durante lo svolgimento della procedura ex art. 25 e prima del licenziamento), è emersa una notevole mole di contratti di somministrazione (una cinquantina in totale), proprio per le professionalità del ricorrente e proprio nella provincia di Ravenna; di essi molti si riferiscono ad unità operative site a distanza inferiore a 50 km dalla residenza o dal domicilio del lavoratore o comunque raggiungibili in meno di 60 minuti con mezzi pubblici (così come previsto dall'art. 50 del CCNL applicabile, che qualifica in tali termini l'offerta congrua).

Ciò è risultato dalla produzione, a cura della difesa attorea, dei percorsi stradali necessari per raggiungere le aziende *de quibus* (un'azienda è sita a distanza di 8 km ed è raggiungibile in 39 minuti coi mezzi pubblici; ancora più vicina un'altra azienda, sita a 6,2 km e raggiungibile con mezzi pubblici in 22 minuti; una terza azienda dista invece 26,1 km ed è raggiungibile con mezzi pubblici in 53 minuti e così via).

Tali offerte di lavoro non furono mai presentate al lavoratore, che quindi non ebbe mai modo né di accettarle, né a sua discrezione di contestarne la congruità (in base allo schema di cui al 2° comma dell'art. 50 del CCNL cit. si desume chiaramente che non sono i 15 o i 20 minuti di sfioramento rispetto ai 60 necessari al tragitto casa-lavoro ad impedire che l'offerta di cui al 1° comma venga fatta al lavoratore, essendo piuttosto quest'ultimo a poterla accettare o contestare in base alle opzioni disponibili: così, evidentemente, andava rivolta al lavoratore anche l'offerta presso p.e. una quarta azienda sita a soli 9,3 km ma raggiungibile coi mezzi pubblici in 1 ora e 6 minuti; od altra ancora raggiungibile entro 1 ora e 16 minuti).

Pacificamente – ciò che più conta – il lavoratore non è stato proposto a nessuna di tali imprese terze utilizzatrici (diverse dalle imprese sulle quali la resistente ha costruito

la sua difesa ed alle quali ha segnalato il ricorrente durante la procedura ex art. 25 CCNL).

Il datore di lavoro sostiene (senza spiegarne il motivo) che per quasi tutti questi contratti (ben 47) si trattasse di “*profili assunti a tempo determinato e somministrati, sempre a tempo determinato*”, dal che deriverebbe l'impossibilità di ivi assegnare il ricorrente, che era contrattualizzato con **GIEGROUP** a tempo indeterminato (ma si consideri che lo stesso ricorrente, a tempo indeterminato con la resistente dal 1.12.2018, svolgeva nel 2019 un incarico a tempo determinato presso un utilizzatore finale).

In ogni modo, ammessa e non concessa l'esistenza di tali indimostrate ragioni ostative, residuano sicuramente 3 contratti per un'azienda sita a 17,2 km dalla residenza del ricorrente e raggiungibile in 1 ora e 16 con mezzi di trasporto pubblici in relazione ai quali, per stessa ammissione della resistente, era possibile impiegare un lavoratore a tempo indeterminato (v. contratti del 29.10.2020, 2.11.2020, 9.11.2020, tutti per una figura di montatore meccanico da collocare a tempo indeterminato presso l'utilizzatore: si tratta di rapporti instaurati successivamente al 18.7.2020, data a partire dalla quale il ricorrente risulta inoccupato).

Per tali contratti il ricorrente non fu segnalato all'utilizzatore, né al lavoratore venne segnalata tale possibilità di impiego e questo esclude l'*extrema ratio* propria del licenziamento.

Il datore sostiene di avere svolto la sua ricerca sulla base del solo indirizzo del domicilio del ricorrente (in un comune della Provincia di Ravenna) e non anche dell'indirizzo di residenza (in periferia di Ravenna, a circa 7 km dal domicilio), ma nella documentazione aziendale interna (si veda in particolare la liberatoria ai fini del contatto con le OO.SS. proprio al fine dello svolgimento della procedura di cui all'art. 25 del CCNL, nel quale sono indicati sia il domicilio che residenza, documento accluso ad una e-mail di **GIEGROUP** del luglio del 2020) sono indicati entrambi (perché il lavoratore aveva la disponibilità di entrambi, come confermato *ad*

*abundantiam* in sede di interrogatorio libero) ed è più che ragionevole ritenere che su entrambi andasse effettuata la ricerca.

Le parti disquisiscono, inoltre, sul fatto che il lavoratore fosse (auto)munito o meno al fine di raggiungere i possibili luoghi di lavoro (secondo il datore, parte degli utilizzatori aveva preteso solo lavoratori automuniti).

La questione è stata chiarita dal lavoratore sentito in sede di interrogatorio libero: egli aveva la macchina fino al licenziamento, dopo non poteva più permettersela; i conti tornano perché in una e-mail del 21.7.2020 nella quale l'agenzia di somministrazione proponeva il ricorrente ad una azienda del territorio (che non era alla ricerca di personale in ambito produttivo in quel momento e quindi declinò), ~~CI-GROUP~~ definisce il lavoratore come "automunito" (e la cosa si ripete in varie e-mail dal contenuto analogo successivo all'avvio della procedura ex art. 25: v. e-mail del 23.9.2021).

Dunque, difficilmente un datore di lavoro potrà avere scartato il ricorrente perché non automunito quando nelle stesse segnalazioni di ~~CI-GROUP~~ lo stesso veniva definito "automunito".

In ogni modo, trattandosi in diversi casi di luoghi veramente prossimi alla propria residenza o anche al domicilio, ne risultano dei tempi di percorrenza con mezzi pubblici ben al di sotto dell'ora di tempo o comunque la raggiungibilità anche con altri mezzi diversi dall'autovettura (come visto una delle aziende si trova a soli 6,2 km, distanza quest'ultima percorribile con ogni mezzo, anche privo di motore).

Il discorso dell'autovettura, comunque, non riguarda il cliente che fece tre contratti tra l'ottobre e il novembre del 2020 ed anzi quelle tre offerte a tempo indeterminato di cui si è detto prima sarebbero state perfettamente idonee per il ricorrente, viste le mansioni dallo stesso rivestite in passato (montatore meccanico), vista la distanza dalla residenza del lavoratore (17,2 km) e attesa comunque la raggiungibilità del luogo di lavoro in 1 ora e 16 minuti con mezzi pubblici.

Ma più in generale, come visto, furono una cinquantina nel periodo in esame le offerte di potenziale e concreto interesse (che si trasformarono tutte in contratti di

somministrazione, alcuni anche a tempo indeterminato) in relazione alle quali mai fu tentato il collocamento del ricorrente, senza alcuna reale ragione giustificatrice (se non l'idea – come si vedrà tuttavia incompatibile con il diritto oggettivo – che l'esecuzione della procedura di cui all'art. 25 del CCNL esenti l'agenzia di somministrazione dall'obbligo di eseguire un vero e proprio, anche se peculiare, ripescaggio; nemmeno la circostanza che l'utilizzatore possa respingere il profilo del lavoratore appare pertinente, perché in mancanza di segnalazione – e questo per 50 oltre casi pertinenti – il dato è francamente irrilevante).

Tali elementi rendono sussistente allo stato un *fumus* di fondatezza della domanda ~~attore~~ necessario per sollevare la presente questione, apparendo insussistente l'adempimento dell'obbligo di *repechage* che si configura anche per le imprese di somministrazione di lavoro (v. oltre nello specifico).

Preme infine osservare come il lavoratore abbia medio tempore trovato una nuova occupazione, ciò che come è noto non è ostativo dell'ordine di reintegrazione nel precedente posto di lavoro (né dell'alternativa opzione).

## **2 – L'oggetto del giudizio di costituzionalità: la norma:**

L'oggetto dell'ordinanza di rimessione è l'art. 3 del D.Lgs. n. 23/2015, rubricato "*Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa*" ed ai sensi del quale:

*"1. Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale, in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità.*

*2. 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, il giudice annulla il*

*licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Al lavoratore è attribuita la facoltà di cui all'articolo 2, comma 3”.*

Queste le disposizioni, la norma che si censura è l'esclusione della tutela reintegratoria (con tutte le conseguenze) di cui al 2° comma dell'art. 3, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo economico nelle ipotesi (“*insussistenza del fatto*”) in cui la stessa è prevista per i licenziamenti per giusta causa e giustificato motivo soggettivo.

Si impugnano qui entrambi i commi dell'art. 3 del decreto n. 23/2015, posto che il vulnus costituzionale deriva dal combinato operare delle due disposizioni (una prevede la sola tutela indennitaria; l'altra limita la tutela reale ai soli casi di licenziamento disciplinare) e che le modalità tecniche di possibile intervento sulla disposizione, al fine di eventualmente aggiungere quanto qui invocato, sono più di una.

### **3 – I parametri:**

Si ritiene che tale disposizione ordinaria sia in contrasto con alcuni parametri costituzionali.

In particolare si tratta delle seguenti disposizioni:

- art. 1 Cost.
- art. 2 Cost.
- art. 3, 1° e 2° comma Cost.
- art. 4, 1° comma Cost.
- art. 24 Cost.
- art. 35, 1° comma Cost.
- art. 41, 1 e 2° comma Cost.
- 117, 1° comma, Cost., in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea.

#### **4 – Le questioni.**

Si dubita della legittimità costituzionale dell'art. 3 del D.Lgs. n. 23/2015 (nel prosieguo, per semplicità, anche solo “decreto n. 23”) laddove ne risulta che in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico (ossia determinato da “*ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*”: art. 3, L. n. 604/1966), in ipotesi in cui il giudice accerti l'insussistenza del fatto (nell'accezione di Corte cost. n. 125/2022) posto a fondamento del licenziamento stesso, il legislatore abbia escluso – anche in ipotesi di impresa sopra soglia ex art. 9 (che sul punto rinvia alle soglie numeriche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori), la tutela reintegratoria.

Una prima questione è egualitaria e si pone con riferimento all'art. 3, 1° comma Cost. con riguardo alla tutela reintegratoria prevista dall'art. 3, 2° comma del decreto n. 23 per i licenziamenti disciplinari, posto che si trattano in modo ingiustificatamente differenziato (a livello di tutele) situazioni del tutto identiche (o almeno omogenee), ossia il licenziamento per motivi disciplinari e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dei quali si sia accertata in giudizio la mancanza di giustificazione per insussistenza del fatto; tale differenza di tutele sarebbe determinata dalla mera,

insindacabile e libera scelta del datore di lavoro di qualificare in un modo o nell'altro l'atto espulsivo dallo stesso adottato e rivelatosi poi del tutto pretestuoso (art. 3, 1° comma Cost.); qui si ritiene presente anche un concomitante vulnus all'art. 24 Cost., posto che al lavoratore, nella sostanza, non viene concesso – all'esito della dimostrazione processuale che un fatto non esiste – di avere le conseguenze che razionalmente spetterebbero in mancanza di valorizzazione dell'etichetta assegnata dalla controparte al licenziamento; egli invece è tenuto a subire conseguenze sostanziali e ultrattive di fatti pur processualmente accertati come inesistenti; secondo un meccanismo che è l'esatto contrario del concetto di deterrenza.

Una seconda questione si pone in forza del principio di ragionevolezza per un qui ritenuto scorretto bilanciamento dei valori costituzionali (irragionevolezza: art. 3, 1° comma Cost.) in causa, essendo conculcati ingiustificatamente i valori del lavoro (art. 1, 4, 1° comma, 35, 1° comma Cost.) e della persona (art. 2 Cost.), piegati questi alle necessità dell'impresa (invertendo la dinamica prevista dall'art. 41, 2° comma Cost.) e non viceversa, come dovrebbe aversi anche in applicazione dell'art. 3, 2° comma Cost., escludendosi la reintegra, strumento in grado di assicurare l'adeguatezza del risarcimento subito dal lavoratore, rispetto ad una tutela complessiva altrimenti duplicemente limitata (no reintegra; tetto all'indennizzo); ma anche la deterrenza della sanzione, qui fortemente sminuita.

Analoga questione si pone ai sensi dell'art. 117, 1° comma, Cost., in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea.

Altra questione riguarda ex art. 3, 1° comma Cost. la notevole ed ingiustificata diversità di trattamento sostanziale (disuguaglianza...) tra i lavoratori ai quali si applica l'art. 18 L. n. 300/1970, ai quali in determinati casi spetta la reintegra per G.M.O. (valorizzandosi la gravità del vizio – insussistenza del fatto – e le dimensioni dell'impresa in base alla soglia numerica per l'applicazione della tutela reale) e i lavoratori soggetti al decreto n. 23, ai quali non spetta mai la reintegra e che vedono quindi eccessivamente penalizzati i propri diritti (...in rapporto alla irragionevolezza).

Altra questione riguarda il trattamento sostanziale ingiustificatamente deteriore ex art. 3, 1° comma Cost. (disuguaglianza...) riservato al lavoratore subordinato che ha subito l'inadempimento (al mantenimento del rapporto di lavoro, allo svolgimento della propria prestazione e alla retribuzione) del datore di lavoro che lo ha licenziato, rispetto ad ogni altro creditore del diritto civile, posto che quest'ultimo – al contrario del primo – gode della scelta generale tra risarcimento in forma specifica e per equivalenti risultando la duplice limitazione eccessivamente penalizzante i diritti dei lavoratori (...in rapporto alla irragionevolezza).

Va subito evidenziato che il secondo vizio (ma anche il terzo) riguarda il ritenuto cattivo uso della discrezionalità legislativa.

La trattazione dello stesso viene anticipata rispetto a due delle questioni di uguaglianza (4° e 5° vizio) in quanto queste ultime risultano in realtà una combinazione di disuguaglianza e di irragionevolezza (in quanto il quid trattamentale di differenziazione rispetto al *tertium comparationis* si ritiene essere il frutto anche di un cattivo uso della discrezionalità legislativa, venendo in rilievo sempre bilanciamenti di beni aventi tutti rango costituzionale).

Per questa ragione gli elementi fondanti il cattivo uso della ragionevolezza in punto a bilanciamento degli interessi vengono inseriti nel 2° vizio, ma devono (per esigenze di contenenza) considerarsi richiamati in punto ad irrazionale bilanciamento anche in relazione al 3°, 4° e 5° vizio.

### **5 – Rilevanza della questione.**

Il lavoratore, assunto a tempo indeterminato nel 2018 e quindi dopo l'entrata in vigore del decreto n. 23, che gli è applicabile, aziona una pretesa reintegratoria, fondandola sull'insussistenza del fatto posto a fondamento del G.M.O..

Come visto il decreto n. 23, all'art. 3, 1° e 2° comma, esclude tale possibilità.

Ai fini della valutazione della rilevanza della questione, si dà atto che il Tribunale ha istruito la controversia acquisendo una serie di elementi (v. punto 1 in fatto) che in questa sede si ritiene sufficienti integrare un rilevante *fumus* di fondatezza del ricorso.

*Fumus* rappresentato dal mancato reimpiego del lavoratore presso numerosi altri clienti del somministrante (al quale il ricorrente non fu nemmeno indicato), per posizioni richiedenti mansioni proprie del bagaglio professionale del primo.

Secondo la giurisprudenza ormai consolidata in tema di G.M.O. economico:

*“3. In via generale, ai fini del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, giova ribadire che l'art. 3 della legge n. 604 del 1966 richiede:*

- a) la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente, senza che sia necessaria la soppressione di tutte le mansioni in precedenza attribuite allo stesso;*
- b) la riferibilità della soppressione a progetti o scelte datoriali - insindacabili dal giudice quanto ai profili di congruità e opportunità, purché effettivi e non simulati – diretti ad incidere sulla struttura e sull'organizzazione dell'impresa, ovvero sui suoi processi produttivi, compresi quelli finalizzati ad una migliore efficienza ovvero ad incremento di redditività;*
- c) l'impossibilità di reimpiego del lavoratore in mansioni diverse, elemento che, inespresso a livello normativo, trova giustificazione nel carattere necessariamente effettivo e non pretestuoso della scelta datoriale, che non può essere condizionata da finalità espulsive legate alla persona del lavoratore.*

*L'onere probatorio in ordine alla sussistenza di questi presupposti è a carico del datore di lavoro, che può assolverlo anche mediante ricorso a presunzioni, restando escluso che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili (v. per tutte Cass. n. 24882 del 2018)” (Cass. n. 752/2023)*

Tale onere di *repechage* si ritiene – in ossequio alla natura di *extrema ratio* del licenziamento – ormai essere stabilmente parte del fatto (Cass. n. 29102/2019; Corte cost. n. 125/2022), mentre a livello probatorio lo stesso incombe, al pari di tutti gli altri presupposti legittimanti il potere di recesso, in capo al datore di lavoro (art. 5 L. n. 604/1966) ed opera in modo pieno, senza possibilità di aggravare surrettiziamente la posizione del lavoratore attraverso l'imposizione allo stesso di obblighi di allegazione di posizioni vacanti (Cass. 6497/2021 in motivazione).

Tale disciplina di ordine generale, risulta applicabile anche al rapporto di lavoro in somministrazione a tempo indeterminato (art. 34, 1° comma D.Lgs. n. 81/2015 “*In caso di assunzione a tempo indeterminato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore e' soggetto alla disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato*”; in giurisprudenza, sotto il vigore della precedente analoga normativa v. Cass. n. 26607/2019).

Anche in tale tipologia di rapporto è stato correttamente sostenuto sussistere il capo al datore di lavoro un pieno obbligo di *repechage*, posto che la normativa collettiva (art. 25 del CCNL Agenzie di somministrazione di lavoro, cit.), che prevede un percorso di riqualificazione professionale in caso di mancanza di missioni, “...*non esonera il datore di lavoro dall'onere di prova degli elementi costitutivi del legittimo esercizio del potere di recesso e, nel caso di licenziamento per motivo oggettivo, dell'impossibilità di repechage (Cass. n. 10435 del 2018; n. 32159 del 2018) che per il dipendente a tempo indeterminato di una agenzia di somministrazione consiste nella impossibilità di reperimento di altre occasioni di lavoro in un arco di tempo congruo ..., potendo l'esito della procedura suddetta costituire elemento indiziario valutabile dal giudice unitamente al restante materiale probatorio*” (Cass. n. 26607/2019).

Come visto, nel caso di specie, a fronte dell'esecuzione della procedura di cui all'art. 25 del CCNL (con segnalazioni più o meno casuali del lavoratore ad aziende del territorio), oltre 50 contratti di somministrazione relativi alle professionalità del ricorrente venivano stipulati con aziende del territorio realmente interessate ad utilizzare un lavoratore, senza che ad alcuna di esse il nominativo del ricorrente venisse fatto.

Ne discenderebbe una situazione di “*insussistenza del fatto*” dimostrata direttamente in giudizio (art. 3, 2° comma, decreto n. 23).

Tali elementi di *fumus in fatto* rendono, in diritto, rilevante la questione di costituzionalità qui proposta, posto che lo stato attuale della normativa conduce

direttamente al rigetto della domanda di reintegra (che è la domanda formulata in via principale e va quindi esaminata per prima) di parte ricorrente.

In ciò si esaurisce la rilevanza della questione, posto che, alla luce della domanda formulata in via principale dal ricorrente, è necessario superare il dato legislativo per arrivare all'accoglimento della stessa.

Al contrario, le questioni sulla dosimetria della tutela (vizi nn. 2-3-4-5), afferendo a valutazioni di ordine generale e astratto (errato bilanciamento da parte di una norma di legge dei valori costituzionali che vengono in rilievo), non sono influite dalle circostanze del caso di specie ed in particolare dell'entità del danno patrimoniale subito nell'occasione dal lavoratore (p.e. la circostanza che il lavoratore abbia nel frattempo trovato un lavoro è irrilevante nella valutazione astratta della correttezza o meno del bilanciamento dei valori costituzionali, anche in punto a quantum risarcibile, nell'art. 3, 1° comma decreto n. 23: tali aspetti attengono a norme e vanno verificati a livello generale e astratto; la rilevanza è semplicemente rappresentata dall'ostacolo che la norma positiva frappone alla tutela invocata dalla parte).

#### **6 – L'impossibilità di una interpretazione adeguatrice.**

La norma è chiarissima nella sua formulazione (il raffronto tra 1° e 2° comma) sul punto e l'assenza di reintegra in caso di licenziamento pur gravemente ingiustificato (ma non nullo) per G.M.O. nel decreto n. 23 appare un dato pacifico in dottrina e in giurisprudenza, rappresentando essa proprio il tratto maggiormente "qualificante" (unitamente alla forfettizzazione proporzionale dell'indennità risarcitoria, quest'ultima espunta dall'ordinamento grazie alle sentenze n. 194/2018 in tema di vizi sostanziali e n. 150/2020 in tema di vizi formali, della Consulta) della riforma dei licenziamenti del 2015.

#### **7 – La non manifesta infondatezza della questione.**

**1° VIZIO: CONTRASTO CON ART. 3, 1° COMMA COST.**

*Tertium comparationis:*

art. 3, 2° comma D.Lgs. n. 23/2015:

*“2. 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, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Al lavoratore è attribuita la facoltà di cui all'articolo 2, comma 3”.*

Il primo comma dell'art. 3 prevede esclusivamente la tutela indenitaria.

Il secondo comma dell'art. 3 – laddove si prevede una finestra di tutela reale – non è applicabile ai licenziamenti economici.

Qui il vulnus costituzionale si ritiene essere radicato nella mancata previsione che per il GMO, nel caso *“in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto”* (ossia la stessa formula impiegata per il licenziamento disciplinare nel 2° comma dell'art. 3), non è prevista la reintegra (unitamente alle conseguenze risarcitorie di cui al 2° comma).

Al contrario, il riferimento sempre nel 2° comma al fatto “*materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*” risulta del tutto estraneo alla tematica del GMO attenendo alla sola fattispecie del licenziamento disciplinare.

Le modalità di intervento tecnico (mediante aggiunta o ritagli di una o più parole) sulla norma sono più di una e non ci si mette a cercare di sostituirsi alla Corte in un ambito tecnico applicativo che le è proprio.

Qui semplicemente si indica il *petitum* in modo inequivocabile nella richiesta che la norma sia dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevede la reintegrazione nel posto di lavoro e le conseguenze risarcitorie previste dal 2° comma dell’art. 3 in tema licenziamento disciplinare, anche nell’ipotesi in cui il giudice accerti che il licenziamento per G.M.O. si è fondato su un fatto insussistente.

La distinzione di disciplina tra il caso del licenziamento per motivo soggettivo e per motivo oggettivo, in relazione all’ipotesi in cui entrambi risultino accertati dal giudice come giustificati su fatti insussistenti, appare ingiustamente discriminatoria, essendo al contrario i due fenomeni identici o, se non altro, assolutamente omogenei.

Non si discute ovviamente della diversità strutturale tra le fattispecie del licenziamento disciplinare e per motivo oggettivo (ciò che, a livello retorico, potrebbe essere individuato come falso bersaglio al fine di escludere l’esistenza della discriminazione).

Si discute al contrario e solamente dell’ipotesi in cui il licenziamento sia accertato non solo come illegittimo, per mancanza di uno o più presupposti, ma addirittura per insussistenza di uno degli elementi che ne compongono il fatto costitutivo (e questo nell’accezione di cui alla sentenza costituzionale n. 125/2022 relativa ad analoga questione, ma in ambito applicativo di art. 18 Statuto dei lavoratori).

Come è noto a partire dalla riforma del 2012 la strada scelta dal legislatore in tema di tutele avverso i licenziamenti illegittimi è stata nel senso della graduazione delle tutele.

È stata data una gerarchia valoriale, con vizi più gravi e vizi meno gravi.

Si è trattata di una scelta discrezionale.

Tuttavia, una volta poste le fondamenta del sistema, il legislatore è vincolato al rispetto dei principi di ragionevolezza e uguaglianza, entrambi rinvenibili nell'art. 3, 1° comma Cost.

Dunque, a parità di gravità del vizio deve necessariamente corrispondere un uguale trattamento sanzionatorio.

E questo viepiù in presenza di una identità di vizi, che corrisponde all'ipotesi in cui il giudice accerti che il fatto (soggettivo o oggettivo) posto alla base del recesso non esiste.

La scelta contraria effettuata dal legislatore nel 2012 (che aveva reso discrezionale la scelta di reintegra da parte del giudice solo in caso di motivo economico, mentre per i disciplinari permaneva l'obbligo) è già stata sanzionata con l'abrogazione per questo motivo dalla sentenza costituzionale n. 59/2021.

In quella sede si trattava di una normativa che prevedeva già la (possibilità di) reintegra anche nel caso di G.M.O., subordinandola tuttavia ad elementi casuali ed accidentali (oltre alla facoltà discrezionale di reintegra, occorre anche una sorta di aggravio probatorio sintetizzato nella qualifica di "manifesta" che doveva avere l'insussistenza dei presupposti fondanti il licenziamento) che avevano l'effetto di limitarne stocasticamente l'applicazione, elementi rimossi oltre che ad opera della sentenza n. 59/2021 ("può"), dalla successiva 125/2022 ("manifestamente").

Rispetto alla fattispecie in esame (in cui non c'è traccia della reintegra per il G.M.O.), in quei casi vi era un passaggio in parte diverso nel ragionamento.

Nell'art. 18, 7° comma era già previsto che la reintegra potesse operare anche nel G.M.O. e questo rendeva chiara la disarmonia che il legislatore del 2012 aveva inserito mediante la discrezionalizzazione dell'applicazione del rimedio in forma specifica.

Nel caso di specie, al contrario, vi è una scelta a monte di preclusione della reintegra per il caso di licenziamento per G.M.O..

Anche qui il ragionamento, però, non può che essere il medesimo ed anzi, trattandosi di una radicale differenza di tutela sostanziale (totale preclusione per il G.M.O.), la linea argomentativa di cui alla sentenza n. 59/2021 ne esce addirittura rafforzata.

Perché non è più una mera facoltà (in luogo di un obbligo) di reintegra che viene collegata alla qualifica (disciplinare o G.M.O.) data dal datore di lavoro al licenziamento, bensì dall'etichetta utilizzata dal datore discende la radicale esclusione del rimedio restitutorio del rapporto di lavoro.

Dunque, sicuramente vale anche in questo caso l'assunto che *“L'esercizio arbitrario del potere di licenziamento, sia quando adduce a pretesto un fatto disciplinare inesistente sia quando si appella a una ragione produttiva priva di ogni riscontro, lede l'interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale e si risolve in una vicenda traumatica, che vede direttamente implicata la persona del lavoratore. L'insussistenza del fatto, pur con le diverse gradazioni che presenta nelle singole fattispecie di licenziamento, denota il contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, che questa Corte ha enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost. (sentenza n. 41 del 2003, punto 2.1. del Considerato in diritto)”* (Corte. cost. n. 59/2021).

Senza che possa rilevare in senso contrario, come visto, la circostanza che il punto di partenza per il G.M.O. nel decreto n. 23 è differente perché la reintegra è *ab origine* esclusa in ogni caso.

Esattamente come in presenza degli elementi naturali della tipologia del rapporto di lavoro, laddove ne derivi un contrasto con le norme inderogabili a tutela del lavoratore, non è concessa al legislatore disporre della qualifica che più gli (contingentemente) conviene (Corte cost. n. 121/1993 e n. 115/1994) allo stesso modo chi fa le leggi non può disporre delle tutele fondando distinzioni su quid inesistenti, ed anzi rimettendo tale scelta essenzialmente al debitore (il datore di lavoro, in ordine alla giustificazione del recesso, ex art. 1218 c.c.).

Un esempio potrà essere chiarificatore.

Se invece di essere licenziato perché sosteneva di non avergli trovato un lavoro nel congruo periodo successivo alla cessazione della precedente missione, il datore di lavoro avesse licenziato il ricorrente per averlo insultato gravemente o per avere sottratto beni aziendali e tali circostanze fossero inesistenti, cosa cambierebbe ?

Nulla, né a livello fenomenologico (la giustificazione manca in entrambi i casi), né tantomeno di logica giuridica (dal nulla difficilmente può farsi derivare qualcosa: non da ieri si suole ripetere *ex nihilo nihil fit*).

Tutto cambia, invece, secondo la legge, perché nel secondo caso il lavoratore potrebbe vedersi reintegrato nel proprio rapporto di lavoro, mentre nel primo caso tale scelta gli sarebbe preclusa, per volontà del legislatore, essendo la stessa, al contrario, rimessa insindacabilmente al datore di lavoro al momento della redazione della lettera di licenziamento, tra l'altro mettendo quest'ultimo davanti ad un enorme azzardo morale (per sbarazzarsi definitivamente di un lavoratore senza che sussista radicalmente un motivo legittimo, sarà sufficiente utilizzare un motivo oggettivo, pur inesistente).

Eppure l'ordinamento giuridico nel suo complesso ha bene presente che una cosa è l'affermazione di una circostanza e un'altra cosa è il fatto che la circostanza esista.

È infatti chiarissimo in giurisprudenza di legittimità che non è il titolo astratto di licenziamento a dovere essere oggetto della valutazione giudiziale in punto alle conseguenze sanzionatorie dell'illecito, bensì è solo il motivo in concreto accertato dal giudice nel corso del processo a potere determinare la tutela spettante: *“Né si dica che il fatto giustificativo debba essere valutato non in concreto, bensì in astratto ed ex ante, secondo la prospettiva del datore di lavoro al momento di intimazione del licenziamento, fermo restando che il fatto medesimo dovrà poi essere accertato in sede giudiziaria: ove pure il datore di lavoro fosse convinto, nel momento in cui ha comunicato il licenziamento, dell'avvenuta consumazione del periodo di comporta, non per questo il licenziamento potrebbe considerarsi meramente inefficace sol in base all'erroneo calcolo effettuato dal dichiarante. Infatti, mentre l'oggetto dell'accertamento giurisdizionale va calibrato in ragione del motivo di licenziamento*

enunciato, l'individuazione dell'eventuale sanzione applicabile (nullità, inefficacia, annullamento etc.) va pur sempre parametrata al fatto come in concreto emerso all'esito del giudizio, a prescindere dall'originaria prospettiva di parte datoriale. Ad esempio, un licenziamento nullo (v. art. 18, comma 1, L. n. 300 del 1970, nel testo novellato ex legen. 92 del 2012) perché discriminatorio o viziato da motivo illecito e determinante non si sottrarrà alla sanzione della nullità sol perché nella lettera di licenziamento sia stata enunciata un'inesistente infrazione disciplinare astrattamente integrante giusta causa di recesso”: (Cass. Civ., SS.UU., n. 12568/2018).

Ciò è talmente ovvio che è lo stesso legislatore che precisa (*ad abundantiam*) tale principio laddove stabilisce, nel 1° comma dell'art. 18, che la tutela reintegratoria forte spetti laddove ne siano accertati i relativi presupposti e questo “*indipendentemente dal motivo formalmente addotto*”, essendo evidente che l'accertamento giudiziale – in un sistema democratico costituzionale fondato sulla tripartizione dei poteri – supera sempre l'eventuale etichetta formale.

Nel decreto n. 23 questo non avviene e quindi l'individuazione della tutela applicabile rispetto ad una ipotesi di vizio identica (licenziamento, sia esso fondato su motivo soggettivo che oggettivo, completamente ingiustificato per insussistenza di un presupposto costitutivo della relativa fattispecie), o se si preferisce altamente omogenea, spetta non al giudice, bensì ad una delle parti.

Ciò che contrasta frontalmente con ogni logica, anche giuridica.

Quindi il vizio riguarda l'art. 3, 1° comma Cost. sotto il profilo della disuguaglianza ingiustificata di trattamento tra il motivo soggettivo e il motivo oggettivo, in presenza degli stessi presupposti di vizio.

Ne risulta inoltre l'irrazionalità assoluta di far dipendere le conseguenze sanzionatorie e di tutela per un fatto illegittimo ed illecito dalla mera qualificazione giuridica utilizzata da una delle due parti del rapporto, senza al contrario dare rilievo alla realtà quale risultante dagli accertamenti processuali compiuti dal giudice.

L'azzardo morale concesso al datore importa anche un problema di ragionevolezza della disciplina (v. anche 2° vizio prospettato), che però può essere speso utilmente

anche in relazione all'aspetto egualitario, essendo evidente che l'esclusione della reintegra solo per il G.M.O. produce non solo un minore effetto deterrente per il datore di lavoro, bensì un effetto addirittura ammiccante l'illecito nel momento in cui gli si concede la possibilità di impedire la reintegrazione (altrimenti dovuta) semplicemente qualificando in un certo modo piuttosto che in un altro un motivo – comunque inesistente – di licenziamento.

Nulla rileva che nel 1° comma dell'art. 3, decreto n. 23 sia previsto un indennizzo monetario che nel massimo (36 mesi) può essere superiore all'importo di una eventuale monetizzazione della reintegra (12+15 mesi), in quanto, in disparte il fatto che non l'indennizzo di cui al 1° comma va liquidato dal giudice nel caso concreto (tenendo innanzi tutto conto dell'anzianità di servizio), la reintegra – ricostituendo il rapporto di lavoro – offre possibilità ed utilità compensative (produzione di reddito futuro; mantenimento della professionalità, ristabilimento della dignità del lavoratore e ritorno in azienda, con alleviamento dei pregiudizi non patrimoniali ordinariamente subiti dal licenziamento; risarcimento integrale del danno previdenziale) incomparabili con quelle del solo indennizzo monetario.

Tale sistemazione giuridica si ritiene essere in contrasto anche con l'art. 24, 1° comma Cost., in quanto al lavoratore viene preclusa una tutela che gli spetterebbe (in quanto prevista dall'ordinamento giuridico per l'ipotesi di licenziamento per motivi soggettivi), sulla base della insindacabile qualificazione formale data al recesso dal datore di lavoro.

Se, come si ritiene, tra il dire "hai rubato" senza dimostrarlo e il dire "non c'erano occasioni di lavoro" (ma p.e. in questo caso si è visto esservi stati ben 51 contratti nel periodo per le mansioni del ricorrente), non vi è differenza fenomenologicamente percepibile (zero è sempre zero ed ogni numero moltiplicato per zero, anche un numero enorme, dà sempre zero), fondare un diverso trattamento tra le due ipotesi (disciplinare/G.M.O.) sulla base di un presupposto inesistente, viola il diritto del lavoratore di agire in giudizio per fare valere i propri diritti (come detto, il diritto alla reintegra non è estraneo al sistema del decreto n. 23).

In conclusione, le conseguenze in tema di tutela dell'accertamento giudiziale che un fatto di licenziamento è inesistente (nei suoi elementi costitutivi, strutturali) sono indisponibili per il legislatore, nel senso che egli non può diversificarle prendendo a giustificazione la motivazione (soggettiva o oggettiva) adottata dal datore di lavoro e risultata come detto inesistente.

Per questi motivi si chiede la parificazione delle tutele tra licenziamento disciplinare e per giustificato motivo oggettivo di tipo economico, con previsione che in entrambi i casi spetta la reintegra e con le stesse conseguenze sanzionatorie di cui al 2° comma dell'art. 3.

Sul punto, al fine di appurare quale norma debba espandersi e a discapito di quale, va evidenziato che ordinariamente il vizio di discriminatorietà circa due forme di tutela importa l'estensione della maggior tutela (come reazione all'altrui illecito) anche alle ipotesi per le quali ciò è incostituzionalmente escluso (così è avvenuto, per restare in tema, con le sentenze costituzionali nn. 59/2021 e 125/2022).

\*\*\*

**2° VIZIO: CONTRASTO CON GLI ARTT. 3, 1° e 2° COMMA, 1, 2, 4, 1° COMMA, 35, 1° COMMA, 41, 1° e 2° COMMA COST.**

Il vizio in questione è complesso e poliedrico.

Esso deriva dal ritenuto errato bilanciamento dei valori costituzionali in tema di lavoro e impresa, nonché dalla violazione del principio di uguaglianza, formale e sostanziale.

Si tratta di un uso che si ritiene costituzionalmente illegittimo della discrezionalità che il legislatore possiede in questa materia.

Si ritiene illegittima l'esclusione della reintegra in ipotesi di vizi della gravità di quello qui in potenziale rilievo (insussistenza del fatto per mancato repechage), che ridondano nell'inesistenza del motivo di licenziamento e questo per le sole imprese "oltre soglia" statutaria.

Sul punto si è consapevoli che la Consulta, anche recentemente (sentenza n. 194/2018), ha fatto riferimento all'inesistenza di un principio di costituzionalizzazione della reintegrazione, che non sarebbe un rimedio sempre obbligato in ambito lavoristico.

In particolare nella fondamentale sentenza n. 194 del 2018 si è ritenuto che *“Il legislatore ben può, nell’esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011), purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza. Il diritto alla stabilità del posto, infatti, «non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient’altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall’invalidità dell’atto non conforme» (sentenza n. 268 del 1994, punto 5. del Considerato in diritto)”*.

Sotto altro profilo, la stessa sentenza costituzionale ha ritenuto ossequioso della Suprema Carta l’apposizione di un tetto massimo al risarcimento del danno spettante al lavoratore (*“In occasione dell’esame di disposizioni introduttive di forfetizzazioni legali limitative del risarcimento del danno, questa Corte ha più volte affermato che «“la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale” (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l’adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)» (sentenza n. 303 del 2011, punto 3.3.1. del Considerato in diritto). Il risarcimento, dunque, ancorché non necessariamente riparatorio dell’intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere necessariamente equilibrato. Dalle stesse pronunce emerge altresì che l’adeguatezza del risarcimento forfetizzato richiede che esso sia tale da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto (sentenze n. 235 del 2014, n. 303 del 2011, n. 482 del 2000, n. 132 del 1985). Non contrasta con tale nozione di adeguatezza il limite di ventiquattro (ora trentasei) mensilità, fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento”*: Corte cost. n. 184/2018).

I principi in sé e per sé, presi singolarmente ed astrattamente, difficilmente sono contestabili e non lo si farà.

Ma una cosa è dire che la reintegra non è sempre obbligatoria, un'altra cosa è dire che in presenza di ipotesi in cui il solo rimedio risarcitorio sarebbe non soddisfacente delle ragioni del lavoratore, nel caso in cui non vi siano interessi dell'impresa meritevoli di essere tutelati per quella via (fatto inesistente, ossia dolo, imprese di maggiori dimensioni), sia costituzionalmente corretto non affiancare ad un rimedio indennitario, anche il rimedio restitutorio, in quanto necessario a compensare danni che il rimedio monetario – fornito di un tetto massimo – non riesce a soddisfare.

Infatti, ciò che è mancato nei precedenti costituzionali in materia – in quanto profilo che non risulta mai essere stato sottoposto all'attenzione della Corte – è un esame complessivo e sinergico dei rimedi (indennizzo monetario e reintegra) spettanti al lavoratore così come delineato dal decreto n. 23, in rapporto a tutti i valori costituzionali in gioco ed in particolare dei principi personalistico e lavoristico, nell'ipotesi di imprese di maggiori dimensioni ed in relazione a vizi dell'atto risolutorio talmente gravi da fare dubitare della meritevolezza dell'interesse del datore di lavoro ad avere un trattamento risarcitorio ingiustificatamente favorevole (cattivo uso della discrezionalità: si pregiudica eccessivamente uno dei diritti in bilanciamento senza una apprezzabile ragione a favore del contro-diritto).

Tale trattamento, che si ritiene ingiustificato in sé e per sé, risulta inoltre molto più sfavorevole rispetto a quello proprio delle altre obbligazioni civili (artt. 1453 e 2058 c.c.), ma anche rispetto a quello riservato dall'art. 18, 7° comma L. n. 300/1970 in ipotesi identiche, questioni queste ultime che, pur essendo parte di un esame logico complessivo (in quanto tutto è connesso), vedranno spiegarsi (anche a fini di razionalizzazione delle questioni) due ulteriori vizi (discriminatori) rispetto a quello qui in esame.

Tentando di esplicitare quanto premesso circa la censura in esame, si osserva quanto segue.

Innanzitutto il principio della disponibilità di “tempi e modi” di tutela dei lavoratori dai licenziamenti illegittimi va contestualizzato.

Esso è stato enunciato nel 1965 in un sistema normativo lavoristico primario ancora di libera recedibilità.

Tale principio, riaffermato più volte al fine di escludere l'estensione della reintegra oltre l'ipotesi statutaria, solo in un caso (a quanto consta) è stato affermato in relazione all'ipotesi di imprese “sopra soglia”.

Si tratta della sentenza n. 46/2000, in tema di ammissibilità del referendum abrogativo dell'art. 18.

L'ammissibilità veniva al riguardo pronunciata, considerato come “... *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”.*

L’osservazione (del 2000) che la tutela obbligatoria di cui alla L. n. 604/1966 fosse (nell’ipotesi in cui fosse venuta meno la tutela ex art. 18) sufficiente a garantire i diritti dei lavoratori ingiustamente licenziati, si rivelerebbe oggi anacronistica, alla luce delle considerazioni di cui alla sentenza n. 194/2018 (non prevedendo tale disciplina un adeguato risarcimento del danno ed una funzione sufficientemente dissuasiva, come peraltro espressamente osservato – in relazione all’analogo meccanismo contenuto nel decreto n. 23 per le “piccole” imprese – dalla successiva sentenza costituzionale n. 183/2022, contenente un monito al legislatore).

Questo rende evidente che non è il mero richiamo alla regola della discrezionalità legislativa in materia (“*tempi e modi*”) a poter giustificare una qualunque disciplina in un qualunque momento storico, ma è invece il grado di attuazione della Carta, come registrato dall’evoluzione giuridica e sociale, ad influire sulla discrezionalità del legislatore del momento in cui deve valutarsi la costituzionalità di una norma.

Ciò che poteva essere costituzionale secondo una interpretazione del 1965 (o del 2000) può non esserlo nel 2024 se la società si è nel frattempo evoluta e se i principi costituzionali sono stati nel frattempo attuati, divenendo sul punto anche problematico immaginare un percorso di de-attuazione della Costituzione.

Questa evoluzione, esemplificativamente e tralasciando le questioni non attinenti alla tutela dei rapporti obbligatori e della persona, vede l’emersione di diritti un tempo impensabili, a partire innanzi tutto dalla tutela dei diritti di credito (il caso Meroni data 1971), per poi scendere (giocando qui un ruolo da protagonista proprio il diritto del lavoro e dunque la figura del lavoratore) sino alla tutela dei danni biologico, esistenziale, morale, divenuti poi danno “non patrimoniale” in senso ampio, e ciò anche al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (art. 2058 c.c.), purché venga innanzi tutto in rilievo la lesione di beni di rango costituzionale.