

Consulta giuridica

**La sentenza della  
Corte costituzionale  
sul contratto  
a tutele crescenti:  
quali orizzonti?**

*a cura di*

*Amos Andreoni | Lorenzo Fassina*

*i Seminari  
della Consulta giuridica  
della CGIL*

**2.2019**



EDIESSE

**CGIL**

Ufficio  
Giuridico



I seminari della Consulta giuridica CGIL  
n. 2



**CGIL**



Consulta giuridica

La sentenza  
della Corte costituzionale  
sul contratto a tutele crescenti:  
quali orizzonti?

*Atti del Seminario tenutosi a Roma il 14 dicembre 2018  
CGIL, Sala Di Vittorio*

*a cura di*

Amos Andreoni e Lorenzo Fassina



EDIESSE

© Copyright by Ediesse, 2019

Ediesse s.r.l.

Via delle Quattro Fontane, 109 – 00184 Roma

Tel. 06/448701 - Fax 06/44870335

[www.ediesseonline.it](http://www.ediesseonline.it)

[ediesse@cgil.it](mailto:ediesse@cgil.it)

Copertina e progetto grafico: Antonella Lupi

## *Indice*

Saluto <i>di Lorenzo Fassina</i>	9
Introduzione I licenziamenti individuali dopo la sentenza della Corte: le questioni applicative <i>di Amos Andreoni</i>	17
RELAZIONI	
Il lavoro e l'eguaglianza che non c'è <i>di Francesco Pallante</i>	27
La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti <i>di Valerio Speciale</i>	43
Il ruolo del giudice in un sistema equilibrato di tutele <i>di Carla Ponterio</i>	71
Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale <i>di Stefano Giubboni</i>	87
Le fonti di diritto internazionale nella sentenza n. 194/2018 <i>di Giovanni Orlandini</i>	103

## INTERVENTI

<i>Marco Barbieri</i>	125
<i>Carlo de Marchis Gomez</i>	131
<i>Madia D'Ongbia</i>	139
<i>Marco Esposito</i>	147
<i>Andrea Lassandari</i>	153
<i>Enzo Martino</i>	161
<i>Massimo Pallini</i>	169
<i>Alberto Piccinini</i>	177
<i>Franco Scarpelli</i>	183
<i>Gabriella Del Rosso</i>	195
Conclusioni	
<i>di Tania Scacchetti</i>	199

La sentenza della Corte costituzionale  
sul contratto a tutele crescenti:  
quali orizzonti?



## Saluto *di Lorenzo Fassina\**

Buongiorno a tutti, benvenuti al secondo seminario della rinnovata Consulta giuridica della CGIL, che quest'anno si occuperà dell'importante sentenza n. 194 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo il sistema rigido di risarcimento del danno al lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato previsto dal decreto n. 23/2015.

Con tutta sincerità, ad un anno esatto dall'ultimo seminario della Consulta dedicato al lavoro autonomo e al lavoro agile (era il 15 dicembre), difficilmente avrei pensato di ritrovarmi qui assieme a voi, amici e compagni della Consulta e degli Uffici vertenze, a parlare di una sentenza così importante, in questo momento storico, sia per la storia della nostra Organizzazione che (a mio avviso) per tutto il mondo del lavoro; tanto più considerando il cammino di contrasto, da parte della CGIL, al Jobs Act e la parallela opera di elaborazione di una proposta di politica del diritto ad esso alternativa.

Mi riferisco, ovviamente, alla redazione della Carta dei diritti universali del lavoro, all'elaborazione dei quesiti referendari a suo corredo e sostegno e, da ultimo, al lavoro di contrasto giudiziario al sistema delle tutele crescenti che la CGIL, con l'Ufficio giuridico e la Consulta giuridica nazionale, ha

\* Responsabile Ufficio giuridico e vertenze legali CGIL nazionale.

messo in campo appena ricevuta la notizia che la Corte costituzionale aveva dichiarato inammissibile il quesito sui licenziamenti nel gennaio 2017.

A tale proposito mi chiedo: chi mai – allora – avrebbe scommesso un centesimo su un giudizio di incostituzionalità del decreto n. 23/2015, proprio nel momento in cui la sconfitta sembrava così bruciante e il clima politico era quello che sappiamo?

La politica, quella politica in senso «alto» – a dirla con le parole dell'ex giudice costituzionale Flick all'indomani della sentenza di inammissibilità –, aveva evidentemente influenzato il giudizio della Corte ed era risultata vincitrice rispetto alle valutazioni giuridiche.

Valutazioni che, se correttamente e serenamente svolte, avrebbero reso palese la matrice razionalmente unitaria del quesito abrogativo proposto dalla CGIL, così da poterlo dichiarare ammissibile.

Ma tant'è... la storia non si fa né con i se, né con i ma. Ora, perdonatemi se sono così *tranchant*, ma non ho alcuna remora a dire che con questa sentenza della Corte, le ragioni del diritto, di quel diritto «alto» che si sostanzia nei principii fondamentali del nostro ordinamento, hanno ottenuto la loro meritata rivincita riaprendo, come ha scritto Gigi Mariucci, l'intera questione della regolamentazione del lavoro nell'era postliberista.

Non spetta certamente a me evidenziare, dal punto di vista esegetico, quelli che sono i molti pregi e i difetti di questa sentenza (i relatori e coloro che interverranno sono di eccezionale livello scientifico e li ascolteremo con grande interesse), ma non posso non mettere in evidenza un dato di fatto certo che emerge con nitidezza dalla lettura delle argomentazioni della Corte, soprattutto nella seconda parte del considerato in diritto.

A mio parere la sentenza n. 194 rimarrà nella storia per quello che dice, non certo per quello che avrebbe potuto dire

e non ha detto (e forse, aggiungo, non poteva dire, nel contesto dato): e rimarrà nella storia per quello che dice, in particolare, riguardo alla posizione del lavoratore e del lavoro nell'intreccio normativo costituzionale.

Credo infatti che, in molti passaggi, con lo stile e l'eleganza che tradiscono la sapiente mano della relattrice, la Corte abbia sostanzialmente intimato uno stop alla regressione mercantilistica che negli ultimi anni si sta impossessando delle politiche del diritto nel nostro paese, quella regressione che Ferrajoli ha recentemente definito come un'opera di «de-costituzionalizzazione» per mano di una potente razionalità economica. Ma quello che più conta è che il peso specifico delle argomentazioni della Corte rappresenta, oltre che un «arresto» importante, anche un pesante monito per il futuro legislatore.

Insomma, nonostante lo stile così lineare e pacato di questa parte della motivazione, a mio avviso la Corte fa propria quella visione «polemica» (per dirla con Calamandrei) espressa dal secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione, di valutazione negativa del sistema dei rapporti sociali in atto: è infatti alla Repubblica, alla sua rappresentanza politica, che spetta il compito di rimuovere gli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla vita del paese.

Insomma, la Corte sembra davvero far propria questa prospettiva interventista e stigmatizza il recente cammino della legislazione sul lavoro, al cui limite più recente troneggia il sistema delle tutele crescenti del Jobs Act; sistema che, legittimando l'illegalità del comportamento del datore di lavoro attraverso l'algoritmo risarcitorio, spoglia irragionevolmente il lavoratore – vittima dell'illecito – della propria dignità di «persona» nel rapporto di lavoro.

In questo senso, la seconda parte delle motivazioni della Consulta sono un susseguirsi di affermazioni, focalizzate sulla centralità della persona lavoratrice nel sistema dei diritti costituzionali, che crea un reticolato concettuale solido e a mio parere difficilmente attaccabile dal futuro legislatore.

Certo, come abbiamo avuto modo di sottolineare nella nota dell'Ufficio giuridico a commento della sentenza, ci sono indubbiamente dei punti su cui non siamo d'accordo, soprattutto laddove la Corte non sembra operare quel giudizio di stretto scrutinio – che l'occasione avrebbe richiesto – nella valutazione del peso degli interessi complessivamente considerati; ma obiettivamente non credo che, allo stato, *bic et nunc*, avremmo potuto chiedere di più alla Corte costituzionale.

Il risultato ottenuto è, come detto, storico, considerata l'attuale temperie culturale, ed è storico semplicemente perché rimette in discussione un percorso che «storicamente» si stava affermando e perché, soprattutto, riaffida alla giustizia un ruolo determinante nella ricostituzione di un sistema di effettività dei diritti dei lavoratori (e qui il riferimento all'altra importantissima sentenza della Corte costituzionale n. 77/2018 è doveroso).

Occorre quindi fare tesoro di questa sentenza n. 194, spolandone il sincero umanesimo che da essa traspare.

Ci saranno altre occasioni per tentare di completare, pezzo dopo pezzo, l'opera di smantellamento del decreto n. 23.

Un interrogativo, però, è d'obbligo: in un terreno così inquinato dalla «tirannia dei valori» dell'economia, sarà sufficiente la mera affermazione di questi principii costituzionali, così ben scolpiti ed enunciati, a far rifiorire quel principio lavoristico proprio della Costituzione italiana di cui parlava Mortati?

Siamo sicuri che il terreno culturale sia ancora fertile o che invece questo terreno non sia irrimediabilmente inaridito?

In questo senso, forse, sarebbe auspicabile che la sentenza costituisca, oltre che un bell'esempio di politica giudiziaria, uno stimolo di politica del diritto verso chi dovrà prendere le decisioni future e verso chi, come anche noi sindacalisti, dovrà vigilare sull'attuazione del programma costituzionale da parte della politica. Da parte nostra, gli obiettivi sono chiarissimi e sono scolpiti nella Carta dei diritti universali della CGIL e nel caso di specie non c'è alcun dubbio che ciò che vogliamo è il ripristino della sanzione reintegratoria.

La speranza, quindi, è che questa sentenza contribuisca a rammentare a noi stessi e a rinforzare in noi stessi quei valori costituzionali che ci hanno guidato nella formulazione della nostra Carta.

Venendo – appunto – a noi, devo dire che personalmente non credo che l'attività della Consulta giuridica debba essere limitata all'organizzazione di un seminario all'anno, seppur di elevato livello. Sarebbe certamente assai riduttivo rispetto ai compiti che già lo scorso anno avevo evidenziato pubblicamente nel programma di lavoro.

Questo, quindi, significa che la Consulta giuridica nazionale della CGIL, anche attraverso gruppi di lavoro interdisciplinari dedicati a varie tematiche d'interesse sindacale, dovrà riappropriarsi di quello che è il proprio codice genetico originario (direi trentiniano): l'elaborazione di linee di politiche del diritto in materia di lavoro e di welfare che diano risposte adeguate alle sfide che la globalizzazione, la precarizzazione e la digitalizzazione pongono a tutti noi.

La CGIL, infatti, indipendentemente dalla contingenza dei propri equilibri politici interni e dai rapporti con la politica «esterna», non può a mio avviso permettersi di rimanere impreparata di fronte a quelle sfide che sono dietro l'angolo e che necessitano di pronte risposte politiche, supportate da solide valutazioni tecniche. La Consulta giuridica, nel consueto spirito di collaborazione con tutte le articolazioni della nostra organizzazione, sarà sempre pronta a dare i suoi contributi di merito, anche alternativi e comunque ponderati, frutto di una elaborazione pluralista e democratica.

Allora io, qui, chiedo a tutti noi e alla Confederazione uno sforzo di potenziamento, anche organizzativo, come strumento di articolazione di reti, di saperi e di lavoro.

È infatti solo attraverso il dialogo tra le diverse sensibilità e istanze che è possibile elaborare pensieri, idee, soluzioni che possano dar vita a quei valori che la Corte costituzionale ha così bene messo in evidenza e che sono il nostro codice genetico.

Anche noi, quindi, dobbiamo essere in grado, con la nostra forza, di eliminare quegli ostacoli che ci impediscono, a volte, di esprimere quell'enorme potenziale che ci deriva direttamente dalla nostra storia e dalla nostra capacità di cambiare la storia. In fin dei conti, cari amici e compagni, se non lo facciamo noi che vediamo nella CGIL un punto di riferimento, chi altri potrebbe farlo?

Mi avvio alla conclusione con i doverosi e sentitissimi ringraziamenti a tutti coloro che, assieme a noi, non hanno mai mollato (a cominciare dalla nostra Segretaria generale Susanna Camusso e alla Segretaria confederale Tania Scacchetti) che ci hanno sostenuto scommettendo su un risultato che sembrava davvero difficilmente raggiungibile.

*In primis* voglio salutare e ringraziare gli amici Amos Andreoni e Carlo de Marchis, che hanno letteralmente dato il meglio di sé in questa bella e impegnativa avventura davanti alla Corte costituzionale. Senza l'intraprendenza, il fiuto, la generosità, l'intelligenza e la profonda preparazione di Amos e Carlo questo risultato non sarebbe stato certamente raggiunto.

Permettetemi, poi, di ringraziare dal profondo del cuore Vittorio Angiolini che, pur in una sofferta convalescenza, ha dato da par suo un contributo determinante.

Ringrazio, quindi, gli amici (in rigoroso ordine alfabetico) Andrea Allamprese, Umberto Carabelli, Stefano Giubboni, Giovanni Orlandini e Valerio Speciale che hanno contribuito, con grande

generosità e con la consueta competenza, a raggiungere l'obiettivo, come ringrazio i nostri cari amici e compagni Enzo Martino e Alberto Piccinini per l'impegno profuso e i preziosi consigli.

Un grazie, da ultimo, ai compagni degli Uffici vertenze con cui ho condiviso un percorso di pratiche e di idee che ha reso possibile trovare il caso più adatto da sottoporre alla Corte costituzionale, anche in sinergia con la categoria della lavoratrice, la FILCAMS, che sicuramente ringrazio.

Come vedete dalla lunga teoria di questi ringraziamenti, siamo di fronte a un lavoro di gruppo che mi rende particolarmente orgoglioso e riconoscente per quello che mi ha insegnato e per quello che ha consegnato alla CGIL.



Introduzione  
I licenziamenti individuali  
dopo la sentenza della Corte:  
le questioni applicative  
*di Amos Andreoni\**

1. La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 è stata subito oggetto di numerosi commenti che ne hanno individuato i tratti salienti ed i connessi problemi applicativi.

Siamo in presenza di una sentenza di accoglimento parziale con la quale si dichiara l'incostituzionalità dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».

La norma residua ora prevede la «condanna [...] al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale in misura comunque non inferiore a quattro (ora 6: art. 3, c. 1, d.l. n. 87/18, conv. in l. n. 96/2018) e non superiore a 24 (ora 36) mensilità».

L'eliminazione delle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio» è stata accompagnata in motivazione da indicazioni operative: da un lato resta inteso che le «mensilità», sono da intendersi relative all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, con riguardo alla commisurazione dei risarcimenti.

Dall'altro si precisa che: «nel rispetto dei limiti, minimo e

\* Avvocato in Roma; già professore di Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma.

massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n. 23 del 2015 – nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)».

Anche la gravità dell'infrazione potrà essere valutata dal giudice perché pur sempre desumibile dal «comportamento [...] delle parti», entro il tetto massimo di 24 (ora 36) mensilità.

Si è così voluto por fine ad ogni comportamento opportunistico di quei datori di lavoro che, sapendo in anticipo il costo di un licenziamento illegittimo, hanno spesso adottato formule generiche di estromissione, contando per di più sul dimezzamento dell'importo, come previsto dall'art. 4 del decreto n. 23/2015 per i licenziamenti privi del requisito della motivazione.

Ora, a seguito della sentenza della Corte, chiunque intenda licenziare non saprà in anticipo quantificare il costo dell'espulsione perché, in caso di controversia, il giudice adito ben potrebbe comminare il risarcimento massimo (ora pari a 36 mensilità) in caso di motivazione apparente a carico di una impresa di congrua dimensione ed a favore di un lavoratore con carico familiare, collocato in una zona svantaggiata. Sarà onere dell'avvocato del lavoratore corredare la richiesta di importo massimo con tutte le prove giustificative al riguardo; di proporle in appello se immotivatamente rigettate ed eventualmente dedurre in Cassazione il vizio di violazione di legge ove anche il giudice di appello non si sia pronunciato sui criteri di quantificazione specificatamente dedotti in giudizio (art. 112 c.p.c.) ovvero il vizio di omesso esame di fatti giustificativi di un maggiore risarcimento, discussi tra le parti e negletti in sentenza.

2. La scelta della Corte di abrogare l'inciso sull'anzianità di servizio anziché aggiungere nel dispositivo a tale parametro gli altri criteri, pure enunciati in motivazione, potrebbe consentire al giudice di valutare liberamente quali criteri di risarcimento adottare e quale valore risarcitorio attribuire a ciascuno di essi.

L'effetto ablatorio recato in dispositivo è infatti valido *erga omnes*; quello ricostruttivo, posto in motivazione, è per lo più ritenuto privo di effetti generali; senonché – dice la Corte – resta comunque l'anzianità di servizio come base «certa e crescente» dell'indennizzo in virtù dell'art. 1, c. 7, lett. c., l. n. 183/13; norma richiamata in sentenza come disposizione tuttora valida e operante anche in via autonoma, non più come delega per il legislatore ma come norma direttiva per il giudicante.

Alla anzianità dunque dovranno aggiungersi gli altri criteri, ove applicabili, in via migliorativa.

Nella valutazione complessiva della incidenza dei vari fattori il giudice dovrà tenere conto del fatto che l'indennità deve essere al tempo stesso «adeguata» e «dissuasiva»; dunque essa deve essere personalizzata in base al danno concretamente procurato al lavoratore (la difficoltà di trovare un lavoro futuro, considerate le mansioni e la realtà del locale mercato del lavoro, il carico familiare ecc.); al tempo stesso deve avere sufficiente carattere sanzionatorio in relazione sia alla gravità dell'infrazione (il comportamento della parte) sia alle caratteristiche occupazionali e di budget del datore di lavoro.

3. Una volta quantificata l'indennità occorre sapere se dal predetto importo vada sottratto l'*aliunde perceptum* per altro reddito da lavoro percepito dalla data di risoluzione del rapporto alla data di deposito della sentenza.

La soluzione dovrebbe essere negativa per svariati motivi: l'indennità è forfettaria, l'importo ha una dimensione equitativa ed una natura anche sanzionatoria.

Soprattutto non si verifica il *ne bis in idem* e cioè la doppia retribuzione che scaturisce dalla reintegra e dunque dalla ricostruzione del rapporto con effetto *ex tunc* nei casi disciplinati dall'art. 18 St. lav.

4. Ci si interroga, di poi, sulla possibilità di richiedere oltre alla indennità in questione anche il danno extracontrattuale (es. per perdita del permesso di soggiorno) ed il danno non patrimoniale (es. il danno biologico).

La risposta non può che essere affermativa sulla base di quanto già affermato dalla giurisprudenza in riferimento sia all'art. 18 St. lav. sia all'art. 8, l. n. 604-1996 (v. *ex plurimis*, Cass. sent. n. 8006/2014 e n. 1026/2002; Trib. Vigevano 9.6.04 in *Riv. crit. dir. lav.* 2004, 425).

5. È stato anche discusso il nesso che lega la sentenza e dunque il nuovo testo dell'art. 3, c. 1, cit. con le altre norme del decreto legislativo n. 23/2015.

5.1 Per alcune di esse la conclusione è semplice: sia l'art. 10 sui licenziamenti collettivi sia l'art. 9 per le piccole imprese fanno rinvio allo stesso meccanismo di calcolo posto dall'art. 3, c. 1 (2 mensilità per ogni anno di servizio) talché la caducazione di questo ha influenza anche sulle altre due norme.

Restano comunque ancora valide le questioni di costituzionalità della parte residua delle due norme: la clamorosa disparità di trattamento indennitario tra vecchi e nuovi assunti (post 7.3.2015) in caso di licenziamento collettivo; l'evidente inadeguatezza della soglia minima e del tetto massimo nei licenziamenti individuali nelle piccole imprese.

5.2 Per le altre norme, non coinvolte dalla sentenza perché recanti una autonoma rigida formula di calcolo, si pongono gli stessi temi discussi e risolti dalla sentenza n. 194; così è per l'art. 6 e per l'art. 4: entrambi recano uno schema fisso di una mensilità per ogni anno di servizio, con l'aggravante – per i vizi formali e procedurali (art. 4) – di recare soglia e

tetto (2-12) certamente inadeguati, tenuto conto che la motivazione attiene al nucleo essenziale della tutela *ex* art. 4 Cost. come affermato da Corte cost. nella sentenza n. 46/2000.

6. La sentenza è certamente retroattiva, salve le situazioni già consolidate alla data di deposito della sentenza n. 194 (per prescrizione, decadenza, passaggio in giudicato).

Si possono dunque riaprire gli accordi conciliativi e le transazioni per difetto sopravvenuto del presupposto originario o per vizio del consenso.

Si possono altresì riaprire le istruttorie nei giudizi ancora in corso superando le preclusioni *ex* artt. 414, 415 e 420 c.p.c.

7. La sentenza valorizza il ruolo del Comitato europeo dei diritti sociali avendo operato una saldatura tra Carta sociale, CEDU, e art. 117 Cost.

La decisione del Comitato è stata ritenuta dalla Corte come autorevole anche se non vincolante.

L'autorevolezza si dispiega nell'impedire al giudice del lavoro di quantificare «sottotono» l'indennità posto che a mente dell'art. 24 della Carta sociale europea l'indennizzo deve essere «congruo» e perciò – a detta del Comitato (v. decisione sul reclamo collettivo n. 106/2014 sul caso Finlandia) – deve includere il rimborso delle perdite finanziarie subite e subende e deve essere altresì sufficientemente dissuasivo. E ciò vale fin d'ora per tutte le controversie di lavoro.

7.1. La prossima decisione del Comitato sul reclamo collettivo della CGIL del 16.10.17 potrebbe indurre qualche giudice a riproporre alla Corte costituzionale nuove questioni di costituzionalità sia del decreto n. 23/2015 sia della l. n. 92/2012 non precluse dalla sent. n. 194/2018. Dunque pare difficile che venga posto all'esame il tema del superamento del tetto massimo di 36 mesi in quanto giudicato legittimo dalla Corte.

Possono invece riproporsi i temi della adeguatezza della soglia e del tetto sia per i licenziamenti nelle piccole imprese

sia per i licenziamenti affetti da vizi formali e procedurali; ugualmente può essere prospettato il tema della limitazione dell'ambito applicativo dei licenziamenti disciplinari che danno luogo alla reintegra (art. 3, c. 2), ora previsti solo in caso di assenza del fatto materiale (con la conseguente irrilevanza della manifesta sproporzione, della diversa previsione da CCNL e del profilo soggettivo), oltretutto per la modestia della soglia e del tetto del risarcimento.

7.2. Analogamente si può riproporre, dopo la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali, il tema delle disparità di trattamento nei licenziamenti collettivi tra vecchi e nuovi assunti.

Il medesimo tema, per i licenziamenti individuali, parrebbe invece precluso dalla sent. n. 194/18, sia pure all'esito di un vaglio di sola coerenza (senza un giudizio di stretto scrutinio e dunque senza alcuna valutazione di merito): così è stato affermato dalla Corte che «il regime temporale di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 si rivela coerente con tale scopo [favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro (...) subordinato a tempo indeterminato] [...] non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito» (cit. dal punto 6 in diritto).

Qui si coglie il punto di maggiore caduta, teorica e pratica, della sent. n. 194: il bilanciamento tra art. 4 e art. 41 Cost. effettuato dalla Corte doveva in effetti tenere conto dei limiti posti dal comma 2 dell'art. 41, dalla collocazione dell'art. 4 tra i principi fondamentali, dalla minore graduazione dell'art. 41 rispetto all'art. 4, dalla necessità di addivenire ad uno scrutinio severo, di stretta necessità, in caso di compressione dell'art. 4 Cost.

Se fosse stato adottato un giudizio di stretto scrutinio la Corte non avrebbe potuto esimersi dal rilevare che:

1) la normativa non costituisce un mezzo pertinente rispetto al fine dichiarato (sulla cui rilevanza v., tra le tante,

Corte cost. sent. n. 366/1991): come si è detto, per un verso la letteratura scientifica (FMI e OCSE) esclude una relazione positiva tra disciplina dei licenziamenti e occupazione. Per altro verso le rilevazioni empiriche (ISTAT e INPS) escludono l'incremento dell'occupazione stabile nell'arco del triennio 2015-2018 (id. p. 3.1); l'obiettivo dichiarato dalla legge delega (art. 1, c. 7, cpv. 1, l. n. 183-2014) non è stato dunque raggiunto.

2) D'altra parte non ricorre neanche il requisito della coesistenzialità del limite (su cui Corte cost. sent. n. 330/1999): in effetti una limitazione dei diritti fondamentali è ammessa solo nella misura in cui ciò risulti l'unico strumento necessario per la realizzazione di altri diritti fondamentali. Ma così non è: la disciplina recata dalla l. n. 92/2012 ben poteva coesistere, senza manomissioni, con sgravi contributivi (e con efficaci politiche attive, per un verso, e con diverse politiche della domanda, per altro verso) e con saldi occupazionali positivi.

3) Di più ricorrono svariati profili di irrazionalità: sussistono infatti numerose contraddizioni interne alla normativa (l'insussistenza del fatto disciplinato dall'art. 3 in modo sperquato rispetto a quanto disposto dall'art. 2 per le nullità espresse; l'assoluta assenza di giustificazione trattata dall'art. 4 meno severamente rispetto all'assenza del giustificato motivo oggettivo *ex* art. 3).

4) Il canone di razionalità non è soddisfatto, soprattutto, ponendo mente al criterio della giustizia-equità, egualmente posto dall'art. 3 Cost., avuto riguardo al deterioro trattamento dei lavoratori assunti post 7 marzo 2015 ed alla irragionevolezza di tale parametro, donde gli effetti di discriminazione degli stessi nella scelta del personale da licenziare.

Così non è stato.

Malgrado questi limiti la sentenza rappresenta un punto di svolta della recente giurisprudenza della Corte, auspicabilmente in vista di ulteriori sviluppi «progressivi».



# RELAZIONI



# Il lavoro e l'eguaglianza che non c'è

di *Francesco Pallante*\*

## 1. *La centralità del lavoro*

Il lavoro è al centro del sistema costituzionale, ma è noto che tale centralità porta con sé elementi di ambiguità: occorre, infatti, trovare la giusta misura tra la prescrittività e la programmaticità delle norme in materia; tra il necessario riconoscimento della loro giuridicità e l'inevitabile ammissione della loro politicità.

Di grande fascino è la tesi – argomentata, da ultimo, da Gustavo Zagrebelsky<sup>1</sup> – secondo cui la fondamentale «rottura» con il passato prodotta dalla Costituzione repubblicana riguarda proprio il modo di concepire il lavoro: da strumento di esclusione a strumento di inclusione sociale. Prima, nello Stato ottocentesco, si era cittadini in senso pieno solo in quanto non si fosse gravati dal fardello di dover lavorare (condizione – sottolineava Sieyès – alla quale il popolo è stato condannato a causa dell'improvvida abolizione della schiavitù)<sup>2</sup>. Dopo, nello Stato novecentesco che raggiunge il

\* Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università di Torino.

<sup>1</sup> G. Zagrebelsky, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Einaudi, Torino 2013.

<sup>2</sup> Come ricorda Luigi Ferrajoli, è questo un tratto comune a tutto il pensiero liberale, anche quello più avanzato: Kant, Constant, Mill, Montesquieu si collocano tutti su questa posizione (L. Ferrajoli, *Articolo 1*:

suo apice nei Trenta gloriosi, si era cittadini in senso pieno solo in quanto si contribuì effettivamente, tramite il proprio lavoro, al «progresso materiale e spirituale della società», per citare l'art. 4 della Costituzione italiana<sup>3</sup>. *E oggi?*, ci si potrebbe chiedere. Oggi, nello Stato del nuovo millennio, il lavoro è ancora motivo di inclusione o sta tornando a essere – o è già tornato a essere – motivo di esclusione sociale?

La domanda necessiterebbe di ben altra riflessione rispetto a quella che potrà essere sviluppata in queste pagine. Merita, però, di essere tenuta come monito sullo sfondo, a segnalare l'importanza, centrale per la nostra democrazia, che la questione del lavoro è tornata ad assumere nell'età contemporanea. In questa prospettiva – nonostante limiti e debolezze, che pure non mancano – la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale è da valutare positivamente: l'intervento della Consulta ha corretto una grave stortura legislativa e, anche se altre ne restano<sup>4</sup>, rappresenta, giuridicamente e culturalmente, un passo nella giusta direzione<sup>5</sup>.

## 2. *La sentenza*

Nei suoi tratti essenziali, il contenuto della sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale è oramai conosciuto. Si tratta di una decisione di accoglimento parziale, che annulla

*lavoro e sovranità popolare*, in L. Baldissara e M. Battini (a cura di), *Lavoro e cittadinanza*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano 2017, p. 15 e pp. 29-30, note 1 e 2).

<sup>3</sup> Merita, in proposito, di essere ricordato il «comma mancante» dello stesso art. 4 Cost.: quello che, nei progetti dei costituenti, avrebbe voluto negare l'esercizio in concreto dei diritti politici a coloro che, per scelta volontaria, avessero rifiutato di lavorare.

<sup>4</sup> Le ricorda S. Giubboni, *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Foro italiano*.

<sup>5</sup> Lo sottolineano R. Sanlorenzo e A. Terzi, *Al centro, il Giudice. La Corte costituzionale ed il Jobs Act*, in *Questione giustizia*, 9 novembre 2018, punto 6.

l'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23 del 2015<sup>6</sup>, limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio». L'effetto di tale pronuncia è quello di rimettere al giudice la facoltà di quantificare l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, individuandone l'importo tra una misura minima e una misura massima legislativamente prestabilite, rispettivamente, in sei e trentasei mensilità. Nel definire la misura dell'indennità, il giudice potrà così ora tener conto, oltre che dell'anzianità di servizio, altresì degli ulteriori criteri – dice la Corte – «desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti»: vale a dire, il «numero dei dipendenti occupati», le «dimensioni dell'attività economica», il «comportamento» e le «condizioni delle parti»<sup>7</sup>.

Cuore della denuncia d'incostituzionalità da parte del giudice *a quo* era, in effetti, la predeterminazione, in caso di licenziamento illegittimo di un lavoratore assunto dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015 (vale a dire, a decorrere dal 7 marzo 2015), di un'indennità di «misura modesta» e «stabilita in modo automatico», tale, cioè, da escludere «qualsiasi discrezionalità valutativa del giudice», in quanto «crescente solo in base all'anzianità di servizio»<sup>8</sup>. L'indennità in tal modo definita risultava, secondo il giudice rimettente, in contrasto con gli artt. 3, 4, c. 1, 35, c. 1, 76 e 117, c. 1, Cost., per una pluralità di motivi.

La sentenza circoscrive, anzitutto, l'oggetto del giudizio al solo art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, dichiarando inammissibili tutte le questioni sollevate con riferimento ad altre

<sup>6</sup> Sia nel testo originario, sia nel testo modificato dall'art. 3, c. 1, del d.l. n. 87 del 2018 convertito nella legge n. 96 del 2018.

<sup>7</sup> Cfr. il punto 15 del Considerato in diritto. Sui criteri ora utilizzabili dal giudice per determinare l'ammontare dell'indennità cfr. A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in corso di pubblicazione in *Il libro dell'anno del diritto - 2019*, Treccani, p. 348.

<sup>8</sup> Così il punto 1.2 del Considerato in diritto.

disposizioni (l'art. 1, c. 7, lett. c), della legge n. 183 del 2014<sup>9</sup> e gli artt. 2, 3, c. 2 e 3, e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015<sup>10</sup>), sostanzialmente in quanto estranee alla definizione dell'indennità da corrispondersi al lavoratore illegittimamente licenziato.

Quanto, poi, ai motivi di incostituzionalità relativi all'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, la sentenza ne dichiara fondati soltanto quattro su otto, e in particolare:

<sup>9</sup> Cfr. il punto 5.2. del Considerato in diritto (motivo di inammissibilità: la disposizione contiene la delega attuata dagli artt. 3 e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 e, poiché il giudice *a quo* non argomenta il contrasto di tale disposizione con i parametri costituzionali invocati, le questioni relative a tale disposizione risultano in difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza). Peraltro, va rilevato che la decisione della Corte sul punto, unitamente alla pronuncia di incostituzionalità dell'automatismo risarcitorio viene a creare una anomala situazione nella quale, per un verso, resta operante nell'ordinamento la previsione della legge delega che prescrive al legislatore di introdurre, per i lavoratori illegittimamente licenziati, un «indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio» e, per altro verso, viene colpita con dichiarazione d'incostituzionalità proprio la disposizione del decreto legislativo che dava attuazione a tale previsione della legge delega.

<sup>10</sup> Cfr., per l'art. 2 il punto 5.1.1 del Considerato in diritto (motivo di inammissibilità: la disposizione riguarda il licenziamento discriminatorio, nullo o intimato in forma orale e, poiché il giudizio *a quo* riguarda un licenziamento illegittimo, le questioni relative a tale articolo sono irrilevanti); per l'art. 3, c. 2, il punto 5.1.3.1 del Considerato in diritto (motivo di inammissibilità: la disposizione riguarda il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore e, poiché il giudizio *a quo* riguarda un licenziamento illegittimo, le questioni relative a tale comma sono irrilevanti); per l'art. 3, c. 3, il punto 5.1.3.2 del Considerato in diritto (motivo di inammissibilità: la disposizione riguarda i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo relativo ai datori che impiegano più di quindici dipendenti, prevedendo lo svolgimento di una procedura conciliativa obbligatoria, e, poiché il giudice *a quo* non spiega perché tale disposizione dovrebbe essere applicata, le questioni relative a tale comma risultano in difetto di motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza); per l'art. 4 il punto 5.1.2 del Considerato in diritto (motivo di inammissibilità: la disposizione riguarda i vizi formali e procedurali del recesso datoriale e, poiché il giudizio *a quo* riguarda un licenziamento illegittimo, le questioni relative a tale articolo sono irrilevanti).

- il terzo motivo relativo all'art. 3 Cost., con cui era denunciato che le disposizioni impugnate, prevedendo esclusivamente il criterio dell'anzianità di servizio quale parametro da cui far dipendere la misura dell'indennità da corrispondere in caso di licenziamento illegittimo, costringevano il giudice a tutelare in modo identico tutte le situazioni, anche quelle nella sostanza dissimili<sup>11</sup>;
- il quarto motivo relativo all'art. 3 Cost., con cui era denunciato che, così come configurata, l'indennità non costituiva né un ristoro adeguato per il lavoratore ingiustamente licenziato, né un'adeguata misura di dissuasione per il datore di lavoro dal licenziare illegittimamente i suoi dipendenti<sup>12</sup>;
- il motivo relativo agli artt. 4, c. 1, e 35, c. 1, Cost., con cui era denunciato che le disposizioni impugnate, prevedendo un'indennità «modesta ed evanescente», risultavano in contrasto con il valore attribuito al lavoro dalla Costituzione, producendo ripercussioni negative sulla posizione del lavoratore nella relazione quotidiana di lavoro<sup>13</sup>;
- il terzo motivo relativo agli artt. 76 e 117, c. 1, Cost., con

<sup>11</sup> Cfr. il punto 11 del Considerato in diritto. La Corte costituzionale argomenta che sia la legislazione sia la giurisprudenza costituzionale hanno sempre valorizzato la molteplicità di fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dal licenziamento ingiustificato, lasciando il giudice libero di adeguare la decisione al caso concreto (e non obbligandolo ad applicare un automatismo che omologherebbe tutte le situazioni, anche se diverse).

<sup>12</sup> Cfr. il punto 12 del Considerato in diritto. La Corte costituzionale argomenta, in primo luogo, che l'indennità per il licenziamento illegittimo non può essere una «liquidazione legale forfettizzata», ma deve essere adeguata a ristorare il lavoratore del pregiudizio subito nel caso concreto (tanto più nei casi di anzianità non elevata) e, in secondo luogo, che l'indennità forfettizzata non è idonea a svolgere una funzione dissuasiva nei confronti del datore di lavoro (specie nei casi di anzianità non elevata).

<sup>13</sup> Cfr. il punto 13 del Considerato in diritto. La Corte costituzionale argomenta che l'indennità forfettizzata – proprio in quanto inadeguata a ristorare il lavoratore e a dissuadere il datore di lavoro – svalorza il lavoro, mentre la Costituzione intende valorizzarlo.

cui era denunciato che le disposizioni impugnate si ponevano in contrasto con il parametro interposto rappresentato dall'art. 24 della Carta sociale europea fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, che sancisce il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo a «un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione»<sup>14</sup>.

- Infondati sono, invece, dichiarati:
- il primo motivo relativo all'art. 3 Cost., con cui era denunciato che le disposizioni impugnate introducevano un trattamento ingiustificatamente deteriore per i lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015 rispetto a quello riservato ai lavoratori assunti, anche nella stessa azienda, prima di tale data (dal momento che, mentre a questi ultimi continuava ad applicarsi l'art. 18 della legge n. 300 del 1970<sup>15</sup>, ai primi, e solo a loro, si veniva ad applicare la nuova normativa)<sup>16</sup>;
- il secondo motivo relativo all'art. 3 Cost., con cui era denunciato che le disposizioni impugnate, applicandosi ai soli lavoratori privi di qualifica dirigenziale, discriminavano tra questi e i dirigenti<sup>17</sup>;
- il primo motivo di incostituzionalità relativo agli artt. 76 e 117, c. 1, Cost., con cui era denunciato che le disposizioni impugnate si ponevano in contrasto con il parametro interposto rappresentato dall'art. 30 della Carta dei diritti

<sup>14</sup> Cfr. il punto 14 del Considerato in diritto. La Corte costituzionale argomenta che la giurisprudenza costituzionale ha già in passato ritenuto la Carta sociale europea idonea a integrare il parametro dell'art. 117, c. 1, Cost.

<sup>15</sup> Sia pure come modificato dall'art. 1, c. 42, della legge n. 92 del 2012.

<sup>16</sup> Cfr. il punto 6 del Considerato in diritto. La Corte costituzionale replica che in passato ha, a più riprese, ribadito che il tempo può costituire valido elemento di differenziazione delle discipline giuridiche (il legislatore può delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme).

<sup>17</sup> Cfr. il punto 7 del Considerato in diritto. La Corte costituzionale replica che in passato ha, a più riprese, ribadito che la categoria dei dirigenti si differenzia da quelle degli altri lavoratori subordinati; per questo, può essere trattata diversamente dal legislatore.

fondamentali dell'UE, ai sensi del quale «ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato» (sul presupposto che le disposizioni impugnate non configurino una reale forma di tutela)<sup>18</sup>.

Inammissibile è, infine, dichiarato il secondo motivo di incostituzionalità relativo ancora agli artt. 76 e 117, c. 1, Cost., con cui era denunciato che le disposizioni impugnate si ponevano in contrasto con il parametro interposto rappresentato dall'art. 10 della Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro sul licenziamento del 22 giugno 1982 che, espresso un *favor* per la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, richiede, quantomeno, il versamento al lavoratore di un «indennizzo adeguato»<sup>19</sup>.

### 3. Due problemi di diritto costituzionale

Non c'è spazio per trattare tutti i molteplici profili di interesse rinvenibili nella decisione. Anche a volersi limitare al solo ambito del diritto costituzionale, potrebbero venire in evidenza il consolidarsi della posizione critica nei confronti dei cd. automatismi legislativi (un filone di ricerca che sta acquisendo rilevanza crescente)<sup>20</sup> o l'indebolimento delle tesi che vorrebbero ridurre le conseguenze di ogni violazione di

<sup>18</sup> Cfr. il punto 8 del Considerato in diritto. La Corte costituzionale replica che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE è applicabile solo in caso di attuazione da parte degli Stati del diritto UE (art. 51 della Carta stessa), ipotesi che nel caso di specie non ricorre.

<sup>19</sup> Cfr. il punto 5.4. del Considerato in diritto. La Corte costituzionale replica che la Convenzione OIL sul licenziamento non è stata ratificata dall'Italia, dunque non può operare come parametro interposto.

<sup>20</sup> Tra gli altri, possono essere ricordati i precedenti sulle adozioni, sul porto d'armi, sulle cause ostative all'assunzione nella pubblica amministrazione, sul divieto di regolarizzazione e sull'obbligo di espulsione degli stranieri extracomunitari: cfr. G. Zagrebelsky e V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, vol. I, *Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Bologna 2018, pp. 181 ss.

legge a un problema risolvibile con il pagamento di una somma di denaro (una questione-chiave, di carattere filosofico ancor prima che giuridico)<sup>21</sup>.

Questo scritto si concentrerà su due soli profili, che sembrano particolarmente rilevanti per la loro portata «di sistema». Potrebbero essere così definiti: l'uno, un problema di uguaglianza; l'altro, un problema di bilanciamento.

### 3.1. Un problema di uguaglianza

Il primo problema – quello di uguaglianza – è colto da una delle questioni di incostituzionalità sollevate dal giudice *a quo* in relazione all'art. 3 Cost., una delle questioni che la Corte ritiene non fondate.

Il giudice rimettente lamentava la differenza di trattamento, risultante dall'introduzione della disciplina impugnata, tra i lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 2015 e quelli assunti, anche nella stessa azienda, dopo tale data (come già visto, la data-spartiacque è il 7 marzo 2015). Mentre ai primi – dice il giudice – continua ad applicarsi, in caso di licenziamento illegittimo, l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, ai secondi, e solo a loro, viene ad applicarsi la nuova, deteriore, normativa: a rilevare, cioè, non è il momento in cui le persone vengono licenziate, ma quello in cui sono state assunte. Quello individuato con tale motivo di ricorso è, in altre parole, un problema di uguaglianza che il giudice *a quo* pone sul piano sincronico: il fatto che nello *stesso* momento ci siano persone che si trovano nella *stessa* situazione ma siano sottoposte a regole giuridiche *diverse* pone o non pone un problema di rispetto del principio di uguaglianza?

Naturalmente, il discorso potrebbe essere allargato a tutte

<sup>21</sup> È una tesi che vorrebbe portare a compimento la tendenza, in atto, che mira alla trasformazione del mercato da principio organizzativo dell'economia a principio organizzativo della società, argomento sul quale può essere di interesse la lettura di M.J. Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, Feltrinelli, Milano 2013 (ed. or. 2012).

le condizioni del rapporto di lavoro – e non limitato al licenziamento illegittimo – e a tutte le tipologie contrattuali. È ragionevole che colleghi di reparto o d'ufficio, impegnati nel medesimo frangente temporale nello svolgimento delle medesime mansioni, vedano i loro rapporti di lavoro regolati, per esempio, il primo da un contratto a tempo indeterminato, il secondo da un contratto a tutele crescenti, il terzo da un contratto a tempo determinato, il quarto da un contratto di somministrazione, il quinto da un contratto a progetto, e via elencando? Davvero una situazione di questo genere – tutt'altro che ipotetica – non pone problemi sul piano dell'uguaglianza?

Il punto pare nodale, come è stato anche recentemente ribadito da Luigi Ferrajoli: «Le politiche che in questi anni hanno indebolito il diritto del lavoro generalizzando il precariato e sostituendo la solidarietà con la concorrenza tra lavoratori hanno alterato e distrutto le basi sociali del pluralismo politico», facendo venir meno, oltre che «l'uguaglianza nei diritti», anche, e soprattutto, «la soggettività politica e sociale dei lavoratori»<sup>22</sup>. Siamo, dunque, al cospetto di una questione di democrazia. Una questione di democrazia che però, nella sentenza in commento, la Corte sembra non voler vedere.

Al tema posto dal ricorrente sul piano sincronico la Consulta replica infatti sul piano diacronico. Per la sentenza tutto si riduce a una mera questione di successione delle leggi nel tempo: a venire in rilievo – si legge nella motivazione – non è il deteriore regime di tutela dettato dal d.lgs. n. 23 del 2015 per i neoassunti, rispetto ai colleghi già in servizio, bensì «il criterio di applicazione temporale di tale regime» di tutela. Questo spostamento del piano del discorso serve alla Corte per trincerarsi dietro i propri precedenti, secondo i quali il

<sup>22</sup> L. Ferrajoli, *Articolo 1: lavoro e sovranità popolare*, in L. Baldissara e M. Battini (a cura di), *Lavoro e cittadinanza*, Fondazione Giangiacomo Feltrinelli, Milano 2017, e L. Ferrajoli, *La questione migranti: Italia incivile, Europa incivile*, in *Critica marxista*, n. 5, 2018, p. 13.

tempo può essere considerato un «valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche» in quanto spetta alla «discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone della ragionevolezza, delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme»<sup>23</sup>. E aggiunge che, in questo caso, la ragionevolezza coincide con la finalità, dichiarata dal legislatore stesso, di voler aumentare l'occupazione (dopodiché – prudentemente – precisa che, in ogni caso, non è compito della Corte verificare i risultati effettivamente conseguiti sul terreno occupazionale).

La debolezza di tale argomentazione emerge con chiarezza, per due ragioni fondamentali:

1. la prima ragione è che la domanda del giudice *a quo* rimane senza risposta: il problema di costituzionalità sollevato – va ribadito – non era quello relativo alla successione nel tempo delle diverse discipline legislative, ma quello della loro coesistenza nel medesimo tempo. Era un problema di pluralismo legislativo – come detto – sincronico, non diacronico. La Corte rifiuta persino di inquadrare come tale la questione, con il risultato di acconsentire, di fatto, alla violazione del principio di uguaglianza: permette, cioè, che soggetti che si trovano contestualmente nella stessa situazione siano trattati diversamente. Naturalmente non si sta qui sostenendo che il legislatore non possa riformare la legislazione vigente, lasciando che quella precedente esaurisca progressivamente i suoi effetti. Ma, altro è introdurre una riforma, altro è sottoporre un ramo dell'ordinamento a plurimi e continui interventi di modifica. È possibile che il giudice delle leggi non si ponga quantomeno il problema se vi sia un limite superato il quale la frammentazione legislativa diventa irragionevole? Superato il quale, cioè, l'ordinamento perde la sua stessa natura: diventa disordine, anziché ordine;
2. la seconda ragione, per la quale la sentenza pare criticabile

<sup>23</sup> Punto 6 del Considerato in diritto.

sotto il profilo del rispetto del principio di eguaglianza, riguarda il fatto che la scelta del legislatore è definita ragionevole sulla base di una mera dichiarazione dello stesso legislatore (la scelta sarebbe ragionevole – si legge nella sentenza – «poiché l'introduzione di tutele certe e più attenuate in caso di licenziamento illegittimo è diretta ad incentivare le assunzioni a tempo indeterminato»<sup>24</sup>). Anzi tutto, si potrebbe discutere la logicità di tale affermazione: se il contratto a tempo indeterminato è quello che assicura la tendenziale stabilità del rapporto di lavoro, va da sé che introdurre una maggiore libertà di licenziamento, e cioè rendere più instabile il rapporto di lavoro, risulta intrinsecamente contraddittorio con lo scopo dichiarato. Ma, anche a prescindere da tale considerazione, non si può non rilevare come la Corte, facendo propria la dichiarazione del legislatore, finisca con l'abdicare al proprio ruolo: una disposizione è ragionevole se la Corte la riconosce tale, non se il legislatore dichiara che lo è [...] <sup>25</sup> (non a caso, in situazioni analoghe la Corte non si è accontentata delle autoqualificazioni fornite dal legislatore, ma le ha sottoposte a verifica: per esempio, in materia di riparto delle competenze regionali è solita esaminare il contenuto della legge per verificare se effettivamente la disciplina concerne la materia che il legislatore dichiara di aver voluto disciplinare).

È evidente il nodo retrostante la posizione della Corte costituzionale sul punto. Se accolta, la censura mirante a eliminare la diseguaglianza legislativa sincronica era potenzialmente suscettibile di causare effetti dirompenti. Se fosse passata la tesi che le situazioni lavorative *sostanzialmente* uguali devono ricevere un trattamento uguale a prescindere dal dato

<sup>24</sup> Punto 6 del Considerato in diritto.

<sup>25</sup> Così anche S. Giubboni, *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., p. 5 del dattiloscritto. Per un'attenta critica all'utilizzo del canone della ragionevolezza nella sentenza in commento si legga, altresì, A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., pp. 342-345.

*formale* del momento della loro venuta in essere, la diversificazione contrattuale che oggi segna la condizione dei lavoratori sarebbe risultata ingiustificabile, se non in tutti, quanto meno nei suoi più significativi profili. Si potrebbe ritenere che, per questa via, si sarebbe aperta la prospettiva di una, tendenziale, riunificazione della disciplina del lavoro dipendente. Come a dire che saremmo stati di fronte a un evento uguale e contrario rispetto a quello rappresentato, a suo tempo, dall'approvazione del «pacchetto Treu». Certo, avrebbe potuto esserci il rischio di un livellamento verso il basso. Ma non va dimenticato che la Costituzione esprime un *favor* per il lavoratore dipendente e, soprattutto che c'è il precedente, fondamentale, del livellamento verso l'alto, in forza dell'art. 36 Cost., per i contratti individuali di lavoro contenenti una disciplina deteriore rispetto a quella dei CCNL.

Un'ultima considerazione su questo primo punto. Con la seconda delle censure di incostituzionalità relative all'art. 3 Cost., il giudice *a quo* contesta il diverso e più favorevole trattamento riservato a dirigenti (ai quali non si applicano le nuove regole sancite dal d.lgs. n. 23 del 2015) rispetto agli altri lavoratori dipendenti. La questione viene rapidamente risolta, dalla Corte costituzionale, nel senso della non fondatezza, grazie al richiamo dei numerosi precedenti che nel tempo hanno separato la categoria dirigenziale dalle altre categorie di prestatori di lavoro (anche se, sorprendentemente, la Corte sembra dimenticare che tale separazione era un tempo basata sul trattamento deteriore, non migliore, dei dirigenti). In un passaggio della sentenza si legge che «le due categorie [quella dei dirigenti e quella dei lavoratori dipendenti] non sono affatto omogenee ed i due rapporti di lavoro sono – quindi – nettamente differenziati». Se così è, *a contrario* se ne dovrebbe dedurre che la categoria dei lavoratori dipendenti è omogenea e, dunque, che i rapporti di lavoro al suo interno devono essere disciplinati in maniera uniforme, e non differenziata. Ma, s'è appena visto che, quando si tratta di affrontare questo problema, la Corte sostiene esattamente

il contrario...

### 3.2. *Un problema di bilanciamento*

Il secondo problema su cui soffermarsi ha a che fare con il bilanciamento degli interessi in gioco, al quale la Corte costituzionale fa riferimento nella parte della sentenza in cui riconosce l'illegittimità della disciplina impugnata in quanto non idonea a costituire un adeguato ristoro per il lavoratore e un adeguato deterrente per il datore di lavoro. Una illegittimità che deriva dalla lesione tanto dell'art. 3 Cost., quanto degli artt. 4, c. 1, e 35, c. 1, Cost.

In un primo passaggio dell'argomentazione, la sentenza afferma che l'«equilibrato componimento degli interessi in gioco» richiede di contemperare, dal lato del datore di lavoro, la libertà di organizzazione dell'impresa e, dal lato del lavoratore dipendente, la tutela contro il licenziamento illegittimo. Successivamente, in un secondo passaggio, si legge che, dal lato del lavoratore dipendente, a venire in gioco è anche l'interesse alla stabilità dell'occupazione<sup>26</sup> (mentre – si può supporre – dal lato datoriale è sempre la libertà di organizzazione dell'impresa a venire in evidenza).

Entrambi i passaggi possono suscitare perplessità, in particolare sotto tre prospettive.

In primo luogo, occorre considerare che la Corte costituzionale porta in bilanciamento un interesse – quello alla libertà di organizzazione dell'impresa – inteso in senso «pieno», come se la Costituzione lo sancisse in quanto tale. È ben noto a tutti, invece, che il riconoscimento di tale interesse è condizionato già nel testo della Carta fondamentale: l'art. 41

<sup>26</sup> In proposito, può forse essere utile ricordare che, nel corso della discussione costitutiva (seduta del 9 settembre 1946 della terza Sottocommissione della Commissione per la Costituzione), Amintore Fanfani propose un articolo così formulato: «Ogni cittadino ha il dovere di lavorare, ma ha pure il *diritto naturale a una continua occupazione*, sia pure liberamente scelta, secondo la vocazione personale» (corsivo aggiunto).

si compone, sì, di un primo comma per il quale «l'iniziativa economica privata e libera», ma a esso fanno seguito un secondo e un terzo comma, che vincolano l'iniziativa economica privata al rispetto dell'utilità sociale, nonché al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana. Dimenticare che l'interesse del datore di lavoro è riconosciuto dalla Costituzione in forma già «depotenziata», e trattarlo come se fosse proclamato nella sua pienezza, altera inevitabilmente l'esito del bilanciamento, squilibrandolo a favore del lato datoriale della bilancia.

In secondo luogo, va rilevato che un ordinamento dovrebbe considerare gli illeciti come se fossero comportamenti da sanzionare nell'interesse generale, assicurando, ogni qualvolta ciò sia possibile, la prevalenza della legge. Nel caso di specie la Corte dice, invece, che la reazione all'illecito è un interesse privato di colui che ne subisce le conseguenze negative e che tale interesse può essere depotenziato in esito al suo bilanciamento con un contrastante interesse altrui (interesse – si badi – che pretende di essere più intensamente realizzato proprio in virtù della violazione della legge...). Si tratta di un passaggio della sentenza difficilmente accettabile: il supremo garante della Costituzione sancisce che l'interesse al rispetto della legge (vale a dire, la reazione a una violazione della stessa) è una questione soggettiva e non completamente realizzabile, anziché essere una questione oggettiva e da realizzare nella sua pienezza. È davvero sorprendente.

In terzo luogo, è da considerare che, se a fronte dell'interesse datoriale alla libertà di organizzazione dell'impresa si pongono due diversi interessi del lavoratore (quello alla tutela contro il licenziamento illegittimo e quello alla stabilità dell'occupazione), i bilanciamenti da effettuare sono, anch'essi, due: e non è affatto detto che il loro esito debba essere il medesimo. La Corte evita di porsi il problema, limitandosi a richiamare i due interessi in rapida successione. Si potrebbe, tuttavia, quantomeno dubitare che una somma di denaro, in ipotesi idonea a compensare un'ingiustizia, possa

esserlo altresì ad assicurare la stabilità del posto di lavoro. Tanto più che – si potrebbe aggiungere per chiudere il cerchio con il primo dei problemi trattati – occorrerebbe dimostrare, data la pluralità delle discipline sul rapporto di lavoro, che il bilanciamento tra i diversi interessi in gioco può, contestualmente, essere soddisfatto dai molteplici punti di equilibrio che le diverse discipline realizzano. Di nuovo, è una questione che pare quantomeno legittimo porsi.

#### *4. Le due gambe della Repubblica: il lavoro e la democrazia*

Si può concludere riportando in primo piano il legame che, nella visione costituzionale, tiene insieme, come un'endiadi inscindibile, lavoro e democrazia. Per farlo, è difficile trovare parole più efficaci di quelle rivolte agli studenti milanesi da Piero Calamandrei nel 1956, poco prima di morire.

Disse Calamandrei: «Dare lavoro a tutti, dare una giusta retribuzione a tutti, dare la scuola a tutti, dare a tutti gli uomini dignità d'uomini. Soltanto quando questo sarà raggiunto si potrà veramente affermare che la formula contenuta nell'articolo 1: "L'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro", corrisponderà alla realtà. Perché fino a che non c'è questa possibilità per ogni uomo di lavorare e di studiare e di trarre con sicurezza dal proprio lavoro i mezzi per vivere da uomo, non solo la nostra Repubblica non si potrà chiamare fondata sul lavoro, ma non si potrà chiamare neanche democratica, perché una democrazia in cui non ci sia questa uguaglianza di fatto, è una democrazia puramente formale, non è una democrazia in cui tutti i cittadini veramente siano messi in grado di concorrere alla vita della società, di portare il loro miglior contributo, in cui tutte le forze spirituali di tutti i cittadini siano messe a contribuire a questo cammino, a questo progresso continuo di tutta la società. E allora voi capite da questo che la nostra Costituzione è in parte una realtà, ma soltanto in parte: in parte è ancora un programma, un impegno, un lavoro da compiere».

È stupefacente quanta verità vi sia in queste parole ancora oggi, a oltre sessant'anni di distanza dall'occasione in cui furono pronunciate.

La sentenza n. 194 del 2018  
della Corte costituzionale  
sul contratto a tutele crescenti  
*di Valerio Speciale\**

*1. La sentenza della Corte n. 194/2018:  
una decisione importante*

La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sul contratto a tutele crescenti, nella parte in cui prevede un meccanismo di adeguamento automatico del risarcimento del danno per il recesso ingiustificato determinato in misura fissa (due mesi) e correlato alla anzianità di servizio<sup>1</sup>. La sentenza si segnala per l'am-

\* Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Chieti e Pescara.

<sup>1</sup> Corte cost. 8.11.2018, n. 194, in *Dejure*, 1 ss. Per l'analisi della decisione cfr. A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in corso di pubblicazione in *Il libro dell'anno del diritto - 2019*, Treccani, Roma, 339 ss.; S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*.IT - 379/2018, 1 ss.; E. Balboni, *Il «diritto al lavoro» da principio fondamentale a diritto fondamentale: propaggine estrema del costituzionalismo ad impronta personale e sociale*, in *LavoroDirittiEuropa*, <https://www.lavorodirittieuropa.it>, 2018, 1 ss.; G. Zilio Grandi, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *LavoroDirittiEuropa*, in <https://www.lavorodirittieuropa.it>, 2018, 1 ss.; M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel «Jobs Act», e oltre*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*.IT - 378/2018; G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one*

piezza delle questioni analizzate e per la varietà delle argomentazioni utilizzate.

Il possibile contrasto con la Costituzione della nuova disciplina introdotta nel 2015 era stato ipotizzato in dottrina sia in relazione ad un potenziale eccesso di delega per violazione della l. n. 184/2014, sia per quanto attiene alla possibile non conformità del d.lgs. alla legge fondamentale e a norme di diritto europeo e internazionale<sup>2</sup>. Il Tribunale di Roma aveva accolto alcune delle possibili questioni di incostituzionalità che erano state prospettate, accogliendo una parte delle sollecitazioni provenienti dalla letteratura giuridica in materia. La Corte ha respinto molte delle possibili eccezioni, con argomentazioni a volte condivisibili, altre meno. Tra queste vi è la reiezione della possibile violazione dell'art. 3 della Costituzione in rapporto alla «irragionevole» differenza di disciplina tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015. E tra le varie pronunce di rigetto mi soffermerò soltanto su tale ultima questione, che ha una importanza assai rilevante.

Va detto, peraltro, che il mio giudizio sulla sentenza è positivo. E questo sia in base alle tecniche argomentative utilizzate, sia in relazione alla enunciazione di una serie di principi di elevato profilo giuridico, che saranno destinati a esercitare la loro influenza anche in futuro e non soltanto con riferimento alla disciplina dei licenziamenti. Mi soffermerò sull'analisi di tali questioni e sui criteri che la sentenza pone alla

step forward two step back, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*.IT - 382/2018, 1 ss.

<sup>2</sup> Per l'indicazione dei numerosi autori (tra cui chi scrive) rinvio a V. Speciale, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, II, 2017, 333, nt. 2 e a V. Speciale, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Atti del seminario Università degli Studi di Ferrara, in *Forum di Quaderni costituzionali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2018, 21 ss.

giurisprudenza che è chiamata a liquidare il danno in presenza di un licenziamento illegittimo.

## *2. La legittimità costituzionale della diversa disciplina tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015: critica*

Il Tribunale di Roma aveva affermato che un primo profilo di incostituzionalità per violazione dell'articolo 3 della legge fondamentale andava rinvenuto nella irragionevolezza di una disciplina che discrimina tra vecchi e nuovi assunti a prescindere dalla qualità della loro prestazione. Il giudice aveva in primo luogo rilevato che l'indennità aveva un contenuto eccessivamente esiguo e poneva, quindi, un problema di disparità di trattamento privo di giustificazione. Inoltre il Tribunale, per superare la giurisprudenza costituzionale sul «fluire del tempo» (di seguito esaminata), aveva rilevato che «la data di assunzione appare come un dato accidentale ed estrinseco a ciascun rapporto che in nulla è idoneo a differenziare un rapporto da un altro a parità di ogni altro profilo sostanziale».

I giudici delle leggi hanno ritenuto che la questione di costituzionalità sopra descritta non fosse fondata. La Corte ha richiamato la sua consolidata giurisprudenza secondo cui «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza, un trattamento differenziato applicato alla stessa fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, perché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»<sup>3</sup>. E, in tale ambito, prosegue la sentenza, compete alla «discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera di applicazione delle norme»<sup>4</sup>. La decisione, inoltre, ritiene che la «ragionevolezza» sia rinvenibile nello «scopo» della nuova normativa,

<sup>3</sup> Corte cost. 13.11.2014, n. 254, che parla di «costante giurisprudenza di questa Corte» e cita numerosi precedenti (*Dejure*, 6).

<sup>4</sup> La Corte cita la sentenza n. 10 del 2018, punto 7.1 del Considerato

consistente nel «rafforzare le opportunità di ingresso del mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione (alinea dell'art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014)». Pertanto «il regime temporale di applicazione del d.lgs. n. 23 si rivela coerente con tale scopo», in quanto la riduzione di tutele in materia di licenziamento «è diretta ad incentivare le assunzioni a tempo indeterminato» ed è quindi «ragionevole» «limitare l'applicazione delle stesse tutele ai soli lavoratori assunti a decorrere dalla loro entrata in vigore». D'altra parte, a fronte di tale differenziazione, «non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può avere conseguito»<sup>5</sup>.

Una prima considerazione critica è che non sono state ritenute fondate le riflessioni di un parte della dottrina, che ha sottolineato come la differenza di disciplina in tempi diversi presuppone comunque una diversità nelle situazioni di fatto concretamente regolate, certamente non coincidente con il momento di costituzione del rapporto. Inoltre, la decisione si pone in contrasto con la stessa giurisprudenza della Corte che, in materia di licenziamenti, ha giustificato trattamenti normativi differenziati in base a ragioni sostanziali (dimensioni dell'impresa e costi del regime sanzionatorio; caratteristiche dei lavoratori coinvolti, come i dirigenti; elemento fiduciario)<sup>6</sup>. La data di assunzione, invece, è un fattore esclusivamente temporale che non incide minimamente sulla sostanziale omogeneità delle situazioni. Infatti, i dipendenti sono in tutto e per tutto uguali dal punto di vista della professionalità, del ruolo svolto all'interno dell'impresa, del tipo di organizzazione produttiva in cui vengono a lavorare e così

in diritto, che contiene altri precedenti analoghi (Corte cost. n. 194/2018, cit., 13).

<sup>5</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 13.

<sup>6</sup> Rinvio, per la citazione di tali sentenze, a V. Speciale, *Il problema della legittimità costituzionale*, cit., 30, nt. 33 e 34. Si veda anche l'analisi approfondita di G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015*, cit., 13 ss.

via. Ed è proprio tale omogeneità ad imporre, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, un trattamento non differenziato<sup>7</sup>.

D'altra parte avevo già osservato che la giurisprudenza costituzionale sul «fluire del tempo» si riferisce a normative che introducono una diversa regolazione in rapporto a fatti situati in tempi diversi. Al contrario nel nostro caso vi è la *coesistenza* nel medesimo momento di discipline radicalmente differenti e riferite a fattispecie identiche che si verificano nello stesso segmento temporale. In sostanza si è al di fuori della normale successione nel tempo di leggi che regolano la stessa fattispecie<sup>8</sup>. Inoltre, gli stessi precedenti citati dalla sentenza n. 194/2018 non «consentono di dedurre quanto dalla Corte invece rilevato sul punto della ragionevolezza della distinzione di trattamento per il “fluire del tempo”»<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Infatti, la Corte esclude trattamenti diversi quando «la sostanziale omogeneità delle relative situazioni afferenti ai lavoratori comuni ed a quelli [esclusi] impone l'uniformità delle discipline, nella mancanza di fondate ragioni per differenziarle»: Corte cost. n. 96 del 1987. Cfr., su tale decisione, le osservazioni di G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015*, cit., 19.

<sup>8</sup> V. Speciale, *La questione di legittimità costituzionale*, cit., 337, con l'analisi di alcune decisioni della Corte in materia e con ulteriori indicazioni bibliografiche di autori favorevoli a questa tesi, oggi ripresa anche da A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 343; S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore*, cit., 7 e nt. 18; CGIL, *Il licenziamento nel contratto a tutele crescenti: la sentenza n. 194/18 della Corte costituzionale*, *Commento dell'Ufficio giuridico confederale*, 2018, [http://www.cgil.it/admin\\_nv47t8g34/wp-content/uploads/2018/11/Commento\\_sent\\_n.194-18\\_Corte\\_Cost.pdf](http://www.cgil.it/admin_nv47t8g34/wp-content/uploads/2018/11/Commento_sent_n.194-18_Corte_Cost.pdf). Tra l'altro, il fenomeno abrogativo determina lo stesso effetto anche nei rapporti di durata. Un contratto di locazione disciplinato dalla vecchia legge verrà ad essere integrato dalla nuova normativa dal momento della sua emanazione, salvo disposizioni transitorie o la previsione della retroattività degli effetti delle nuove disposizioni. Con la conseguenza che – a meno che non vi siano espresse previsioni di segno diverso – ciascun *corpus* regolativo sarà riferito a tempi diversi e non si verificherà il fenomeno, esistente nel nostro caso, della *contemporanea* esistenza di norme relative a casi uguali.

<sup>9</sup> G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015*, cit., 11 ss., con analisi di tali decisioni.

Vi sono poi ulteriori elementi di criticità. La Corte afferma che uno «scopo» legittimo (l'aumento dell'occupazione) è di per sé tale da giustificare la diversità della disciplina successiva. Mentre il raggiungimento di tale obiettivo non rileva, in quanto non valutabile dai giudici costituzionali. Tuttavia è difficile ritenere che una nuova legge che regoli la stessa materia non persegua uno «scopo» che serva a giustificare il diverso trattamento rispetto al passato. Tale ulteriore finalità deve però essere «ragionevole». E tale «ragionevolezza» non può coincidere con la semplice enunciazione di una differente esigenza regolativa. In realtà occorre verificare se lo «scopo» sia ragionevole per la sussistenza di motivi *diversi* dalla mera volontà di mirare, con la nuova disciplina, ad un obiettivo ulteriore.

La Corte ha enucleato una serie di test di ragionevolezza, in relazione, innanzitutto, al confronto con altre normative della stessa materia (*tertium comparationis*), con un giudizio su coerenza e razionalità delle differenze nelle diverse discipline. Vi è poi un secondo controllo, che «prescinde da raffronti con termini di paragone» «per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavati dalla tavola costituzionale o al bilanciamento degli stessi»<sup>10</sup> ed in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità (e) coerenza delle disposizioni»<sup>11</sup>. Questi parametri richiedono anche la «non manifesta inidoneità degli strumenti predisposti per conseguire un determinato risultato»<sup>12</sup>. E tale analisi deve essere effettuata sia con riferimento al momento di

<sup>10</sup> P. Casavola, *La giustizia costituzionale nel 1994*, in *www.cortecostituzionale.it*, Documentazione, relazioni annuali, 1995, 10; A. Celotto, *Art. 3, 1° c. Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino 2006, 77.

<sup>11</sup> Corte costituzionale 2009, 1. La Corte, nella relazione indicata, cita numerosissime sentenze che confermano tali principi (ribaditi da Corte cost. n. 192/2016).

<sup>12</sup> Corte costituzionale 2009, 1. In tempi più recenti il principio è stato ribadito dalle sentenze della Corte costituzionale n. 10 e 63 del 2016 e n.

emanazione della legge, sia in rapporto al tempo in cui viene presa in considerazione la questione di costituzionalità.

In una valutazione *ex ante* riferita alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, è la stessa Corte costituzionale ad affermare che l'indennità prevista dall'art. 3, c. 1, non è adeguata sotto il profilo risarcitorio e priva di una reale funzione dissuasiva<sup>13</sup>. Non vi è dubbio, dunque, che la finalità di incrementare l'occupazione sia stata realizzata con una riduzione dello standard normativo così radicale da determinare esclusivamente la considerazione del fine occupazionale a totale detrimento della tutela della «stabilità» del lavoro, che, pur non imponendo la reintegrazione, richiede solide garanzie contro il licenziamento. In questo caso è mancato qualsiasi bilanciamento tra art. 4 Cost., con l'obbligo a carico dello Stato di promuovere l'occupazione, e tutela contro il recesso ingiustificato, che il giudice delle leggi ha ribadito avere un riconoscimento nella Costituzione con questa disposizione ed in altre norme della legge fondamentale (art. 35, art. 41, c. 2)<sup>14</sup>.

Inoltre la Corte ha ommesso di effettuare un controllo «a valle» di «ragionevolezza», per valutare – al tempo in cui il giudizio di costituzionalità è stato compiuto – la «efficienza strumentale della norma»<sup>15</sup>. In questo caso occorre, ancora una volta, verificare la «congruità dei mezzi rispetto ai fini», in coerenza con quanto affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale. E tale controllo richiedeva «l'impiego di dati extra-normativi, quali le conoscenze tecnico-scientifiche, i

241 del 2017 (con ulteriori riferimenti di altre decisioni di analogo contenuto). In senso analogo A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 343 ss.; S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore*, cit., 7; G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015*, cit., 7 ss.

<sup>13</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 16 ss.

<sup>14</sup> Tale orientamento è stato confermato da Corte cost. n. 194/2018 (v. *infra*).

<sup>15</sup> A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 344.

modelli statistici e i riscontri di tipo fattuale»<sup>16</sup>. Pertanto, l'obiettivo di incrementare l'occupazione – la cui genericità è tale comunque da legittimare «qualunque deregolazione delle tutele»<sup>17</sup> – avrebbe dovuto essere valutato in relazione agli aspetti sopra delineati.

Tuttavia è noto che vi è la difficoltà, sul piano empirico e scientifico, di dimostrare una positiva correlazione tra riduzione della *job employment protection* ed aumento dei livelli occupazionali<sup>18</sup>. Inoltre, l'esperienza applicativa del contratto a tutele crescenti è molto significativa. Ad oltre tre anni dall'entrata in vigore della legge, i risultati sperati – aumento delle occupazioni stabili – non si sono verificati. Infatti, esauriti gli effetti degli sgravi contributivi connessi alle assunzioni a tempo indeterminato, si è assistito alla utilizzazione in misura preponderante dei contratti a termine (nonostante il loro maggiore costo contributivo). A riprova di come la drastica riduzione in materia di tutele nei licenziamenti non ha

<sup>16</sup> A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 344, che, oltre a riferirsi alle sentenze citate, rinvia a G. Scaccia, *Gli strumenti di ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000, 4 ss., 189 ss., 220 ss.

<sup>17</sup> C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Gragnoli E. (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, V, Wolters Kluwer - Cedam 2017, 1036.

<sup>18</sup> Su tali aspetti mi permetto di rinviare a V. Speciale, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in RIDL, I, 2012, 321 ss.; Id., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari 2013, 305 ss.; Id., *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona». IT, 233/2014, 15 ss. In tal senso anche A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 345 ss.; G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015*, cit., 4 ss. Si rinvia anche a CGIL, *Il licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, cit., 10 ss., con le recenti considerazioni espresse dal Fondo monetario internazionale nel suo *World Economic Outlook 2006*, secondo il quale «le riforme che rendono più agevole il licenziamento dei lavoratori a tempo indeterminato non hanno mediamente effetti statisticamente significativi sull'occupazione e sulle altre variabili macroeconomiche» (115-116).

prodotto i risultati sperati. Questa situazione mette in discussione la stessa finalità della legge e la razionalità della riforma peggiorativa introdotta. Con la conseguenza che «il test di ragionevolezza avrebbe fornito un risultato negativo sia sotto il profilo della congruenza e adeguatezza causale, sia sotto quello della proporzionalità»<sup>19</sup>.

La interpretazione della Corte su tale aspetto è dunque criticabile alla luce delle osservazioni svolte e della stessa giurisprudenza in materia dei giudici delle leggi.

### *3. La sentenza n. 194 del 2018 e il valore del lavoro nella Costituzione*

Il Tribunale di Roma, nell'affermare la illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 23/2015, aveva sottolineato come gli artt. 4 e 35 Cost. attribuiscono al lavoro la funzione di realizzare la personalità umana e di strumento di emancipazione sociale ed economica. Mi sembra indiscutibile che, in tal modo, si sia adottata una lettura della legge fondamentale che si ispira al «principio lavoristico» espresso da Costantino Mortati e fatto proprio dalla prevalente dottrina giuspubblicista. Tale interpretazione affida un ruolo fondamentale ai numerosi riferimenti normativi dedicati al lavoro e al loro rilievo quali principi fondamentali e disposizioni essenziali nell'ambito dei «rapporti economici»<sup>20</sup>. Nella Costituzione il lavoro non è un «mero strumento per il conseguimento dei mezzi di sussistenza, (ma un) tramite necessario per l'affermazione della personalità» del lavoratore<sup>21</sup>. Inoltre, ai sensi del c. 2 dell'art.

<sup>19</sup> A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 345. In tal senso anche G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015*, cit., 5 ss. e 8 ss.

<sup>20</sup> M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2008, 4 ss. Su tali aspetti cfr. E. Balboni, *Il «diritto al lavoro»*, cit., 4 ss. e i numerosi autori da me citati in V. Speciale, *Il problema della legittimità costituzionale*, 33 ss. (nt. 50 ss.)

<sup>21</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1991, 157.

3, esso è parte di «un processo permanentemente aperto di *emancipazione* e di *socializzazione* dei consociati, che per ciò solo lo rende *irriducibile alla sua mera dimensione economica*»<sup>22</sup>. L'assoluta centralità assiologica del lavoro nella Costituzione trova conferma innanzitutto nell'art. 4 che, pur non garantendo un posto a ciascun cittadino, né il diritto alla sua conservazione, svolge la plurima funzione di diritto di libertà allo svolgimento di un'attività lavorativa e di diritto sociale nei confronti dei pubblici poteri, obbligati a creare le condizioni per l'occupazione di qualità. D'altra parte, gli artt. 35 e ss. introducono un incisivo programma di tutele e attribuiscono al lavoratore posizioni soggettive in tema di retribuzione, formazione ed elevazione professionale, mobilità e lavoro all'estero, tempo di lavoro, eguaglianza tra generi, tutela della madre, del bambino, del disabile, protezione contro la disoccupazione, legittimazione del contropotere sindacale (anche in azienda), diritto di sciopero ecc.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 194/2018, aderisce espressamente a tale interpretazione. La pronuncia, infatti, riafferma quanto già sostenuto con la decisione n. 45/1965, e qualifica il diritto al lavoro come «fondamentale diritto della persona umana». Sostiene, poi, che «il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele». Ribadisce, ancora, il «particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35)», che ha lo scopo di «realizzare un

In senso analogo M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, cit., 8.

<sup>22</sup> M. Benvenuti, *Lavoro (principio costituzionale del)*, EGT, XVIII, Istituto della enciclopedia italiana, Roma 2009, 4. Cfr. anche E. Balboni, *Il «diritto al lavoro»*, cit., 4 ss. e M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in RGL, 3, *Supplemento*, 1999, 23. Ho approfondito il tema in V. Speciale, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *Quaderni DLM*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, § 3, testo e nt. 54 ss. (con ulteriori riferimenti bibliografici).

pieno sviluppo della personalità umana (sentenza n. 163 del 1983, punto 6, del *Considerando in diritto*)<sup>23</sup>. I giudici delle leggi richiamano principi già espressi in precedenza dalla stessa Corte e, pur senza dirlo espressamente, si collegano alle proprie sentenze che, con riferimento al lavoro subordinato, hanno individuato nella Costituzione «principi», «garanzie», «diritti» «sottratti alla disponibilità delle parti», con la conseguenza che neanche il legislatore ne può disporre negando la qualificazione di lavoro subordinato<sup>24</sup>. Queste decisioni, dunque, sottolineano il carattere speciale della tutela del lavoro, che costituisce un valore talmente forte da condizionare anche la discrezionalità politica del legislatore.

L'interpretazione della Corte è estremamente importante in quanto riafferma un nucleo assiologico che era stato recentemente contestato da un indirizzo dottrinario definito come «revisionista»<sup>25</sup>. Esso individua «nel «principio lavorista» un corollario della libertà dell'individuo, da esplicarsi, nel caso specifico, nei rapporti economici» e dal quale «non emerge, in particolare, alcun progetto implicito di affermazione del lavoro dipendente, in quanto tale, o di una sua specifica affrancazione a scapito di altre forme di lavoro o di attività socialmente utili»<sup>26</sup>. Oppure si è sostenuto che la Costituzione italiana in materia di lavoro è «un testo eminentemente contraddittorio» che consentirebbe soluzioni legislative di qualsiasi tipo<sup>27</sup>. In tempi più recenti si è inoltre affermato che «il contenuto degli articoli 4 e 35 della Costituzione

<sup>23</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 14, 15 e 17.

<sup>24</sup> Corte cost. n. 31.3.1994, n. 115, *Dejure*, 6, a conferma di quanto già affermato da Corte cost. n. 121/1993. Tale principio è stato di recente ribadito da Corte cost. 7.5.2015, n. 76, *Dejure*, 7.

<sup>25</sup> I. Massa Pinto, *Costituzione e lavoro: totem e tabù*, in *Costituzionalismo.it*, 3, in <http://www.costituzionalismo.it>, 2012, 3.

<sup>26</sup> G. Di Gaspare, *Il lavoro quale fondamento nella Repubblica*, in *DP*, 2008, 863 ss.

<sup>27</sup> G.U. Rescigno, *Lavoro e Costituzione*, in *DP*, 2009, 21 ss., 47, 50, 53-54; Id., *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, in

che impongono alla Repubblica il compito di rendere effettivo il diritto al lavoro trova la sua declinazione legislativa in un quadro normativo che tutela la posizione del lavoratore nel mercato del lavoro piuttosto che nel singolo rapporto di lavoro»<sup>28</sup>. E, in questo caso, la riduzione dei diritti nel contratto di lavoro esprimerebbe la moderna declinazione dell'art. 3, c. 2, Cost., in quanto funzionale a favorire «la partecipazione di *tutti* i lavoratori, compresi quelli in attesa di occupazione»<sup>29</sup>.

Ho già criticato quest'ultima lettura dei principi costituzionali, fondata su presupposti discutibili (la correlazione tra minori tutele nei licenziamenti e crescita dell'occupazione) e che trascura disposizioni fondamentali della Costituzione connesse alla costituzione e gestione del contratto di lavoro (si pensi solo al «diritto vivente» pluridecennale sulla retribuzione sufficiente)<sup>30</sup>. Qui ora preme rilevare come sia stata la stessa Corte costituzionale a negare legittimità a questa interpretazione. Essa, ispirata agli orientamenti europei in materia di *flexicurity* e alla stessa lettura in chiave di *Law & Economics* del diritto del lavoro, è espressione di un «processo di rivisitazione critica, mobilitata dalle frange più potenti di quel motore del cambiamento anche valoriale che prende il nome di globalizzazione economica, e del conseguente predominio di una logica di “mercato globale”»<sup>31</sup>. Tuttavia tale revisione critica deve fare i conti con un sistema costituzionale che non è mutato nelle disposizioni che lo compongono e, come si è visto, nelle stesse interpretazioni dei giudici costituzionali,

E. Ghera, A. Pace (a cura di), *L'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, Napoli 2009, 105.

<sup>28</sup> M. Cavino, *Il contratto a tutele crescenti al vaglio della Corte costituzionale*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, Atti del seminario Università degli Studi di Ferrara, in *Forum di Quaderni costituzionali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2018, 10.

<sup>29</sup> M. Cavino, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., 11.

<sup>30</sup> V. Speciale, *Il problema della legittimità costituzionale*, cit., 36 ss.

<sup>31</sup> A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 347.

che trovano nella decisione n. 194/2018 una recente ed assai approfondita conferma. Il che, tra l'altro, è coerente con un quadro di fonti europee ed internazionali, tra cui le Carte dei diritti, una delle quali, come vedremo, è stata fortemente valorizzata dalla Corte stessa (§ 5). E, anche nell'ambito dell'Unione europea, che non è indifferente alle esigenze economiche dei sistemi giuridici del lavoro<sup>32</sup>, sono gli stessi trattati ad enfatizzare i diritti fondamentali del lavoratore<sup>33</sup>.

La visione del lavoro espressa dalla Corte ha riflessi importanti che si proiettano oltre la disciplina dei licenziamenti individuali. È sufficiente sottolinearne solo alcuni. Il primo è il rifiuto di una declinazione dei principi costituzionali in chiave *esclusivamente* economica, con un approccio tutto improntato in termini di «efficienza» e di analisi «costi/benefici». In sostanza la Corte rifiuta una lettura piegata agli assiomi della *Law & Economics*, capace, con il suo «nichilismo giuridico» di ignorare i valori sociali a tutela del lavoro<sup>34</sup>. È vero che la sentenza n. 194/2018 considera l'obiettivo di crescita dell'occupazione quale elemento giustificativo di una diversa disciplina in materia di licenziamenti (§ 2). Tuttavia si tratta di un fattore che, se può giustificare una diversa regolazione giuridica da parte del legislatore, è sempre soggetto a un controllo intrinseco di razionalità e non è *di per sé* elemento sufficiente a legittimare la costituzionalità della normativa. E la Corte fonda tale conclusione in base alla tutela costituzionale del lavoro e a principi diversi dagli obiettivi macroeconomici o dai parametri dell'efficienza e competitività del datore di lavoro (§ 4 ss.).

Un'altra conseguenza della sentenza è il rifiuto di una interpretazione della legge fondamentale che consenta di porre

<sup>32</sup> Il riferimento è all'art. 151, comma 2, del TfUE, che prevede la «necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione».

<sup>33</sup> A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 347. Ho approfondito tali aspetti in V. Speciale, *La mutazione genetica*, cit., 33 ss.

<sup>34</sup> A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 346.

in alternativa tutela nel contratto di lavoro e tutela nel mercato del lavoro, con la possibilità di una drastica riduzione della prima a favore della seconda. Questa lettura, infatti, esprime una visione non coerente con quanto previsto dalla Costituzione. Le garanzie sul mercato del lavoro – in relazione, ad es., al sostegno al reddito in caso di disoccupazione e di riqualificazione professionale – sono certamente tra gli scopi perseguiti dalla legge fondamentale (art. 38, c. 2; art. 35, c. 2). Ma esse si affiancano, senza, escluderle, a quelle che sono appunto finalizzate a garantire i diritti fondamentali «nel contratto» in precedenza analizzati. In questo caso la Corte esprime argomenti che richiamano la tesi secondo cui l'impegno dello Stato a promuovere l'occupazione ai sensi dell'art. 4 – quale diritto sociale – non consente di favorire politiche che subordinino la creazione di posti di lavoro alla perdita dei diritti fondamentali di origine costituzionale. Infatti, «nella prospettiva costituzionale [...] l'efficienza economica non è mai uno scopo, ma è solo un mezzo. Ed è anche e soprattutto la *qualità* del lavoro (non solo per i suoi contenuti ma anche per le sue modalità organizzative) che conta»<sup>35</sup>.

#### *4. La tutela economica nei licenziamenti individuali e la possibile lesione di diritti costituzionali a protezione del lavoro*

La sentenza n. 194/2018 afferma principi di grande rilievo anche in relazione alle regole in tema di recesso del datore di lavoro.

Alcune statuizioni sono in continuità con gli orientamenti già espressi dalla Corte. Si ribadisce, infatti, che gli artt. 4 e 35 Cost. vietano il recesso *ad nutum* senza una «necessaria giustificazione». Mentre, dal punto di vista del regime sanzionatorio, si riafferma che la reintegrazione non ha fondamento costituzionale, in quanto il legislatore può, nell'esercizio della sua discrezionalità, «prevedere un meccanismo di

<sup>35</sup> M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, cit., 8.

tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011), purché tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza»<sup>36</sup>.

Tuttavia la sentenza si segnala per alcune importanti asserzioni. In primo luogo si sottolinea che «l’affermazione sempre più netta del “diritto al lavoro” (art. 4, primo comma, Cost.) affiancata alla «tutela» del lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni” (art. 35, primo comma, Cost.) si sostanzia nel riconoscere, tra l’altro, che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro»<sup>37</sup>. Si potrebbe ritenere che si tratti di una considerazione ovvia, perché lo «squilibrio di potere» giuridico ed economico è un connotato indiscutibile di un contratto che, non a caso, prevede la «subordinazione» di un soggetto ad un altro. Tuttavia, come è noto, il «disequilibrio di fatto» è da tempo oggetto di revisioni critiche, in considerazione di una presunta ritrovata piena capacità contrattuale del lavoratore, la cui volontà non dovrebbe essere compressa da norme inderogabili ma dovrebbe potersi esplicare in modo più libero. Non posso in questa sede affrontare un tema di questa complessità. Rilevo solo che la Corte costituzionale si muove in una logica opposta a quella indicata e, con una visione a mio modo di vedere assai più vicina alla realtà del mondo del lavoro, ritiene che la subordinazione sia ancora connotata da asimmetrie di potere tra i soggetti del contratto<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 14-15. Per la ricostruzione degli orientamenti della Corte in materia di licenziamenti rinvio a V. Speciale, *Il problema della legittimità costituzionale*, cit., 38 ss. e alle citazioni ivi contenute.

<sup>37</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 15.

<sup>38</sup> Si vedano le interessanti osservazioni di R. Del Punta, *Labour Law and the Capability Approach*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 32, 4, 2016, 383 ss. L’a., pur nell’ambito di un approccio innovativo diretto a valorizzare le *capabilities* dei lavoratori, sottolinea come lo squilibrio di potere all’interno del contratto di lavoro sia ancora una realtà da prendere in considerazione.

La sentenza, peraltro, si segnala per altre ragioni. Il meccanismo di adeguamento automatico dell'indennità risarcitoria prevista dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015, collegato all'anzianità di servizio, non garantisce al lavoratore una tutela economica adeguata sia dal punto di vista quantitativo sia in relazione alla sua capacità dissuasiva. Tali aspetti saranno esaminati successivamente. Qui preme rilevare come, a giudizio della Corte, «una siffatta tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione non può ritenersi rispettosa degli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost., che tale interesse, appunto, proteggono», in considerazione «del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro [...] per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana». E, in tal modo, non si «realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro»<sup>39</sup>. Si tratta di una assoluta novità. In precedenza la Corte non si era mai espressa sull'entità del risarcimento per valutarne la sua adeguatezza o meno ai sensi delle norme costituzionali che impongono una protezione contro i licenziamenti. Oggi, invece, si afferma un nuovo principio. La libertà del legislatore, che è piena per quanto riguarda l'opzione tra tutela per equivalente o ripristinatoria, è viceversa «condizionata» nella individuazione dell'ammontare del risarcimento del danno che, se non ha una certa consistenza, si pone in contrasto con la Costituzione (artt. 4 e 35). D'altra parte, il divieto di recesso *ad nutum* e la tutela della «continuità del lavoro»<sup>40</sup> impongono, a mio giudizio, che l'indennità risarcitoria deve avere un contenuto tale da determinare una *evidente discontinuità* con la disciplina del licenziamento ai sensi dell'art. 2118 c.c., in contrasto con

<sup>39</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 17.

<sup>40</sup> Sono parole di Corte cost. n. 45/1965, richiamate espressamente da Corte cost. n. 194/2018, 15.

l'assetto dei valori costituzionali messi in evidenza dalla giurisprudenza della Corte<sup>41</sup>.

Inoltre il «bilanciamento» tra libertà d'impresa e tutela contro il licenziamento ingiustificato esclude la legittimità costituzionale di discipline legislative nelle quali l'entità del risarcimento spettante al lavoratore sia commisurata *esclusivamente* al costo subito dall'impresa in conseguenza del recesso. Non è in discussione, ovviamente, la possibilità di legare a fattori economici la possibilità del recesso, in coerenza con quanto previsto dall'art. 3 della l. n. 604/1966 e da altri ordinamenti giuridici europei<sup>42</sup>. Tuttavia il *firing cost* deve tenere conto *anche* dell'interesse alla stabilità dell'occupazione nell'ambito dei profili personalistici a cui è preordinata la tutela costituzionale del lavoro. In tale ambito, non mi sembra, ad esempio, che sia compatibile con quanto affermato dalla Corte l'autorevole opinione secondo cui la legittimità del licenziamento economico è subordinata alla «perdita attesa» dall'impresa (intesa come «differenza tra l'insieme di tutti i costi e l'insieme di tutte le utilità» prevedibilmente derivanti dalla prosecuzione del rapporto di lavoro) nei limiti in cui essa sia «superiore a una determinata soglia»<sup>43</sup>. Questa interpretazione, che ha un sicuro fondamento economico, non effettua alcun bilanciamento con la tutela del lavoro o, comunque, ritiene assolutamente preponderanti le ragioni produttive dell'impresa senza una adeguata considerazione degli interessi, anche non economici, garantiti al lavoratore dalla Costituzione. In linea generale mi sembra si possa affermare

<sup>41</sup> Sul *quantum* del risarcimento v. *infra* § 6. Rinvio a V. Speciale, *Il problema della legittimità costituzionale*, cit., 40 ss. dove ho approfondito questi temi, anche con l'analisi dell'ammontare delle indennità di preavviso previste in numerosi CCNL.

<sup>42</sup> Per una recente disamina di tali normative cfr. R. De Luca Tamajo, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in A. Perulli (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino 2017, 19 ss., qui 24-25; AA.VV., *La disciplina dei licenziamenti in Europa: ricognizioni e confronto*, Franco Angeli, Milano 2014.

<sup>43</sup> P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Giuffrè, Milano 2003, 436-437.

che la Corte, anche in relazione al recesso del datore di lavoro, confermi una lettura della Costituzione che si distacca nettamente dall'approccio di *Law & Economics*, in parte utilizzato anche dal Tribunale di Roma nella propria ordinanza di rimessione<sup>44</sup>.

La Corte, infine, sottolinea come una adeguata tutela contro i licenziamenti ingiustificati sia strumentale all'esercizio di diritti fondamentali «di libertà sindacale politica e religiosa», in coerenza con gli orientamenti espressi già in precedenza (Corte cost. n. 45/1965) e alla stessa opportunità di non far decorrere la prescrizione in costanza di rapporto di lavoro, perché il timore della interruzione del contratto «spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti»<sup>45</sup>. La sentenza aderisce dunque all'interpretazione secondo la quale la disciplina in materia di licenziamenti riveste un rilievo particolare, perché una tutela adeguata è strumentale alla «agibilità» di altri diritti fondamentali, tra i quali, oltre a quelli elencati dalla decisione, vanno evidenziati: retribuzione, professionalità, *privacy*, sicurezza ecc.<sup>46</sup> L'approccio prescelto dai giudici delle leggi ha una importanza fondamentale. Nel definire l'ammontare del danno bisognerà tenere conto anche di questo profilo, in base al quale le tutele in materia di recesso sono una vera e propria «norma di chiusura» del Diritto del lavoro in rapporto a diritti essenziali a fondamento costituzionale.

<sup>44</sup> In tal senso A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 345 ss. Sul «contenuto assicurativo» del rapporto di lavoro e il *firing cost* rinvio alle mie osservazioni (V. Speciale, *La questione di legittimità costituzionale*, cit., 343-344) e a quelle di A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 342.

<sup>45</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 17, che riprende quanto affermato da Corte cost. nn. 45/1965 e 63/1966.

<sup>46</sup> Avevo sottolineato questi aspetti già in V. Speciale, *La riforma del licenziamento*, cit., 535; Id., *Il licenziamento per giusta causa*, cit., 320; Id., *Il problema della legittimità costituzionale*, cit., 42 ss. Cfr. anche A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 347 e M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018*, cit., 20-21.

5. I profili di illegittimità costituzionale  
dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015

La Corte censura l'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 nella parte in cui prevede che il risarcimento del danno venga predeterminato in base ad un «criterio rigido e automatico, basato sull'anzianità di servizio». Non viene esaminato il problema del «*quantum* della soglia minima e massima entro cui può essere stabilita l'indennità»<sup>47</sup>. Tale questione, infatti, non sarebbe stata sollevata dal Tribunale di Roma ed esulerebbe, quindi, dal *petitum*, perché non è possibile ampliare il giudizio di costituzionalità a questioni o censure che non siano state fatte proprie dal giudice *a quo*<sup>48</sup>. In verità la lettura della ordinanza di rinvio non consente di arrivare a tale conclusione. Essa, infatti, censura in linea generale il carattere «irrisorio» della indennità e non solo il meccanismo di adeguamento automatico connesso all'anzianità di servizio. Con la conseguenza che, quantomeno in relazione al minimo di 4 o 6 mesi, la Corte avrebbe certamente potuto esaminare tale aspetto che rientrava tra i «motivi» espressi dal Tribunale<sup>49</sup>. Il che non esclude, peraltro, che, alla luce degli stessi criteri enucleati dalla sentenza, non sia possibile valutare se e in che misura il minimo risarcitorio di 6 mesi previsto dal d.lgs. n. 23/2015 sia «adeguato» (§ 6).

<sup>47</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 10.

<sup>48</sup> Ho esaminato il problema del *petitum* nel giudizio dinanzi alla Corte in V. Speciale, *Il problema della legittimità costituzionale*, cit., 22 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>49</sup> In senso analogo M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018*, cit., 5, con particolare riferimento all'art. 24 della Carta sociale europea. Infatti, nel contesto dei «motivi» che sono stati adottati e delle «disposizioni evocate», la Corte può «sempre argomentare come ritiene più corretto e il suo è, in quell'ambito, un giudizio pieno che non si riduce puramente ad un controllo sui buoni o cattivi argomenti impiegati dal giudice *a quo* nel prospettare la questione». In sostanza non è «un controllo su un giudizio già fatto da altri, ma un giudizio da farsi in proprio» (G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, II, Il Mulino, Bologna 2018, 129).

La decisione rileva che la disposizione del decreto legislativo viola l'art. 3 Cost. per la «indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse». Il legislatore ha «sempre valorizzato la molteplicità dei fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento», come dimostrano l'art. 8 della l. n. 604/1966 e l'art. 18, c. 5, della l. n. 300/1970. Mentre l'anzianità di servizio «certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti» parametri utilizzabili. E proprio questa pluralità di fattori impone che, nel definire la tutela risarcitoria entro i limiti minimo e massimo previsti dalla legge, devono «essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice». Tale discrezionalità, infatti, risponde «all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pur essa imposta dal principio di eguaglianza»<sup>50</sup>.

La sentenza sottolinea poi come il risarcimento del danno previsto dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2005 abbia sia una funzione compensativa del pregiudizio subito dal lavoratore in conseguenza del licenziamento ingiustificato, sia un ruolo dissuasivo, perché scoraggia il datore di lavoro «dall'intento di licenziare senza valida giustificazione»<sup>51</sup>. La Corte, tuttavia, ritiene che l'ammontare dell'indennità sia inadeguato sotto il profilo del «ristoro del pregiudizio subito» e in relazione alla sua capacità di «dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente». In tal modo si viola l'art. 3 Cost. per «irragionevolezza». Se è vero, infatti, che «la regola generale della integralità della riparazione» del pregiudizio subito «non ha

<sup>50</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 16.

<sup>51</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 17. Si è sostenuto che la Corte attribuirebbe all'indennità prioritariamente un carattere risarcitorio (M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018*, cit., 12 ss.). In realtà la lettura della decisione non mi sembra consenta tale conclusione. Al contrario la Corte pone la funzione compensativa e quella dissuasiva sullo stesso piano e lo afferma in più passaggi della motivazione.

copertura costituzionale», tuttavia deve sempre essere garantita «l'adeguatezza del risarcimento». E, nel caso di somme definite in via forfettaria, il risarcimento deve essere tale «da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto». L'indennità prevista dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 non ha tali caratteristiche, «soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata». Inoltre, l'esiguità delle somme previste non realizza neanche un efficace effetto dissuasivo. Per entrambe queste ragioni vi è una compressione eccessiva dell'«interesse del lavoratore» a non essere ingiustamente licenziato, con un non «equilibrato componimento degli interessi in gioco»<sup>52</sup>.

I giudici costituzionali, infine, rilevano che l'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 viola l'art. 24 della Carta sociale europea (CSE), nella misura in cui questa disposizione riconosce al lavoratore illegittimamente licenziato il diritto «ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione». La Corte parte dalla sua recente sentenza n. 120 del 2018 che ha formalmente qualificato la CSE come «norma interposta» ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost. e cioè quale disposizione per valutare se lo Stato italiano, nella sua legislazione, rispetta i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario». Essa poi valorizza «l'autorevolezza delle decisioni» del Comitato sociale europeo, di cui cita una recente decisione, sottolineando come, anche per questo organismo, il sistema risarcitorio deve essere «dissuasivo e, al tempo stesso, congruo rispetto al danno subito». Tali principi sono coerenti con quanto affermato dalla Corte in base all'art. 3 Cost., con la conseguenza che si realizza «un'integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite»<sup>53</sup>. In sostanza la congruità e la dissuasività dell'indennità risarcitoria trova fondamento sia nella Costituzione italiana sia nella Carta sociale, quale fonte europea di integrazione dell'ordinamento giuridico nazionale.

<sup>52</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 16-17.

<sup>53</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 17-18.

## 6. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale

La sentenza afferma che, «nel rispetto del limite, minimo e massimo [...] della indennità stabilita dalla legge, il giudice terrà conto innanzitutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n. 23 del 2015 – nonché degli altri criteri prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)»<sup>54</sup>. Si tratta di valutare quali effetti tale statuizione potrà avere sia sui giudizi in corso (che sono soggetti allo *ius superveniens* derivante dalla sentenza della Corte, con l'unico limite del giudicato), sia su quelli futuri nei quali dovesse essere accertata la illegittimità del licenziamento.

Va subito detto che la Corte non ha voluto introdurre una gerarchia tra i criteri di liquidazione del danno e non impone quindi di privilegiare, in primo luogo, l'anzianità di servizio con l'utilizzazione degli altri in via sussidiaria<sup>55</sup>. L'avverbio «innanzitutto» non vuol dire che la durata del contratto deve essere utilizzata *prima* degli altri parametri. Dal punto di vista letterale, l'espressione – letta nel contesto delle parole che la seguono – significa che non è possibile trascurare il criterio prescelto dal legislatore quale fondamento della tutela. Il termine dunque concettualizza la necessità di tenere conto dell'anzianità di servizio e non esprime la prevalenza sugli altri criteri degli anni di lavoro già effettuati. D'altra parte è tutto

<sup>54</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 18.

<sup>55</sup> In tal senso anche A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 348; S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore*, cit., 3; M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018*, cit., 15.

il ragionamento svolto dalla Corte che si oppone a tale gerarchia. Il risarcimento deve essere adeguato sotto il profilo risarcitorio e dissuasivo. Ma l'anzianità di servizio esclude tale possibilità per i rapporti di breve durata e la Corte lo dice espressamente<sup>56</sup>. Inoltre, continua la decisione, il pregiudizio conseguente al licenziamento è determinato «da una pluralità di fattori. L'anzianità di lavoro, certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti»<sup>57</sup>. Sarebbe dunque contraddittorio trasformare uno dei criteri in quello prevalente. Senza dimenticare che il parametro legato alla durata del contratto non può mai svolgere la funzione riparatoria sia nei casi di assunzioni recenti (per la sua esiguità), sia perché in tal modo, elementi determinanti quali la «gravità» dell'illegittimità del recesso (riconducibile al «comportamento delle parti») o altri fattori diversi dall'anzianità verrebbero ad avere un ruolo del tutto secondario, in netto contrasto con l'iter motivazionale seguito dalla Corte<sup>58</sup>.

Ne deriva, dunque, che i criteri delineati andranno usati dal magistrato senza che vi sia un ordine gerarchico, con un giudizio di ponderazione tra essi che è strettamente connesso alla valutazione del caso concreto e che gli impone un onere di adeguata motivazione per consentire il controllo sulla loro applicazione. Non mi sembra, quindi, si possa affermare che i due mesi per ogni anno di servizio costituiscono comunque una «base di partenza» per la quantificazione dell'indennità che potrà solo essere elevata con l'applicazione degli altri parametri<sup>59</sup>. La Corte, infatti, ha espressamente dichiarato inconstituzionale tale meccanismo di adeguamento automatico

<sup>56</sup> Corte cost. n. 194/2018, 17.

<sup>57</sup> Corte cost. n. 194/2018, 16.

<sup>58</sup> Non mi sembra, dunque, sia possibile, in questa situazione, affermare la prevalenza dell'anzianità come nel caso dell'art. 18, c. 5, della l. n. 300/1970. Su tale aspetto rinvio a V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa*, cit., 357 ss.

<sup>59</sup> S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore*, cit., 3. Tale opinione, tra l'altro, riattribuisce all'anzianità una priorità gerarchica che lo stesso a. ha negato.

annuale del danno, lasciando al giudice la possibilità di utilizzare l'anzianità nel modo ritenuto più opportuno senza alcun vincolo *a priori*, sia in relazione al *quantum* ad essa attribuibile, sia in rapporto agli altri criteri (che potrebbero essere ritenuti prevalenti).

Tra l'altro, i parametri indicati hanno già avuto l'autorevole avallo dei giudici costituzionali con la sentenza n. 303/2011, in relazione alla durata del contratto (connessa alla anzianità), alla gravità della violazione (comportamento delle parti), allo sfruttamento di occasioni di lavoro (condizione delle parti) e alle dimensioni dell'impresa (numero dei dipendenti)<sup>60</sup>. Mi sembra che il giudice abbia un'ampia discrezionalità nella scelta dei criteri, in coerenza con quanto previsto dalla giurisprudenza che si è formata in rapporto alle norme utilizzate dalla sentenza n. 194/2018 come riferimento<sup>61</sup>. Alcuni tra essi hanno un carattere più specificamente sanzionatorio, in relazione, ad es., alla più o meno accentuata illegittimità del recesso (e, quindi, al comportamento del datore di lavoro). Altri sono più legati a reintegrare il pregiudizio subito, dando conto delle condizioni del lavoratore e della stessa anzianità di servizio se essa, in considerazione della sua lunga durata, comporta una lesione più accentuata dell'interesse alla stabilità dell'occupazione. Mentre il numero dei dipendenti e la dimensione dell'attività economica richiamano la capacità del datore di lavoro di subire una più o meno elevata entità del risarcimento.

<sup>60</sup> Corte cost. n. 303/2011, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 10. Rinvio, sul punto, a V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa*, cit., 358.

<sup>61</sup> Per la loro utilizzazione si veda quanto affermato da Corte cost. n. 303/2011 cit. nella nt. precedente. In relazione all'art. 8 della l. n. 604/1966 o all'art. 32, c. 5., della l. n. 183/2010 la Cassazione ha stabilito che «il giudice può operare con un giudizio comparativo e privilegiar(e) alcuni (criteri) a scapito degli altri, per adeguarne la misura del risarcimento alla concreta situazione posta al suo esame» (Cass. 25.5.2017, n. 13178, *Dejure*, 5, con l'indicazione di altre sentenze).

Mi sembra comunque che, rispetto al passato, l'ampia libertà del giudice nella applicazione dei criteri – sottolineata dalla giurisprudenza – trovi comunque un limite nella necessaria «adeguatezza» dell'indennità sotto il profilo risarcitorio e dissuasivo. Entro tale ambito, dunque, in sede di legittimità sarà comunque possibile il controllo per violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, c. 1, n. 1, c.p.c.). Infatti, a seguito della decisione della Corte, tutti i criteri sono ormai parte del contenuto della legge e, nella misura in cui la loro applicazione non rispecchi i requisiti espressi nella sentenza n. 194/2018, essi sono censurabili. In questo caso, il controllo della Cassazione dovrebbe essere analogo a quello effettuato per i criteri di scelta previsti dall'art. 5, c. 1, della l. n. 223/1991 nei licenziamenti collettivi<sup>62</sup>. In realtà la Cassazione, sempre rispetto all'art. 8 della l. n. 604/1966 o all'art. 32, c. 5, della l. n. 183/2010, ritiene che il sindacato di legittimità è consentito solo sulla motivazione ai sensi dell'art. 360, c. 1, n. 5, c.p.c.<sup>63</sup>. Ma questa giurisprudenza si è formata prima che i giudici costituzionali introducessero i parametri della adeguatezza risarcitoria e dissuasiva, che dovrebbero consentire un controllo sull'eventuale violazione di legge.

La formulazione dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 conseguente alla sentenza della Corte fa chiaramente intendere che spetta al giudice applicare d'ufficio i parametri di liquidazione del danno, come accadeva in precedenza anche in relazione alla sola anzianità di servizio<sup>64</sup>. Il lavoratore e il da-

<sup>62</sup> La Suprema Corte, infatti, ammette il sindacato sulla corretta applicazione di tali criteri ai sensi del comma 1, n. 3 dell'art. 360 c.p.c.. Si vedano, tra le tante, Cass. 8.10.2018, n. 24755; Cass. 2.8.2018, n. 20464; Cass. 13.12.2016, n. 25553. Si rinvia anche alle osservazioni di A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 348.

<sup>63</sup> Cass. 25.5.2017, n. 13178, cit., 5.

<sup>64</sup> La giurisprudenza citata nella precedente nt. 62 implicitamente ritiene che il giudice sia in ogni caso tenuto ad applicare i criteri previsti dalla legge per la quantificazione del danno.

tore di lavoro hanno ovviamente interesse ad allegare elementi che consentano di fornire al giudice di valutare in modo più compiuto i parametri. Tuttavia, in mancanza di tali allegazioni, ritengo che il magistrato, in considerazione dell'obbligo di procedere all'utilizzazione dei criteri, potrebbe anche richiedere alle parti informazioni o può integrare d'ufficio i mezzi di prova ai sensi dell'art. 421 c.p.c. La motivazione della decisione non sembra comunque poter consentire l'utilizzazione di parametri ulteriori rispetto a quelli enucleati.

La sentenza afferma che il risarcimento minimo e massimo è costituzionalmente legittimo, anche se tale conclusione deriverebbe, come si è visto, dal *petitum* individuato dall'ordinanza di remissione, con una conclusione in verità criticabile<sup>65</sup>. La Corte ritiene comunque che i 24 e 36 mesi di retribuzione siano adeguati dal punto di vista risarcitorio<sup>66</sup> e, di riflesso, anche in relazione alla funzione dissuasiva, strettamente collegata al *quantum* del risarcimento. L'art. 24 della CSE, nella sua formulazione letterale e nella stessa interpretazione del CEDS, dovrebbe condurre a conclusioni diverse nella misura in cui il risarcimento, anche attraverso la previsione di limiti massimi, non sia commisurato al pregiudizio subito e non svolga il suo effetto dissuasivo<sup>67</sup>. Il che, ad esempio, potrebbe accadere – in relazione quantomeno al profilo del danno effettivamente subito – ogniqualvolta il periodo temporale tra licenziamento e sentenza ecceda i 24 o 36 mesi. Non va dimenticato, infatti, che, a giudizio della Corte costituzionale, l'indennità prevista dall'art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 23/2015 ha carattere «forfettario» e «onnicomprensivo»<sup>68</sup> e non lascia quindi spazio a risarcimenti ulteriori sotto

<sup>65</sup> V. § 5, testo e nt. 48 e 49.

<sup>66</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 17.

<sup>67</sup> Cfr. § 5, testo e nt. 54. Si vedano anche le riflessioni di M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018*, cit., 23 ss.

<sup>68</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 16.

il profilo patrimoniale. Mentre al contrario il CEDS, in relazione all'art. 24, ha affermato che vanno rimborsate tutte le perdite economiche subite dal lavoratore dalla data del recesso sino a quello di accertamento del licenziamento illegittimo<sup>69</sup>. Tuttavia il carattere non vincolante delle decisioni del Comitato e gli effetti diretti della pronuncia di incostituzionalità – che non incide sui «tetti» risarcitori – insieme alla stessa motivazione espressa dalla Corte non consentono di superare le soglie massime sopra indicate.

La questione si pone in modo differente per il minimo risarcitorio di 4 o 6 mesi. Si tratta di una quantificazione non riducibile ulteriormente, perché ha il valore di «limite predefinito verso [...] il basso»<sup>70</sup>. Tuttavia ritengo che difficilmente essa potrà essere utilizzata dal giudice<sup>71</sup>. Non è un caso, infatti, che la Corte si sia espressa chiaramente sulla adeguatezza e dissuasività del limite massimo, mentre nulla abbia detto sul *quantum* minimo. A me sembra che siano gli stessi parametri enucleati dalla sentenza ad escludere somme così ridotte. Nei casi di «anzianità di servizio non elevata», come si è visto, è la stessa Corte a ritenere che il risarcimento previsto dal d.lgs. n. 23/2015 non garantisce il «ristoro del pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo»<sup>72</sup>. D'altra parte l'indennità deve essere tale da proteggere l'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione (§ 4), deve assicurare l'agibilità di diritti fondamentali diversi dalla protezione contro il licenziamento illegittimo (§ 4), deve svolgere un effetto dissuasivo tale da «escludere l'azzardo morale del datore di

<sup>69</sup> Il CEDS ha più volte ribadito tale principio, riaffermato recentemente nel caso *European Committee of Social Rights 2017*, espressamente richiamato dalla Corte quale precedente che esprime la necessità del carattere di adeguatezza e dissuasività del risarcimento del danno (17-18). Per l'approfondimento di questo tema rinvio a V. Speciale, *La questione di legittimità costituzionale*, cit., 347 ss.; Id., *Il problema della legittimità costituzionale*, cit., 54 ss.

<sup>70</sup> Corte cost. n. 194/2018, cit., 16.

<sup>71</sup> In tal senso anche A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 348.

<sup>72</sup> Corte cost. n. 194/2018, 17.

lavoro» a licenziare senza giustificazione<sup>73</sup> e, ai sensi dell'art. 24 della CSE, deve essere «congrua» in modo da raggiungere un effetto tendenzialmente analogo alla tutela ripristinatoria (§ 5). Sono elementi che, tutti utilizzati dalla Corte, rendono i 4 o 6 mesi del tutto inadeguati e impongono un evidente innalzamento di tali importi base, corrispondenti, per le qualifiche impiegate più elevate, all'indennità sostitutiva del preavviso prevista da numerosi CCNL. Pertanto, l'incremento del minimo risarcitorio è anche funzionale a realizzare quella *discontinuità* con il recesso *ad nutum* – non consentito dalla Costituzione – che ho già analizzato in precedenza (§ 4).

Ovviamente, l'indennità risarcirà soltanto il danno patrimoniale. È la sua stessa struttura, commisurata alla retribuzione, a dimostrare come essa sia parametrata alle utilità perdute a seguito della mancanza del rapporto di lavoro. Con la conseguenza che saranno comunque dovuti, se sussistenti, i danni di carattere non patrimoniale (biologico, esistenziale, morale ecc.). Questi ultimi, infatti, sono pregiudizi *diversi e ulteriori* rispetto a quello connesso alla lesione dell'interesse alla stabilità dell'occupazione. La forfettizzazione dell'indennità non può incidere sul diritto alla tutela per equivalente derivante dalla lesione di beni differenti dalla continuità del lavoro e connessi alla salute, alla dignità, entrambi protetti tra l'altro dalla Costituzione. E analoghe conclusioni possono essere estese ai danni all'immagine, morali o alla vita di relazione del lavoratore.

<sup>73</sup> A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 348. Ho esaminato tale aspetto nel § 5.

Il ruolo del giudice  
in un sistema equilibrato di tutele  
*di Carla Ponterio\**

*1. L'iter normativo di riduzione delle tutele del lavoro  
e del potere valutativo del giudice*

Il diritto del lavoro, per l'indissolubile legame che ha con la persona del lavoratore, si è sempre nutrito ed espresso attraverso concetti valoriali, propri dei settori dell'ordinamento in cui sono in gioco diritti della personalità e aspetti della dignità umana, in cui si fa questione di esistenze libere e dignitose.

Il diritto del lavoro è una miniera di concetti valoriali o, in termini più strettamente giuridici, di clausole generali o norme elastiche. Il diritto del lavoro è la giusta causa e il giustificato motivo di licenziamento, la retribuzione proporzionata alla qualità e quantità di lavoro, le mansioni equivalenti, l'obbligo di fedeltà e diligenza, la proporzionalità all'infrazione delle sanzioni disciplinari, la libertà sindacale, le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo per l'apposizione del termine, gli accomodamenti ragionevoli richiesti al datore di lavoro in caso di disabilità, la tutela della salute e della personalità morale dei dipendenti.

Su queste categorie valoriali è stata essenzialmente costruita la tutela del lavoro, affidata all'opera di interpreta-

\* Consigliera Corte di Cassazione.

zione e di mediazione del giudice, incaricato di dare ai principi concretezza di contenuto, farne diritto vivente, nel temperamento con altri beni e interessi di rilievo costituzionale, tra questi la libertà di iniziativa economica privata nel contenuto tratteggiato dall'art. 41 Cost.

Nell'ultimo decennio, in una specie di ribaltamento della scala valoriale che ha visto le esigenze del mercato surclassare molti altri principi, l'ampiezza valutativa del giudice, premessa necessaria per la traduzione del precetto astratto in regola del caso concreto, è divenuta sinonimo di incertezza, e di questa si sono sottolineati gli effetti deleteri sulle dinamiche economiche.

Si è così innescato un processo, tuttora in atto, che ha agito su due traiettorie parallele e intersecanti, di cui le modifiche normative degli ultimi dieci anni sono chiara espressione. Anzitutto, si è spostato il focus della tutela dal lavoratore, un tempo soggetto debole del rapporto contrattuale, al datore di lavoro; nello stesso tempo, si sono progressivamente ridotte le tutele del lavoro e dei lavoratori, sacrificando il principio di integralità del risarcimento del danno, anche attraverso un intervento legislativo più penetrante, attuato mediante regole rigide ed automatismi, in modo da eliminare o vanificare le clausole generali e così comprimere lo spazio di valutazione riservato al giudice.

Tale tecnica ha interessato, principalmente, i rimedi risarcitori in favore dei lavoratori, sia in tema di licenziamento, sia, ad esempio, nelle conseguenze della illegittima opposizione del termine; ha investito anche l'ampiezza dei poteri datoriali, ad esempio nella disciplina delle mansioni.

Il punto di partenza di questo percorso può identificarsi nella l. n 183 del 2010, che con l'art. 30 («In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali,

trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente») ha voluto mettere in chiaro e delimitare lo spazio del potere valutativo del giudice in presenza di clausole generali.

Sempre il Collegato lavoro del 2010, sul presupposto della mancata copertura costituzionale della integralità del risarcimento, ha aperto la strada alla forfetizzazione del danno, attraverso l'art. 32, comma 5 e limitatamente alla nullità della clausola appositiva del termine («Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604»).

La forfetizzazione introdotta dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010 non è del tutto rigida ma è costruita entro limiti minimi e massimi, con facoltà di graduazione della stessa nel caso concreto in base ai parametri di cui all'art. 8, l. n. 604 del 1966, espressamente richiamati.

La Corte cost., con la sentenza n. 303 del 2011, ha escluso che la disciplina introdotta dal citato art. 32 vanificasse la tutela del lavoro, di cui all'art. 4 Cost., sul rilievo che tale normativa, «salvaguardando la “conversione” del contratto di lavoro cui sia stato illegittimamente apposto un termine in contratto a tempo indeterminato», fosse conforme al costante orientamento del giudice delle leggi secondo cui «resta affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei tempi e dei modi di attuazione della garanzia del diritto al lavoro» (tra le altre, sentenza n. 419 del 2000).

In quella occasione la Corte cost. esclude anche qualsiasi

lesione del diritto al lavoro sul versante della presunta contravvenzione all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 ed allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE (direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato), come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, sul rilievo che «l'esigenza di misure di contrasto dell'abusivo ricorso al termine nei contratti di lavoro, non solo proporzionate, ma anche sufficientemente effettive e dissuasive, fosse soddisfatta, con riguardo all'art. 4 Cost. di cui si tratta, dalla sanzione più incisiva che l'ordinamento possa predisporre a tutela del posto di lavoro, cioè dalla prevista trasformazione del rapporto lavorativo da tempo determinato a tempo indeterminato, corroborata da un'indennità di ammontare certo».

Nella sentenza n. 303 del 2011 la Corte cost. fece leva, nel contemperamento dei vari beni di rilievo costituzionale, sull'esigenza di certezza del diritto (essendo emerse incertezze nella individuazione del *dies a quo* del risarcimento del danno e nella determinazione dell'*aliunde perceptum e percipiendum*), intesa come prenoscenza datoriale delle conseguenze della condotta illegittima, accezione che caratterizzerà molti dei successivi interventi legislativi.

Il percorso abbinato di riduzione delle tutele del lavoratore e del potere valutativo del giudice ha raggiunto un importante stato di avanzamento con la l. n. 92 del 2012, la cd. Riforma Fornero, che ha inciso direttamente sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, cominciando a porre le basi per la inversione, che diventerà più ampia e definitiva col Jobs Act, del rapporto regola-eccezione tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria, in caso di licenziamento illegittimo.

La legge cd. Fornero, che a confronto del d.lgs. n. 23 del 2015 realizzava certamente un più equo contemperamento degli interessi contrapposti, ha in realtà toccato un punto nevralgico del potere valutativo del giudice, quello sulla propor-

zionalità della sanzione espulsiva rispetto alla gravità dell'infrazione.

La legge del 2012 ha in parte sterilizzato la verifica di proporzionalità del licenziamento; da un lato imponendo al giudice di operare tale verifica secondo la valutazione già effettuata dalle parti sociali o dal datore di lavoro rispettivamente nel CCNL e nel codice disciplinare (art. 18 comma 4) e prevedendo solo in tal caso il rimedio della reintegra; dall'altro, con l'art. 18, comma 5, lasciando formalmente ancora nelle mani del giudice il compito di verifica della proporzionalità della sanzione, di cui all'art. 2106 c.c., ma al solo fine di stabilire la misura risarcitoria dell'indennità e senza possibilità di incidere sulla decisione datoriale di estinzione del rapporto, anzi dovendo il giudice medesimo dichiarare l'estinzione del rapporto di lavoro dopo aver accertato l'illegittimità del licenziamento.

La legge cd. Fornero, tuttavia, ha lasciato ampi margini di valutazione quanto alla misura del risarcimento, se pure per equivalente, posto che l'art. 18, comma 5, nel prevedere un tetto minimo e massimo di indennità risarcitoria (12-24 mensilità), ha indicato una serie di criteri quali l'anzianità del lavoratore, il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti «con onere di specifica motivazione al riguardo», così consentendo al giudice di adeguare il più possibile la sanzione al concreto danno ricollegabile alla perdita del posto di lavoro.

Il Jobs Act, quale insieme di decreti legislativi emessi in attuazione della legge delega n. 183 del 2014, ha invece, e in modo più drastico, demolito vari muri perimetrali delle tutele lavoristiche, non solo riguardo alle conseguenze in tema di licenziamento.

Il decreto legge n. 34 del 2014, convertito nella legge n. 78 del 2014, noto come Jobs Act - atto primo, ha liberalizzato ulteriormente, rispetto a quanto già aveva fatto la legge Fornero, il contratto di lavoro a tempo determinato eliminando

la necessità, per il periodo di tre anni e salvo proroghe e rinnovi, di una causale, cioè di quelle ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo che, secondo il d.lgs. n. 368 de 2001, avrebbero dovuto giustificare l'apposizione di un termine al contratto, quale eccezione alla regola della durata a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro (questo trend è stato in parte temperato dal recente d.l. n. 87 del 2018, convertito nella l. n. 96 del 2018, cd. decreto Dignità).

In una direzione analoga si è mosso il d.lgs. n. 81 del 2015, che attraverso la modifica dell'art. 2103 c.c. ha ampliato il potere unilaterale del datore di lavoro di modifica delle mansioni e reso legittimo il demansionamento.

Nel vecchio testo dell'art. 2103 c.c. l'equivalenza, interpretata dalla giurisprudenza sia in senso tecnico sia in senso dinamico, rappresentava il criterio cardine del legittimo esercizio del potere datoriale di modifica delle mansioni.

Nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. (comma 1) scompare l'equivalenza, sostituita dal potere datoriale di assegnare unilateralmente il lavoratore «a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte» oppure, secondo i commi successivi, ad un livello di inquadramento inferiore, così modificandosi il bene tutelato dalla legge: dalla professionalità «acquisita» dal lavoratore alla professionalità «classificata» in un determinato contesto organizzativo aziendale, come acutamente descritto dalla dottrina.

Anche questa modifica normativa è andata nella direzione di aumento dei poteri datoriali, con contemporanea compressione dei diritti dei lavoratori e dello spazio di valutazione del giudice.

In materia di licenziamento, la disciplina dettata dal d.lgs. 23 del 2015 ha determinato un profondo cambio di paradigma e ciò in un duplice senso.

Da un lato, il decreto legislativo n. 23 ha spostato il focus della tutela individuando come principale destinatario non il

lavoratore quanto il datore di lavoro, e la sua esigenza di certezza. Quest'ultima intesa come possibilità di conoscere preventivamente il costo del licenziamento illegittimo, cioè intimato in assenza delle causali giustificative previste dall'ordinamento quali presupposti di legittimo esercizio del potere di recesso, in particolare dalla l. n. 604 del 1966, non modificata sul punto. A tal fine il decreto legislativo del 2015 ha definitivamente posto quale regola la tutela indennitaria e relegato ad eccezione la tutela reintegratoria.

Dall'altro lato, e coerentemente a questo primo aspetto, la riforma del 2015 ha marginalizzato il potere valutativo del giudice non solo impedendo che la valutazione di proporzionalità, anche quella operata dalle parti sociali e trasfusa nelle disposizioni disciplinari dei contratti collettivi, potesse consentire la reintegra del lavoratore ma anche forfettizzando, in modo rigido, l'indennità risarcitoria.

Il decreto legislativo in esame ha allontanato in modo netto il diritto del lavoro dal sistema costituzionale di tutela, come disegnato dagli artt. 4 e 35 Cost., anche attraverso l'uso di un nuovo linguaggio; la rubrica del testo normativa non fa più riferimento alla tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, come ancora faceva l'art. 18 pur nel testo modificato dalla l. n. 92 del 2012; la conseguenza del licenziamento illegittimo è definita dall'art. 3 come indennità e non come risarcimento.

## *2. La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018*

In questo scenario è intervenuta la sentenza della Corte cost. n. 194 del 2018 che ha ridisegnato il punto di equilibrio tra tutela del lavoro e interesse della parte imprenditoriale, con affermazioni molto preziose, specie in una fase storica di forte tensione sulla tutela di diritti fondamentali.

La Corte costituzionale ha riaffermato l'esistenza di un diritto al lavoro costituzionalmente protetto come diritto dei lavoratori a non essere licenziati (non solo arbitrariamente

ma anche) ingiustificatamente, a non essere estromessi dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente.

Ha ribadito come il bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost., rientrando nella discrezionalità del legislatore, non imponga un determinato tipo di tutela (Corte cost. n. 46/00 punto 5) e che è quindi costituzionalmente legittima una tutela risarcitoria monetaria (Corte cost. n. 303/11); la tutela reintegratoria non ha copertura costituzionale.

Ha precisato che l'indennità di cui al comma 3 dell'art. 3, d.lgs. n. 23 del 2015, ha valore risarcitorio, così vanificando la differenza terminologica tra primo e secondo comma della disposizione suddetta.

La Corte costituzionale ha ravvisato la violazione dell'art. 3 Cost. sia quanto al principio di uguaglianza sia quanto al principio di ragionevolezza.

Alla violazione del principio di uguaglianza, inteso come necessità di trattamento uguale di casi simili e trattamento diversificato di casi dissimili, è assegnato particolare rilievo in una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento in cui perde il posto di lavoro, momento che la Corte definisce traumatico per gli effetti che produce sulla vita personale del lavoratore.

Secondo la Corte cost., agganciare la misura dell'indennità in misura fissa ad un unico parametro – l'anzianità di servizio – anziché all'insieme dei parametri già facenti parte del sistema normativo in punto di risarcimento da recesso illegittimo (art. 8 l. n. 604 del 1966 e art. 18, comma 5, l. n. 300 del 1970 modificata da l. n. 92 del 2012), non consente di adeguare il risarcimento al caso concreto, quindi di personalizzare il risarcimento sì da renderlo effettivo e congruo non in astratto, bensì in relazione alle caratteristiche e alle esigenze di tutela della fattispecie concreta, come imposto dal principio di uguaglianza.

È quest'ultimo che esige una personalizzazione, e la legge, ove formulata in modo da precludere questa personalizza-

zione, si pone in contrasto col principio stesso; la personalizzazione avviene necessariamente attraverso il potere valutativo del giudice che adegua la norma al caso concreto e tale potere valutativo è esso stesso strumento e veicolo di attuazione del principio di uguaglianza.

Nel momento in cui il legislatore elimina, attraverso automatismi, il potere valutativo del giudice e la possibilità di personalizzazione, viola, secondo la Corte cost., per ciò solo il principio di uguaglianza.

Il secondo passaggio della sentenza concerne la violazione dell'art. 3 Cost. quanto al principio di ragionevolezza e ciò sotto un duplice profilo: l'indennità calcolata secondo il criterio di forfetizzazione legale non è idonea a «costituire un adeguato ristoro al concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo» e non è idonea a costituire una «adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente».

Sul primo aspetto, la Corte ha premesso come il risarcimento, anche se non integrale (l'integralità del risarcimento non ha copertura costituzionale, sentenza n. 148/99) e quindi forfetizzato, debba essere «necessariamente equilibrato», deve cioè «realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto».

La Corte ha poi rilevato come il meccanismo introdotto dal Jobs Act, cioè la «rigida dipendenza dell'aumento della indennità dalla sola anzianità di servizio», sia incongruo nel senso di non idoneo a soddisfare il requisito di adeguatezza del risarcimento come equo contemperamento.

Ha precisato che il tetto massimo di 24 mensilità (36 mensilità, dopo il d.l. n. 87 del 2018) sia di per sé idoneo ai fini della adeguatezza del risarcimento ma che il meccanismo rigido di aumento della indennità in base alla anzianità di servizio non consente di soddisfare detto requisito e ciò «soprattutto», ma non esclusivamente, nei casi di anzianità di servizio non elevata, come quello oggetto della fattispecie concreta; specialmente in tali casi, ha spiegato la sentenza, il

meccanismo previsto «mostra la sua incongruenza», cioè la sua irragionevolezza, l'incapacità di consentire un equo contemperamento degli interessi. Ciò pur considerando il limite minimo previsto (4 mensilità, ora 6) che non sempre («senza che a ciò possa sempre ovviare») e quindi non automaticamente, come invece preteso dal legislatore del 2015, può realizzare un equo contemperamento, possibile solo attraverso l'analisi di più fattori che compete al giudice valutare unitariamente.

Sotto il secondo profilo, la Corte cost. ha affermato che la liquidazione legale forfetizzata come prevista «è suscettibile di minare, in tutta evidenza, la funzione dissuasiva» che la condanna a pagare il risarcimento deve avere nei confronti del datore «allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto», espressione quest'ultima che vuole arginare il pericolo di un'arma in mano alla parte datoriale atta a ostacolare l'esercizio dei diritti che il medesimo contratto riconosce ai lavoratori.

Vi è un chiaro collegamento con la sentenza della Corte cost. n. 63 del 1966 che ha dichiarato illegittime le disposizioni che consentivano il decorso della prescrizione del diritto alla retribuzione durante il rapporto di lavoro non dotato di stabilità. In tale pronuncia si sottolineava come una tutela inadeguata del lavoratore a fronte di un licenziamento illegittimo è tale da spingere il medesimo a rinunciare ai propri diritti, a non far valere i diritti di cui il medesimo è titolare nel rapporto proprio per il timore del recesso, quindi della perdita del posto di lavoro non adeguatamente tutelata; e questa condizione, in cui il lavoratore è indotto a rinunciare a far valere i propri diritti nel rapporto, rappresenta uno stadio non compatibile con la nostra Costituzione, uno stadio di non tutela del lavoro.

La sentenza n. 194 ha concluso sul punto della violazione del principio di ragionevolezza affermando che l'indennità legale forfetizzata, in quanto non garantisce un risarcimento

adeguato e dissuasivo, come anche specificamente necessario in base alla Carta sociale europea, non realizza un equo contemperamento degli interessi ed anzi «comprime l'interesse del lavoratore in misura eccessiva», così violando anche gli artt. 4 e 35 Cost., cioè la tutela del lavoratore alla «stabilità dell'occupazione» che la Corte ha già definito come diritto a non essere ingiustamente e irragionevolmente licenziato; la irragionevolezza, cioè l'iniquo contemperamento degli interessi attuato dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23, è tanto più grave in ragione del valore che la Costituzione assegna al lavoro ai fini del pieno sviluppo della personalità umana.

L'utilizzo che la Corte cost. ha fatto dell'aggettivo «eccessiva» rispetto alla compressione dell'interesse del lavoratore realizzata dal Jobs Act, deve richiamare l'attenzione dei giudici a cui compete ora di utilizzare i parametri di sistema per graduare nei casi concreti l'indennità in modo che essa risulti adeguata e dissuasiva, coprendo quella distanza – eccessiva – dal canone di ragionevolezza che, secondo la sentenza n. 194, si rinveniva nell'art. 3, comma 1, dichiarato per questo incostituzionale.

L'esito del giudizio di legittimità costituzionale non poteva essere diverso dal punto di vista della razionalità giuridica.

Gli automatismi legislativi sono costruiti in base al meccanismo della presunzione assoluta che, nel caso di specie, avrebbe dovuto poggiare sul presupposto per cui, in caso di licenziamento illegittimo, il dato della anzianità di servizio costituisce idoneo ed esclusivo elemento presuntivo della gravità e della entità del danno subito dal lavoratore, in conformità alla *ratio legis*; tale assunto appare già solo logicamente insostenibile ed è contraddetto dallo stesso sistema legislativo che in tema di licenziamento illegittimo, ai fini risarcitori, fa riferimento a numerosi altri parametri, specificamente elencati dall'art. 8, l. n. 604 del 1966 e dall'art. 18, comma 5, come modificato dalla l. n. 92 del 2012.

La sentenza n. 194 del 2018 ha eliminato alcune delle storture di ordine costituzionale, e prima ancora di ordine logico,

che il legislatore del 2015 aveva iniettato nel sistema del diritto del lavoro ed è riuscita a realizzare un duplice importante risultato.

Ha riposizionato il focus della normativa sulla tutela del lavoro e del lavoratore, in sintonia con gli artt. 4 e 35 Cost., ed ha ottenuto questo risultato riespandendo il potere valutativo del giudice quale necessario strumento di equo contemperamento, non in astratto tra beni costituzionalmente meritevoli di tutela che spetta al legislatore, ma in relazione ai casi concreti, rimettendo nelle mani del giudice il compito di individuare un risarcimento che, se pure monetario e compreso entro limiti minimi e massimi prefissati, sia in grado il più possibile di cogliere l'entità del danno di chi subisce l'illegittima perdita del lavoro.

La declaratoria di illegittimità costituzionale ha colpito una norma che, per assicurare al datore di lavoro la preconsoscenza del costo economico del licenziamento illegittimo, aveva cercato, introducendo rigidi meccanismi di forfetizzazione, di bypassare il potere valutativo del giudice sulla quantificazione del danno arrecato al lavoratore e ciò, peraltro, in contrasto con una giurisprudenza di legittimità che ha sempre espresso contrarietà, proprio in ambito risarcitorio, ad ogni automatismo.

Ad esempio, a proposito di criteri di liquidazione forfettizzata del danno non patrimoniale, la Corte di Cassazione (cfr. Cass. n. 20895 del 2015), pur riconoscendo alle tabelle elaborate dal Tribunale di Milano il valore, in linea generale e nel rispetto dell'art. 3 Cost., di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno non patrimoniale alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c., e giudicando preferibile l'utilizzo di tali tabelle al fine di uniformità di giudizio di casi analoghi, ha sempre difeso la necessità di conservare al giudice lo spazio di adeguamento delle tabelle ai casi concreti, attraverso la personalizzazione, con obbligo di motivazione e con facoltà del giudice di discostarsi dalle tabelle medesime in caso

di «emersione di concrete circostanze che ne giustificano l'abbandono». La Suprema Corte ha sempre ribadito come la tutela, in tutti i casi in cui siano lesi beni e valori di rilievo costituzionale, dovesse essere realizzata, all'esito di compiuta istruttoria, in assenza di qualsiasi automatismo (cfr. Cass. n. 23469 del 2018; Cass. ord. n. 901 del 2018).

Nello stesso senso, di limitazione del potere valutativo del giudice ed introduzione di automatismi, si era mossa la più recente disciplina sulla regolazione delle spese processuali, eliminando la facoltà concessa al giudice di disporre la compensazione delle spese di lite per «giusti motivi» e prevedendo ipotesi tassative di compensazione delle spese.

La Corte cost., con la sentenza n. 77 del 2018, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 92, secondo comma, c.p.c., come modificato dall'art. 13, comma 1, d.l. n. 132 del 2014, convertito in l. n. 162 del 2014, nella parte in cui non prevede che il giudice, in caso di soccombenza totale, possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, al di fuori delle due ipotesi tassative che erano state previste, ossia l'assoluta novità della questione trattata ed il mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti, fermo, ovviamente, l'obbligo di motivazione che discende dall'art. 111 Cost.

La Corte cost. nella sentenza n. 77 ha enumerato una serie di ipotesi ulteriori e diverse rispetto a quelle espressamente contemplate dall'art. 92, comma 2, c.p.c., come la emanazione di una norma di interpretazione autentica o più in generale lo *ius superveniens*, specie se nella forma di norma con efficacia retroattiva, oppure una pronuncia di illegittimità costituzionale, la decisione di una Corte europea, una nuova regolamentazione nel diritto dell'Unione europea o altre analoghe sopravvenienze; ha rilevato come tutte queste ipotesi, ove concernenti una «questione dirimente» al fine della decisione della controversia, fossero connotate da «gravità» ed

«eccezionalità» pari a quelle tassative indicate dalla disposizione esaminata, così ribadendo la necessità della prudente valutazione del giudice nel caso concreto, per l'impossibilità di iscrivere tutte le possibili ipotesi in un rigido catalogo di previsioni nominate.

Sulle conseguenze, in termini applicativi, della sentenza n. 194 del 2018, possono svolgersi le seguenti considerazioni.

Per effetto della sentenza e quindi della eliminazione nell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015, anche nel testo modificato dal cd. decreto Dignità, delle parole «di importo pari a due mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio», la disposizione deve considerarsi ora formulata nel modo seguente: «Salvo quanto previsto dal comma 2, nel caso in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale in misura comunque non inferiore a 4 (ora 6) mensilità e non superiore a 24 (ora 36) mensilità».

I criteri a cui il giudice dovrà fare riferimento sono quelli «desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina sui licenziamenti», quindi, ai sensi dell'art. 8, l. n. 604 del 1966: numero dipendenti occupati, dimensioni dell'impresa, anzianità di servizio del prestatore di lavoro, comportamento e condizioni delle parti; in base all'art. art. 18, comma 5, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, anche dimensioni dell'attività economica.

Non mi pare che possa desumersi dalla disposizione in esame, come risultante all'esito della declaratoria di parziale illegittimità costituzionale, una gerarchia tra i criteri da utilizzare per quantificare l'indennità risarcitoria.

L'espressione usata nel corpo della sentenza «il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio», criterio prescritto dalla legge delega n. 183 del 2014 (art. 7 lett. c) – «indennizzo

economico certo e crescente con l'anzianità di servizio» – e che quindi ha ispirato la riforma attuata col d.lgs. n. 23 del 2015, non può segnare un ordine gerarchico ma pare piuttosto volta ad elencare i fattori che il giudice dovrà prendere in esame cominciando anzitutto dall'unico contemplato dalla legge delega, per poi passare agli altri fattori desumibili dal sistema, non direttamente legati alla riforma del 2015.

Al riguardo, è significativo che l'avverbio «innanzi tutto» sia seguito dalla congiunzione «nonché», che significa «anche» o «inoltre» e che pone su un piano paritario e non subordinato, né logicamente né temporalmente, i criteri diversi dall'anzianità di servizio.

Peraltro, una volta espunto dal testo normativo il riferimento al criterio della anzianità di servizio, lo stesso può essere recuperato solo attraverso le previsioni di sistema, e quindi attraverso le disposizioni di cui alla l. n. 604 e alla l. n. 92 che, se pure integrate dalla legge delega n. 183 del 2014 (ma l'anzianità di servizio è già contemplata nel citato art. 8, l. n. 604), non consentono di desumere alcun criterio gerarchico.

### *3. Conclusioni*

Il passo indietro nella tutela del lavoro che il d.lgs. n. 23 del 2015 aveva segnato, prevedendo un risarcimento ingiusto e irragionevole a fronte di licenziamenti privi di giustificazione, è stato eliminato dalla Corte costituzionale con la sentenza in commento. È ora compito della giurisprudenza riappropriarsi del potere di calibrare il risarcimento in base alla effettiva gravità che la perdita del lavoro comporta, garantendo anche la necessaria efficacia dissuasiva che la sanzione della illegittimità deve avere per evitare che il lavoratore ripieghi nella rinuncia ai diritti, il che equivarrebbe a tradire il ruolo fondamentale che la nostra Costituzione assegna al lavoro.

Un passo molto importante nel percorso di ripristino di un sistema equilibrato di tutele è stato compiuto dalla sentenza in esame, la strada per ridare dignità al lavoro è ancora lunga.



Il licenziamento del lavoratore con contratto  
«a tutele crescenti» dopo la sentenza n. 194 del 2018  
della Corte costituzionale  
*di Stefano Giubboni\**

*1. Effetti della sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*

La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale ha cominciato a porre parziale rimedio alla singolarissima situazione che – specie nell’impianto originario del d.lgs. n. 23 del 2015, come noto solo parzialmente corretto dal cosiddetto decreto Dignità<sup>1</sup> – faceva del lavoratore assunto con contratto «a tutele crescenti», ad onta del fondamento lavoristico e personalistico della nostra Costituzione, il «debitore più penalizzato del nostro ordinamento giuridico»<sup>2</sup>. Dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 (sia nel testo originario sia in quello modificato dalla legge n. 96 del 2018) limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», la Corte, infatti, ripristina, in favore dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, un sistema rimediabile contro il licenziamento ingiustificato che torna ad

\* Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l’Università di Perugia.

<sup>1</sup> Decreto legge n. 87 del 2018, convertito con modificazioni nella successiva legge n. 96, recante disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese.

<sup>2</sup> L. Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, n. 3/2015, 507 ss., qui 508.

allinearsi – seppure con i limiti e le lacune che segnaleremo più avanti – ai precetti di cui agli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. (questi ultimi in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea).

Oggi, infatti, in virtù del combinato disposto della sentenza della Corte costituzionale e dell'intervento del legislatore, il rimedio generalmente azionabile ai sensi dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 contro il licenziamento ingiustificato (sempre, per quello per motivi oggettivi o economici; in via generale, per quello fondato su ragioni disciplinari, e salvo che non ricorrano eccezionalmente gli estremi per la reintegrazione ad effetti attenuati alla stregua del secondo comma della disposizione) potrà senz'altro consistere in una indennità risarcitoria onnicomprensiva compresa tra un minimo di sei e un massimo di trentasei mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, che il giudice dovrà commisurare alla concreta situazione dedotta in giudizio (rendendo congruo, pertanto, il ristoro rispetto al danno subito, seppure entro le soglie ricordate), tenendo anzitutto conto dell'anzianità di servizio del prestatore ma considerando altresì gli «altri criteri desumibili, in chiave sistematica, dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)»<sup>3</sup>. Deve così ritenersi che – seppure senza stabilire un ordine propriamente gerarchico tra tali criteri<sup>4</sup> – il parametro dell'anzianità di servizio del lavoratore serva a determinare, entro il minimo e il massimo fissati dalla legge, la base di partenza

<sup>3</sup> Punto 15 del *Considerato in diritto* della sentenza in commento. Per una prima applicazione giudiziale (per così dire anticipata) di tali criteri, v. Trib. Bari, 11 novembre 2018.

<sup>4</sup> Cfr. A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in corso di pubblicazione in *Il libro dell'anno del diritto - 2019*, Treccani, Roma, par. 5.

della quantificazione dell'indennità risarcitoria<sup>5</sup>, che dovrà essere (in ipotesi) elevata dal giudice nel caso concreto tenendo conto, con congrua motivazione, di tutti gli altri parametri desumibili dal sistema<sup>6</sup> e considerati dalla Corte costituzionale.

<sup>5</sup> Che resta, dunque, inderogabilmente fissata (ovviamente entro la soglia minima e il tetto massimo di legge) in due mensilità per ogni anno di servizio del lavoratore ingiustamente licenziato, senza possibilità, per il giudice, di scendere sotto tale base di liquidazione del danno. In senso contrario v., peraltro, sia pure dubitativamente, G. Mimmo, *La disciplina sanzionatoria del licenziamento invalido, dalla legge n. 604 del 1966 al Jobs Act, modificato dal decreto Dignità, alla Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194*, in *Il Giuslavorista*, focus del 20 novembre 2018, che si chiede «se il giudice possa applicare la sentenza della Corte costituzionale *in pejus*, cioè determinare l'entità dell'indennità risarcitoria in misura inferiore all'originario criterio indicato dall'art. 3, primo comma, precedente alla dichiarazione di incostituzionalità», prospettando al riguardo il caso di un lavoratore «con più di diciotto anni di servizio, e di profili di illegittimità di lieve entità». Sennonché, laddove la Corte indica al giudice di considerare innanzi tutto l'anzianità di servizio del lavoratore, prescrive allo stesso di muovere da tale parametro quale base di calcolo dell'indennità risarcitoria, la quale dovrà essere (eventualmente) innalzata ove rilevino, ma appunto solo *in melius*, anche gli altri criteri di valutazione, da applicare alla stregua di una adeguata (e motivata) ponderazione nel caso concreto. A tale conclusione induce anche la constatazione che, avendo la Corte dichiarato inammissibile la relativa questione di legittimità costituzionale (v. il punto 5.2 del *Considerato in diritto* della sentenza), rimane in vigore la previsione di cui all'art. 1, comma 7, lettera c), della legge delega n. 183 del 2014, che impone (non solo al legislatore delegato, ma, deve ritenersi, anche al giudice, in via di interpretazione costituzionalmente orientata) di determinare «un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio». Del resto, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità del solo primo comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015, non ha certo inteso censurare il rilievo (logicamente prioritario) dell'anzianità di servizio del prestatore (che è peraltro desumibile dal sistema, come dimostra storicamente lo stesso impianto dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966), ma soltanto escludere che detto criterio possa essere l'unico parametro di valutazione a disposizione del giudice, in particolare modo nei casi di licenziamento di lavoratori con modesta anzianità aziendale.

<sup>6</sup> Cfr. gli artt. 8 della legge n. 604 del 1966 (come sostituito dall'art. 2, comma 3, della legge n. 108 del 1990) e 18, comma 5, della legge n. 300 del 1970 (come novellato dall'art. 1, comma 42, lettera b, della legge n. 92 del 2012).

## 2. *Precoce de profundis per la law & economics all'italiana*

La Corte scardina in tal modo – ritenendolo radicalmente incompatibile con gli evocati parametri costituzionali – il rozzo meccanismo di quantificazione automatica dell'indennità risarcitoria che nell'impianto del Jobs Act, non corretto su tale cruciale profilo dal decreto Dignità<sup>7</sup>, pretendeva di ridurre il giudice, in una singolare miscela di legolatria neo-illuministica<sup>8</sup> e di pedagogia da *law & economics* a prezzi di ribasso<sup>9</sup>, ad un contabile, più che alla *bouche de la loi* di monte-squieuana memoria. La conseguenza è un inevitabile contrappasso per quanti avevano coltivato l'illusione della facile certezza del diritto ridotta a calcolo aritmetico del *fring cost*: dopo la sentenza della Corte l'incertezza endemica alla disciplina dei licenziamenti, come «riformata» dalla legge n. 92 del 2012<sup>10</sup>, si estende anche alla sfera applicativa del d.lgs. n. 23 del 2015, rendendo impossibile al datore di lavoro quantificare con esattezza *ex ante* il costo del licenziamento entro

<sup>7</sup> Ma va a onor del vero ricordato che il governo aveva inteso astenersi da un diretto intervento correttivo sul punto, proprio in vista dell'imminente giudizio di legittimità costituzionale, per questo limitando la correzione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015 all'innalzamento da 4 a 6 e da 24 a 36 mensilità del limite rispettivamente minimo e massimo dell'indennità risarcitoria.

<sup>8</sup> P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2018, 114 ss.

<sup>9</sup> Ed invero, il «costo di separazione» – come rigidamente predeterminato nel testo originario dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 – non risultava idoneo a soddisfare neppure i liberali dettami delle dottrine gius-economiche dell'*efficient breach of contract*, visto che la misura irrisoria dell'indennità prevista specialmente per i lavoratori con bassa anzianità di servizio costituiva nei fatti un invito (neanche troppo implicito, ove inquadrato nel contesto incentivante degli sgravi contributivi alle assunzioni e della detassazione dell'offerta conciliativa di cui all'art. 6 del decreto) ad abusare del potere di recesso, assecondando quello che gli economisti (e non solo) chiamano *moral hazard*. Cfr. A. Perulli, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 561 ss.

<sup>10</sup> V. le taglienti osservazioni di R. De Luca Tamajo, *Licenziamento disciplinare, clause elastiche, «fatto» contestato*, in *Arg. dir. lav.*, 2/2015, 269 ss.

la soglia minima di 6 e il tetto massimo di 36 mensilità dell'ultima retribuzione utile per il computo del trattamento di fine rapporto.

È stato in effetti sufficiente riaprire il ragionamento giuridico al soffio dei valori costituzionali – anche come integrati dai principi della Carta sociale europea – per battere «in breccia alcuni assiomi della nostrana *law & economics*, così come penetrati nella disposizione dell'art. 3, comma 1, nella parte in cui prevede una tutela contro i licenziamenti ingiustificati rigida e predeterminata»<sup>11</sup>. Ancorché nella motivazione della Corte non sia del tutto svanita l'eco di quelle «mitologie economiche»<sup>12</sup> che negli ultimi lustri hanno sorretto, fin quasi a diventare senso comune, il rovesciamento dei postulati costituzionali dello Stato democratico e sociale, dissimulando sotto le suadenti vesti d'un sedicente nuovo riformismo le più spettacolari controriforme sociali della recente storia repubblicana, non c'è dubbio che la sentenza n. 194 del 2018 riaffermi con forza il primato del principio lavoristico.

### 3. *Le motivazioni della Corte*

La Corte giunge al detto esito di parziale demolizione dell'art. 3, primo comma, del d.lgs. n. 23 del 2015 accogliendo solo in parte i profili di illegittimità costituzionale sollevati dal giudice remittente<sup>13</sup>.

In estrema sintesi, i dubbi di incostituzionalità prospettati dal giudice *a quo* in ordine al rigido meccanismo di determinazione dell'indennità risarcitoria in ragione della sola anzianità di servizio del lavoratore si addensavano essenzialmente intorno a due poli fondamentali: la violazione, da un lato, del

<sup>11</sup> A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 12 del dattiloscritto.

<sup>12</sup> Cfr. il bel saggio di É. Laurent, *Mitologie economiche*, trad. it., Neri Pozza, Vicenza 2017.

<sup>13</sup> Trib. Roma, ordinanza 26 luglio 2017 (su cui v. soprattutto V. Speciale, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 333 ss.).

principio di eguaglianza-ragionevolezza e, dall'altro, del principio di effettività (*sub specie* di adeguatezza e dissuasività) della tutela indennitaria.

Quanto al principio di eguaglianza, si era osservato, da una parte, come detto sistema di tutela introducesse una irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, non costituendo certo la diversa data di assunzione – che è elemento del tutto estrinseco alla fattispecie – un idoneo criterio giustificativo di differenziazione di rapporti contrattuali evidentemente identici sotto ogni altro profilo sostanziale; dall'altra, come l'assenza di graduazione della tutela, imponendo al giudice un meccanismo automatico di riconoscimento dell'indennizzo legato al solo parametro dell'anzianità di servizio, impedisse di valutare ogni altro elemento, costringendo a trattare irragionevolmente alla stessa maniera situazioni tra loro anche profondamente differenti<sup>14</sup>.

Per ciò che attiene al principio di effettività della tutela, era stato rilevato come, sebbene il rimedio contro il licenziamento ingiustificato possa anche non avere natura reintegratoria, esso debba comunque risultare adeguato, dovendo in ogni caso assicurare, dal lato del lavoratore, una congrua riparazione del bene giuridico leso (che è qui di pregnante rilievo costituzionale), e dovendo altresì essere, dal lato del datore di lavoro, realmente dissuasivo. Mentre, nella specie (ove veniva in questione il licenziamento con motivazione «apparente» di un lavoratore con modesta anzianità di servizio) doveva apparire addirittura evidente come la misura dell'indennizzo fosse irrisoria rispetto all'importanza del bene protetto e che, conseguentemente, il diritto al lavoro (costituzionalmente garantito come strumento di realizzazione della

<sup>14</sup> Come è stato finemente rammentato, «l'equità che esige pari diritto in pari situazioni (*“aequitas quae in paribus causis paria iura desiderat”*) è, appunto, il pari trattamento di situazioni uguali (ed il diverso in diverse), ritenuto dalle Corti corollario immediato del principio di eguaglianza»: A. Cerri, *L'eguaglianza*, Laterza, Roma-Bari 2005, 32.

persona e primario mezzo di emancipazione sociale ed economica)<sup>15</sup> risultasse ingiustamente sacrificato, nella sostanziale assenza di un corretto bilanciamento con il contrapposto interesse datoriale, pur espressione della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41, comma 1, Cost.

La Corte ha disatteso il primo dei prospettati profili di violazione dell'art. 3 Cost., ritenendo non irragionevole, e dunque non contraria al principio di eguaglianza, la pur forte differenza di statuto protettivo tra assunti prima e dopo la fatidica data del 7 marzo 2015<sup>16</sup>; in particolare reputando che la scelta del legislatore di differenziare la sfera di applicazione

<sup>15</sup> È toccato forse non casualmente a una storica, e non ad un giurista (del lavoro), il compito di rammemorare di recente la pregnanza di significati costituzionali della formula racchiusa nell'art. 4 (in collegamento con gli artt. 1, 2 e 3, comma 2) Cost.: cfr. il corroborante *pamphlet* di Mariuccia Salvati, *Costituzione italiana: art. 4*, Carocci, Roma 2017.

<sup>16</sup> È opportuno ricordare che la Corte ha ritenuto non fondato un ulteriore profilo della questione sollevata dal giudice del lavoro di Roma *ex art. 3 Cost.*, in relazione stavolta al trattamento più favorevole di cui i lavoratori con qualifica dirigenziale (ai quali la disciplina del contratto a tutele crescenti non trova applicazione) verrebbero a beneficiare rispetto a operai, impiegati e quadri. Secondo la Corte, anche questa disparità di trattamento risulterebbe giustificata, in quanto la figura del dirigente è caratterizzata da alcune significative peculiarità che, storicamente, ne hanno sempre comportato l'esclusione dall'applicazione della generale disciplina limitativa dei licenziamenti (ancorché non possa non notarsi come, in passato, quelle esclusioni fossero sorrette dalla *ratio* di differenziare *in peius* lo statuto protettivo del dirigente rispetto alle altre categorie di lavoratori, mentre nel nostro caso ci troviamo nella situazione inversa). Onde rimane il paradosso che, ove la Corte non fosse giunta per altre vie all'esito di incostituzionalità *in parte qua* dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, la condizione giuridica dei dirigenti (ovviamente del settore privato) si sarebbe caratterizzata per uno statuto protettivo per molti versi più favorevole di quello previsto dal Jobs Act per i lavoratori appartenenti alle categorie inferiori (principalmente, ma non solo, a motivo della flessibilità con cui i contratti collettivi consentono che sia modulata, in caso di licenziamento privo del requisito della giustificazione, la misura dell'indennità supplementare, che pure cresce, ma non meccanicamente, in ragione dell'anzianità di servizio del lavoratore).

delle norme in ragione di detto fattore temporale risulterebbe coerente con lo scopo dichiaratamente perseguito «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»<sup>17</sup>.

#### 4. *Una critica*

Tale conclusione non ci appare tuttavia convincente. È pur vero (come del resto puntualmente ricordato nella stessa ordinanza di rimessione) che nella giurisprudenza costituzionale è stato costantemente affermato come un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, non contrasti, di per sé, con il principio di eguaglianza, potendo il fluire del tempo costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche. Tuttavia, la Corte non sembra aver tenuto nella debita considerazione che l'irragionevolezza della scelta del legislatore non risiede tanto nella scelta, in sé considerata, dell'attenuazione delle tutele in vista di un qualche obiettivo di politica occupazionale, quanto nel criterio puramente temporale – o, per meglio dire, irriducibilmente contingente – individuato per l'applicazione della nuova disciplina. Infatti, la divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo – che è destinata a durare nel tempo ed è, come tale, strutturale per i rapporti su cui va ad incidere – viene qui incoerentemente ancorata ad un criterio (quello, appunto, del diverso momento di stipulazione del contratto di lavoro) che è del tutto estraneo, o per meglio dire eccentrico, proprio perché contingente, rispetto alla fattispecie disciplinata, laddove le caratteristiche dei detti rapporti, in qualunque tempo instaurati, rimangono – anche in proiezione temporale – del tutto identiche sotto ogni profilo sostanziale<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Alinea dell'art. 1, comma 7, della legge delega n. 183 del 2014, espressamente richiamato dalla Corte al punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>18</sup> Come aveva efficacemente osservato V. Speciale, *La questione di legit-*

Così opinando, però, la Corte amputa la portata del canone della ragionevolezza, rinunciando ad «un controllo di congruità finalistica della legge, ossia [a] una verifica dell'adeguatezza dei mezzi allo scopo perseguito dal legislatore»<sup>19</sup>. Ma in tal modo la sentenza finisce per svalutare di conseguenza – seppure in nome di un *self-restraint* di cui ben si colgono le ragioni di opportunità politica – il valore del principio di eguaglianza, che si rattrappisce a misura delle stesse scelte effettuate, a monte, dal legislatore ordinario<sup>20</sup>. Senza un controllo di congruità causale-sostanziale tra le finalità enunciate dal legislatore e gli strumenti all'uopo impiegati, le differenze di trattamento giuridico introdotte dalla legge – salvi i casi piuttosto improbabili di irrazionalità manifesta per evidente incoerenza logica – diventano, così, tutte pressoché automaticamente giustificate, alla stregua di un ragionamento che appare tuttavia viziato da una palese circolarità: l'enunciazione del fine finisce in pratica per assorbire in sé la giustificazione dei mezzi.

La Corte ha invece ritenuto fondate, e dunque accolto, tutte le ulteriori questioni di legittimità sollevate con riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., agli artt. 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost., nonché agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo, come detto, in relazione alla norma interposta di cui all'art. 24 della Carta sociale europea). La Corte ha infatti rilevato che il meccanismo di quantificazione contenuto nell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, commisurando meccanicamente e rigidamente l'indennità, la

*timità*, cit., 337, in questo caso «vi è la coesistenza nel medesimo momento di discipline radicalmente diverse e riferite a fattispecie identiche che si verificano nello stesso segmento temporale».

<sup>19</sup> A. Perulli, *Il valore del lavoro*, cit., 8 del dattiloscritto.

<sup>20</sup> Cfr. sul punto la lucida discussione di M. Barbera, *L'eguaglianza e il diritto del lavoro*, in A. Occhino (a cura di), *L'eguaglianza*, Vita e pensiero, Milano 2014, 3 ss., spec. 13. E v. anche, più in generale, M. De Luca, *Uguaglianza e lavoro: quanto (poco) resta nel nostro diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 235 ss. (in particolare per la valorizzazione della clausola di pari dignità sociale di cui all'art. 3, comma 1, Cost.).

rende uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità e le fa così assumere i connotati di una liquidazione legale forfetizzata e standardizzata, con la conseguenza di privare il giudice della possibilità di personalizzare il danno subito dal lavoratore (entro una soglia minima ed una massima) facendo ricorso ad una pluralità di parametri di valutazione diversi<sup>21</sup>. Il risarcimento del danno, ancorché non necessariamente riparatorio dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere al contrario sempre effettivo e adeguato<sup>22</sup>, mentre la rigida dipendenza dell'indennità dalla sola anzianità di servizio, soprattutto nei casi in cui questa sia bassa, impedisce di liquidare un congruo ristoro del danno prodotto dal licenziamento illegittimo e certamente preclude alla disciplina sanzionatoria quella funzione di dissuasione dall'abuso del potere di recesso datoriale che è parimenti necessaria affinché possa dirsi realizzato un equilibrato componimento degli interessi in gioco, comprimendo l'interesse del lavoratore in misura eccessiva rispetto alla libertà di organizzazione dell'impresa e risultando, in tal modo, incompatibile sia con il principio di ragionevolezza, sia con la tutela costituzionale del diritto al lavoro.

### *5. Persistenti profili di illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 23 del 2015: il secondo comma dell'art. 3*

La sentenza n. 194 del 2018 lascia peraltro irrisolti molti nodi, sui quali – in mancanza di un intervento correttivo del legislatore, che con il decreto Dignità ha discutibilmente lasciato intatta la complessiva logica operativa delle cosiddette «tutele crescenti» – sarà con ogni probabilità necessario ricorrere nuovamente al vaglio di legittimità costituzionale. Il

<sup>21</sup> Cfr. sul punto, in dottrina, ancora A. Cerri, *L'eguaglianza*, cit., 72.

<sup>22</sup> Come puntualmente richiede (anche) l'art. 24 della Carta sociale europea.

principale attiene alla abnorme previsione<sup>23</sup> dedicata al licenziamento disciplinare dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, su cui la Corte costituzionale non si è potuta pronunciare nella sentenza in commento per difetto di rilevanza della relativa questione nel giudizio *a quo*<sup>24</sup>.

Con tale disposizione, nella medesima logica di comprimere quanto più possibile la discrezionalità valutativa che era sottesa alla predeterminazione di un criterio di liquidazione dell'indennità risarcitoria rigidamente forfettizzato e standardizzato, il legislatore del 2015 ha come noto escluso, per i licenziamenti disciplinari, qualunque valutazione sulla proporzionalità della sanzione (espulsiva) rispetto alla gravità dell'infrazione, imponendo al giudice di limitare il proprio accertamento ai fini dell'eccezionale applicazione del rimedio reintegratorio alla insussistenza del (mero) «fatto materiale». I pur lodevoli sforzi dottrinari di fornire alla previsione un significato costituzionalmente coerente non riescono tuttavia a correggere la irragionevolezza intrinseca e a nostro parere inemendabile della norma. Anche ammettendo che il riferimento al «fatto materiale» debba essere inteso come a un «fatto-inadempimento» – ovvero come necessaria contestazione di un fatto idoneo a integrare gli estremi della giusta causa (art. 2119 c.c.) o del giustificato motivo soggettivo (art. 3, legge n. 604 del 1966)<sup>25</sup> –, in forza della precisa formulazione lessicale della norma resterebbero infatti fuori dall'ambito applicativo dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, per rientrare in quello del primo comma della medesima disposizione, «i casi in cui non sussiste la rimproverabilità su-biettiva dell'inadempimento»<sup>26</sup>. Il che solleva però immediatamente la insuperabile questione della irragionevole disparità

<sup>23</sup> Di «misfatto normativo» parla, ironizzando sulle stesse parole del legislatore, P. Tullini, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Arg. dir. lav.*, 4-5/2015, 788.

<sup>24</sup> V. il punto 5.1.3.1 del *Considerato in diritto* della sentenza.

<sup>25</sup> V. principalmente L. Nogler, *I licenziamenti*, cit., 516 ss.

<sup>26</sup> Ivi, 518.

di trattamento, nella selezione dei rimedi applicabili, tra le ipotesi di licenziamento disciplinare che rientrano nel perimetro stretto dell'art. 3, comma 2, e quelle che vengono viceversa attratte nella fattispecie residuale del primo comma<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> La consapevolezza del contrasto di tale irrazionale scelta legislativa con l'art. 3 Cost. affiora del resto anche in quanti sostengono che, con l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015 sarebbe ormai «acquisito» – addirittura con implicito effetto di «interpretazione autentica» del quarto comma dell'art. 18 St. lav., come novellato dalla legge n. 92 del 2012 – che «la nuova disciplina del licenziamento, così per i lavoratori occupati alla data del 6 marzo 2015 come per quelli assunti dopo tale data, postula due distinte operazioni concettuali»: la prima, diretta a una «ricognizione della *ricorrenza di una causa legittimante* il licenziamento disciplinare»; la seconda (condizionata all'acclarata illegittimità del recesso) volta alla sola «verifica della *sussistenza/insussistenza del fatto*», e finalizzata alla selezione del «meccanismo sanzionatorio applicabile» (indennità o reintegrazione); così R. De Luca Tamajo, *Licenziamento*, cit., 272 (corsivi nel testo citato). Anche tali autori sono invero costretti a temperare la tesi del puro «fatto materiale», ammettendo che esso (oltre che soggettivamente imputabile in quanto assistito da un *minimum* di volontarietà e consapevolezza) debba avere «un sia pur minimo rilievo disciplinare» (ivi, 280; e nello stesso senso M. Marazza, *Il regime sanzionatorio del licenziamento nel jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 310 ss., spec. 324-325; M. Persiani, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, ivi, 393 ss.; F. Buffa, *La nuova disciplina dei licenziamenti e le fonti internazionali*, ivi, 566 ss.). Ma anche scontando tale minimale ortopedia interpretativa, resta la ineliminabile irragionevolezza del criterio adottato dal legislatore per la selezione delle tutele, che – specie nell'area applicativa del d.lgs. n. 23 del 2015 (che ha eliminato il riferimento alle previsioni disciplinari dei contratti collettivi, presente invece nell'art. 18, comma 4, St. lav.) – finisce per trattare in modo fortemente differenziato situazioni analoghe sotto il profilo della qualificazione (e del connesso disvalore) giuridico dell'atto datoriale di recesso; e ciò proprio perché, nei casi in cui trova applicazione il solo indennizzativo risarcitorio, anche «un inadempimento di esigua importanza può provocare la definitiva cessazione del rapporto, seppure accompagnata da una sanzione puramente indennitaria» (R. De Luca Tamajo, *Licenziamento*, cit., 271).

## 6. Segue: gli artt. 4, 9 e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015

La sentenza in commento non tocca, inoltre, sempre per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*<sup>28</sup>, l'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, sul quale non è intervenuto neppure il decreto Dignità. Ne consegue che, nelle ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'art. 7 St. lav., la misura dell'indennità – compresa tra un minimo di due e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto – resta rigidamente correlata all'anzianità di servizio del lavoratore<sup>29</sup>, senza che al giudice sia consentito graduarne l'importo in relazione anche alla gravità del vizio formale o procedurale (come è invece previsto dall'art. 18, comma 6, della legge n. 300 del 1970). Nell'evidente impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente adeguata di fronte al chiarissimo tenore letterale della disposizione, sarà allora inevitabile prospettare di nuovo la relativa questione alla Corte costituzionale, visto che l'art. 4 del d.lgs. n. 23 impone di utilizzare quel medesimo meccanismo rigido e standardizzato, del tutto insensibile alle peculiarità del caso concreto, che la Corte ha censurato – anzitutto *ex art. 3 Cost.* – nella sentenza che si commenta. Ma v'è anche da chiedersi, più al fondo, se sia ragionevole la scelta di svalutare a tal punto il rilievo sanzionatorio delle violazioni formali e procedurali rispetto a quelle sostanziali, da prevedere per le prime una soglia minima e un tetto massimo che, dopo il decreto Dignità<sup>30</sup>, sono pari a un terzo (e

<sup>28</sup> V. il punto 5.1.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>29</sup> Una mensilità per ogni anno di servizio.

<sup>30</sup> Il legislatore del 2018 (art. 1, comma 1-*bis*, del decreto Dignità, come integrato in sede di conversione) ha invece opportunamente curato di adeguare le misure minima e massima dell'offerta conciliativa di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015, portandone l'importo, rispettivamente, a tre e ventisette mensilità.

non più alla metà, come avviene invece nell'art. 18, comma 6, St. lav.) di quelli previsti per le seconde (rispettivamente due contro sei e dodici contro trentasei mensilità).

Rimane poi il *vulnus* in tema di licenziamenti collettivi, visto che il rimedio previsto dall'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, pur dopo l'adeguamento legislativo e la correzione della Corte costituzionale, appare afflitto da profili di irragionevolezza senz'altro aggravati rispetto a quelli che inficiavano il primo comma dell'art. 3. Da un lato, infatti, appare qui addirittura esaltata – e quindi viepiù ingiustificabile – la disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti, laddove, di fronte ad uno stesso licenziamento collettivo affetto dai medesimi vizi sostanziali di violazione dei criteri di scelta dei lavoratori, solo ai primi la legge riserva la tutela reintegratoria (con lo speciale rito regolato dai commi da 48 a 68 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012), lasciando viceversa ai secondi (che dovranno introdurre il ricorso nei modi ordinari) quella meramente indennitaria. D'altro lato, la norma appare anche internamente incoerente, nella misura in cui riunifica sotto un unico regime vizi (rispettivamente procedurali e sostanziali) cui il legislatore recente (sia della legge n. 92 del 2012 sia dello stesso d.lgs. n. 23 del 2015) mostra di voler per contro attribuire un diverso disvalore giuridico, con conseguente differenziazione della intensità dei rimedi applicabili.

Infine, ma certo non da ultimo per ordine d'importanza dei profili d'irrazionalità sistematica della vigente disciplina<sup>31</sup>, a maggior ragione dopo l'intervento recente del legislatore e della Corte costituzionale, risalta l'assoluta inidoneità delle previsioni dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 ad apprestare rimedi adeguati contro i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese. Il tetto massimo dell'indennità non può infatti mai superare, in tali casi, le sei mensilità, con uno scarto che non solo appare eccessivo rispetto a quanto previsto per i datori di lavoro di maggiori dimensioni dal primo

<sup>31</sup> Cfr. anche G. Mimmo, *La disciplina sanzionatoria*, cit., par. 41.

comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015, ma che rimane significativo anche rispetto a quanto consente l'art. 8 della legge n. 604 del 1966<sup>32</sup>. Ci sembra palese come un tale irrisorio limite massimo, per di più ormai assai vicino alla soglia indennitaria minima<sup>33</sup>, non risulti idoneo – specie se raffrontato con quanto prevede per situazioni omologhe l'art. 8 della legge n. 604 del 1966 – a soddisfare il test di adeguatezza e dissuasività così come articolabile, in particolare, alla stregua dell'art. 24 della Carta sociale europea<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Visto che tale disposizione consente di maggiorare la misura massima dell'indennità fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 per quello con anzianità superiore ai venti, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici lavoratori.

<sup>33</sup> Che, essendo d'importo dimezzato rispetto a quanto previsto dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015, deve ritenersi pari, ora, a tre mensilità. Onde, *ex art.* 9, comma 1, il giudice avrà a disposizione, per graduare la misura dell'indennizzo, un *range* contenuto (soltanto) tra le 3 e le 6 mensilità.

<sup>34</sup> Cfr. quanto al riguardo rileva la sentenza in commento al punto 14 del *Considerato in diritto*, nonché, in dottrina, F. Buffa, *La nuova disciplina*, cit., 583, e – *amplius* – G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'Unione europea*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 619 ss.



Le fonti di diritto internazionale  
nella sentenza n. 194/2018  
*di Giovanni Orlandini\**

1. Nell'ambito dell'ampio dibattito suscitato dalla sentenza n. 194/2018 scarsa attenzione è stata posta alla sua parte finale, nella quale la Corte riconosce l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 1 del d.lgs. n. 23/2015 per violazione degli artt. 76 e 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea. Ciò si deve al fatto che tale profilo di incostituzionalità, nell'economia complessiva della sentenza, poco aggiunge a quanto i giudici delle leggi già affermano censurando la normativa oggetto di giudizio alla luce degli artt. 4 e 35 Cost. E tuttavia i passaggi che essi dedicano alla Carta sociale europea – e più in generale alle fonti internazionali di diritto del lavoro – meritano attenzione per i potenziali effetti che possono avere non solo sulla futura evoluzione della disciplina del licenziamento, ma per l'intero sistema nazionale di diritto del lavoro.

Sotto il primo profilo, basti considerare come la sentenza n. 194 sia stata adottata in pendenza del reclamo collettivo presentato dalla CGIL davanti al Comitato europeo dei diritti sociali (l'organismo di esperti con sede a Strasburgo deputato ad interpretare la Carta sociale)<sup>1</sup>, che dunque a breve

\* Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Siena.

<sup>1</sup> *Confederazione generale italiana del lavoro (CGIL) v. Italia*, Complaint No. 158/2017.

si pronuncerà sulla stessa identica questione decisa dai Supremi giudici nazionali. Sotto il secondo profilo, è evidente come il tema del rilievo delle fonti internazionali del lavoro sia tema di interesse generale, in quanto tale capace di incidere su qualsiasi ambito del mercato del lavoro. L'inedita attenzione mostrata dai giudici delle leggi per le fonti internazionali nella sentenza n. 194 può aprire quindi prospettive inesplorate, considerando come quelle fonti siano state fino ad oggi largamente sottovalutate nel nostro paese (sia in giurisprudenza sia nel dibattito dottrinale), nella convinzione che poco o nulla aggiungessero rispetto ai solidi principi costituzionali.

2. La Corte è stata chiamata ad esprimersi in relazione a tre fonti di diritto internazionale riguardanti la disciplina del licenziamento: la Convenzione OIL 158/82 (in specie il suo art. 10, relativo al regime sanzionatorio)<sup>2</sup>, l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (che sancisce «*il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*»)<sup>3</sup> e, appunto, l'art. 24 della Carta sociale europea, nella sua versione riveduta nel 1996 (sempre sotto il profilo dei principi che essa pone in relazione al regime sanzionatorio)<sup>4</sup>. Di tutte e tre queste fonti

<sup>2</sup> A norma dell'art. 10 della Convenzione 158 «if the bodies referred to in Article 8 [...] find that termination is unjustified and if they are not empowered or do not find it practicable, in accordance with national law and practice, to declare the termination invalid and/or order or propose reinstatement of the worker, they shall be empowered to order payment of adequate compensation or such other relief as may be deemed appropriate».

<sup>3</sup> Per un commento all'art. 30 CdfUE v. M. Pedrazzoli, *Art. 30. Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano 2017, p. 572 ss.

<sup>4</sup> L'art. 24 della Carta sociale europea riveduta (*Diritto ad una tutela in caso di licenziamento*) prevede che: «Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere [...] il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione».

si è trattato di valutare la rilevanza nel giudizio di costituzionalità vuoi *sub* art. 76 Cost. (per violazione dei criteri fissati dalla legge delega, in ragione del rinvio ivi presente agli obblighi di diritto internazionale), vuoi *sub* art. 117, comma 1, in virtù della loro possibile natura di norme interposte.

Come era in buona parte scontato, le questioni relative alla Convenzione OIL 158 ed all'art. 30 CdfUe sono state respinte, con dichiarazione rispettivamente di inammissibilità e di infondatezza.

La questione in merito alla Convenzione 158 non è stata giudicata ammissibile semplicemente perché questa non è stata ratificata dall'Italia e quindi è improduttiva di effetti per l'ordinamento italiano. A nulla rileva per la Corte costituzionale il riferimento contenuto nella legge delega agli obblighi posti dalle «convenzioni internazionali» (art. 1, comma 7, l. n. 183/2014), perché esso non può comportare l'estensione di simili obblighi oltre il perimetro delle convenzioni ratificate dall'Italia. Questa precisazione vale a far chiarezza sulla portata di analoghe previsioni contenute in altre norme lavoristiche che rinviano genericamente ai vincoli derivanti dalle convenzioni internazionali (si pensi all'art. 8, comma 2-*bis*, l. n. 148/11) e smentisce la diversa lettura di tale clausola di rinvio suggerita in dottrina<sup>5</sup>.

Della questione di incostituzionalità sollevata in relazione all'art. 30 CdfUe si dichiara invece l'infondatezza perché il d.lgs. n. 23/2015 non rientra nel suo ambito di applicazione. Anche in questo caso si tratta di una conclusione prevedibile, ma che, di nuovo, serve a sciogliere dubbi interpretativi ancora presenti a riguardo. La Carta dei diritti, per sua espressa disposizione, si applica infatti «esclusivamente [...] nell'attuazione del diritto dell'UE» (art. 51) ed il d.lgs. n. 23/15 non costituisce attuazione di nessuna fonte di diritto euro-unitario. La Corte

<sup>5</sup> A. Perulli, V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT - 132/2011, p. 51.

esclude così la lettura estensiva dell'ambito di applicazione della Carta sostenuta in dottrina<sup>6</sup> e accolta anche da qualche coraggioso A.G.<sup>7</sup>, per la quale dovrebbero considerarsi attuative del diritto dell'UE tutte le norme nazionali che regolano materie sulle quali l'UE ha competenza legislativa (per espressa previsione del TfUE), indipendentemente dal fatto che questa sia stata o meno esercitata; lettura che giustificherebbe la sindacabilità *sub* art. 30 CdfUE delle normative sul licenziamento, essendo questa una materia sulla quale l'UE potrebbe adottare direttive di armonizzazione (*ex* art. 153, par. 1, lett. d).

Neppure può considerarsi rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE una riforma che recepisca le «raccomandazioni specifiche per gli Stati membri» adottate nell'ambito della *governance* economica<sup>8</sup>, visto il loro carattere di fonti *soft* non giuridicamente vincolanti. Su questo piano la sentenza è perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>9</sup>; le aperture che questa ha recentemente mostrato nei confronti dell'utilizzo della Carta dei diritti hanno riguardato soltanto le riforme attuate in esecuzione dei *Memoranda of Understanding*, ciò in ragione del carattere di fatto vincolante che in questo caso acquistano gli impegni assunti dai governi nazionali nei confronti delle istituzioni europee e del FMI<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> In quella lavoristica, tra gli altri, S. Giubboni, *Lavoro e diritti sociali nella «nuova» Costituzione europea. Spunti comparatistici*, in *Urge WP* n. 5/2004, p. 12 e M.M. Mutarelli, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione europea*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*.INT - 54/2007, p. 36

<sup>7</sup> V. Conclusioni dell'AG Eleanor Sharpston del 30 settembre 2010, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office National de l'emploi (Onem)*, causa C-34/09, punto 163.

<sup>8</sup> La richiesta all'Italia di ridurre il rigore del regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 St. lav. è avanzata dalle istituzioni europee sin dalle raccomandazioni del Consiglio del 12 luglio 2011 (2011/C 215/02).

<sup>9</sup> Corte Giust. 5.2.2015, C-117/14 *Poclava*, con riferimento alla non sindacabilità della riforma spagnola del licenziamento alla luce dell'art. 30 CdfUE.

<sup>10</sup> Corte Giust., 13.6.2017, C-258/14, *Florescu*.

C'è da dire che il giudizio di costituzionalità condotto alla luce dell'art. 30 CdfUe poco aggiungerebbe al giudizio fondato sull'art. 24 della Carta sociale, norma più ricca di indicazioni in merito al regime sanzionatorio (specie, come si dirà, se letta alla luce delle decisioni del Comitato di esperti) e che per altro va tenuta presente nel leggere la stessa disposizione della Carta dei diritti, come richiesto dalle Spiegazioni a quest'ultima<sup>11</sup>. La questione resta comunque rilevante per il possibile utilizzo della Carta per tutelare diritti fondamentali non riconosciuti da altre fonti internazionali o per i quali l'ordinamento dell'UE offre più avanzati standard di tutela.

Merita poi riflettere sull'eventuale possibile rilevanza di altre norme di diritto dell'UE, rispetto alle quali non sono state sollevate questioni di costituzionalità. In particolare, la disciplina del d.lgs. n. 23/15 potrebbe presentare profili di contrasto con il principio di non discriminazione, cui la Corte di Giustizia riconosce valore di principio generale di diritto dell'UE, in quanto tale dotato di efficacia diretta orizzontale e capace di giustificare la disapplicazione del diritto interno<sup>12</sup>.

Il principio in parola è come noto oggetto della direttiva 2006/54 (relativa alle discriminazioni di genere) e delle direttive 2000/43 e 2000/78 (relative alle altre discriminazioni) ed è da queste declinato diversamente con riferimento agli specifici fattori di discriminazione elencati dall'art. 19 TfUe. Il d.lgs. n. 23/15 potrebbe dar luogo a discriminazioni indirette fondate sull'età, se è vero che la nuova disciplina incide maggiormente sui lavoratori più giovani. Ma certo si tratta di un profilo discriminatorio di non agevole configurazione, sia perché un simile effetto è destinato a ridursi nel tempo, sia perché la Corte di Giustizia ha dimostrato di riconoscere con generosità l'argomento occupazionale per giustificare questo

<sup>11</sup> In relazione all'art. 30, nelle Spiegazioni alla Carta si legge che «quest'articolo si ispira all'art. 24 della Carta sociale riveduta».

<sup>12</sup> Corte Giust. 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci*.

genere di discriminazioni (come insegna, proprio in relazione alla legislazione italiana, la sentenza *Abercrombie*<sup>13</sup>).

Più rigoroso invece il vaglio dei giudici europei sulle finalità occupazionali capaci di determinare discriminazioni indirette di genere. Si pensi alla sentenza *Seymour Smith* del 1999<sup>14</sup>, con la quale la Corte fu chiamata ad esprimersi in merito alla normativa del licenziamento vigente nel Regno Unito e della quale si contestava il carattere indirettamente discriminatorio in ragione del fatto che il lungo periodo di prova da questa previsto (due anni) sarebbe risultato di fatto più sfavorevole per le lavoratrici (licenziate in percentuale superiore agli uomini nei primi due anni di rapporto). In quel caso i giudici europei respinsero l'argomento occupazionale invocato dal governo britannico perché «semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine di un provvedimento determinato a promuovere l'avviamento al lavoro, non sono sufficienti né a far risultare che l'obiettivo perseguito dalla norma controversa sia estraneo a qualsiasi discriminazione fondata sul sesso né a fornire elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che il detto provvedimento sia idoneo a contribuire alla realizzazione di questo obiettivo» (par. 76 della sentenza). È di tutta evidenza lo scarto dell'approccio seguito dai giudici europei nel declinare il test di proporzionalità, rispetto al mero controllo «per linee interne»<sup>15</sup> effettuato dalla Consulta nella sentenza n. 194 al fine

<sup>13</sup> Corte Giust., 19.7.2017, C-143/16, *Abercrombie*, nella quale la Corte ha negato il carattere discriminatorio della disciplina del lavoro intermittente in quanto la cessazione automatica del rapporto al compimento dei 25 anni che questa comporta è giustificata da finalità di promozione dell'occupazione giovanile.

<sup>14</sup> Corte Giust., 9.2.1999, C-167/99, *Seymour-Smith e Perez*.

<sup>15</sup> Così A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 148/2018*, in corso di pubblicazione in *Il libro dell'anno del diritto - 2019*, Treccani, Roma, p. 344, che mutua il concetto da Gino Scaccia per qualificare il controllo di ragionevolezza declinato dalla Corte nei termini di controllo formale sull'«assenza di contraddizione del discorso legislativo».

di giustificare la ragionevolezza della disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti sotto il profilo dell'art. 3 Cost. Resta però problematica la prova in merito agli effetti discriminatori della disciplina vigente, per la quale occorrerebbe addurre dati statistici che attestino uno scarto significativo tra i licenziamenti di lavoratrici e di lavoratori in questi primi anni di prima applicazione del d.lgs. n. 23/15.

3. La parte più innovativa della sentenza n. 194 riguarda certamente l'art. 24 della Carta sociale europea, convenzione ratificata dall'Italia e che, come tale, acquisisce per la Corte rilevanza nel giudizio di costituzionalità sia *sub* art. 76 Cost. sia, soprattutto, *sub* art. 117, comma 1 in quanto fonte interposta di diritto internazionale.

La natura di fonte interposta della Carta sociale europea era già stata riconosciuta dalla Corte nella sentenza n. 120/2018, per fondare (anche) sul suo art. 5 (relativo ai diritti sindacali) la censura di incostituzionalità del divieto di costituire associazioni sindacali per i militari previsto dal Codice dell'ordinamento militare (art. 1475, comma 2, d.lgs. n. 66/2010). Tuttavia in questa sentenza tale riconoscimento si è accompagnato ad una serie di precisazioni che ne limitano fortemente l'impatto nell'ordinamento italiano. Non solo dei diritti contenuti nella CSE si ricorda ambigualmente la natura di «principi ad attuazione progressiva», evocando l'ormai vetusta distinzione tra diritti fondamentali di prima e di seconda generazione (par. 10.1); ma, soprattutto, si svalorza il ruolo del CEDS come organo non giurisdizionale le cui decisioni (al contrario di quelle della CEDU) non costituiscono *res giudicata* e non possono quindi ritenersi vincolanti per la Corte, per quanto autorevoli (par. 13.4). Ragione per cui, nel caso di specie, la Corte ha potuto semplicemente ignorarle, giustificando così il persistere di incisive limitazioni alla libertà sindacale dei militari.

Chiamata pochi mesi dopo ad esprimersi sulla medesima

questione, la Corte non poteva evidentemente smentire questa impostazione. Il fatto che nella sentenza n. 194 si ribadisca il carattere autorevole ma non vincolante delle decisioni del Comitato di Strasburgo era dunque inevitabile (oltre che in linea di principio condivisibile). Tuttavia, posto l'ineludibile richiamo formale ai *dicta* della sentenza n. 120/18, nei passaggi che la Corte dedica alla Carta sociale si coglie l'intento di discostarsi nella sostanza dall'approccio seguito nel recentissimo precedente.

In primo luogo infatti l'importanza della CSE è enfatizzata in una prospettiva di generale valorizzazione delle fonti internazionali di diritto del lavoro e nell'ottica della massima tutela possibile dei diritti fondamentali; un'ottica, questa, che la Corte fa sua raccordandosi testualmente a quanto affermato nella precedente sentenza n. 317/09, che però riguardava la CEDU e non la CSE. Questa lettura evolutiva e dinamica del diritto internazionale del lavoro (per altro già adottata nella sentenza n. 178/15), riecheggia quella seguita dalla CEDU nelle note sentenze «turches»<sup>16</sup> e permette alla Corte di «recuperare» indirettamente nel giudizio di costituzionalità anche la Convenzione OIL 158, come modello cui si ispira il testo dell'art. 24 della CSE.

In secondo luogo, nel valutare il contenuto precettivo dell'art. 24, i giudici delle leggi richiamano espressamente la recente decisione del CEDS relativa alla legge finlandese in materia di licenziamento, giudicata contraria agli standard della CSE per il fatto di prevedere un tetto massimo all'indennizzo di 24 mesi di retribuzione<sup>17</sup>. Questa decisione viene richiamata per «chiarire» il significato del concetto di congruità dell'indennizzo contenuto nell'art. 24; il riferimento all'autorevolezza del Comitato acquista di conseguenza

<sup>16</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Demir and Baykara v. Turkey* (34503/97) del 12 novembre 2008 ed *Enerji Yapı – Yol Sen v. Turkey* (68959/01) del 21 aprile 2009.

<sup>17</sup> European Committee of Social Rights, Decision on Admissibility and the Merits 31.1.2017, Complaint No. 106/2014, *FSSR v Finland*.

tutt'altro rilievo rispetto a quello incidentalmente contenuto nella precedente sentenza n. 120. Da tale riferimento si ricava che la Corte, se certamente resta sovrana nell'applicazione e interpretazione delle norme della Carta sociale nell'ordinamento italiano, non può semplicemente ignorare il modo con cui queste sono interpretate dal Comitato di esperti, ma delle decisioni di quest'ultimo deve tener conto nel suo giudizio di costituzionalità.

Una simile attenzione alla giurisprudenza del Comitato appare non solo distonica con l'approccio seguito nella sentenza n. 120, ma anche in netta controtendenza rispetto all'orientamento di chiusura nei confronti del ruolo delle Corti sovranazionali che pur è emerso nella recente giurisprudenza costituzionale dopo la «svolta» operata dalle cd. sentenze gemelle del 2007<sup>18</sup>. Il futuro dirà se la sentenza n. 194 segna l'inizio di un nuovo orientamento, più attento al dialogo con i diversi organismi internazionali deputati ad interpretare le fonti internazionali, o è piuttosto il segnale della coesistenza in seno alla Corte di diverse sensibilità rispetto al delicato tema della tutela multilivello dei diritti fondamentali.

4. La valorizzazione delle fonti internazionali e della giurisprudenza dei relativi organismi «quasi giurisdizionali» apre prospettive inedite di contenzioso che vanno ben al di là della materia del licenziamento individuale e come detto riguardano potenzialmente qualsiasi normativa che incida su diritti fondamentali dei lavoratori. Si pensi solo al diritto di sciopero ed alla l. n. 146/90, da anni oggetto di censura da parte del CEDS per contrasto con l'art. 6, par. 4 CSE<sup>19</sup>; o, per rimanere su ambiti limitrofi a quello oggetto della sentenza n.

<sup>18</sup> Il riferimento è in particolare al discusso *obiter* contenuto nella sentenza n. 269/2017 con il quale la Corte sembra rivendicare una sorta di sindacato accentrato sulla stessa Carta dei diritti dell'UE.

<sup>19</sup> Da ultimo, Conclusions 2014, Italy (Article 6.4)

194, al diritto ad essere tutelati in caso di licenziamento collettivo, cui la Carta sociale (unica tra le fonti internazionali) dedica una apposita disposizione ispirata alla direttiva 98/59/CE<sup>20</sup>.

È in questa prospettiva che la sentenza n. 194 merita particolare apprezzamento, perché essa suona come un invito (indirizzato al giurista ed all'operatore del diritto) ad approfondire i principi di diritto internazionale ricavabili dalla giurisprudenza delle autorità di stanza a Strasburgo e a Ginevra, al fine di sfruttare al meglio gli strumenti che le fonti internazionali offrono per assicurare la massima tutela possibile ai diritti fondamentali dei lavoratori.

Certo, restano molti profili di incertezza su questioni problematiche di decisiva importanza, che la sentenza n. 194 lascia irrisolte; d'altra parte, è proprio la «leggerezza» che contraddistingue alcuni passaggi argomentativi a rendere possibile il superamento dell'approccio seguito nella sentenza n. 120 senza contraddirlo apertamente.

In particolare la Corte non spiega in che misura ed in che modo le decisioni del CEDS vadano considerate nel giudizio di costituzionalità. E non c'è dubbio che la Corte utilizzi con ampia discrezionalità il precedente del CEDS relativo alla Finlandia, con il quale pur, come detto, si raccorda. La Corte infatti astrae da questa decisione un principio generale, per confermare quanto già dedotto dalla Carta costituzionale, ma non si confronta con le specifiche argomentazioni sviluppate in quella decisione dagli esperti europei. Soprattutto sorvola evidentemente sul fatto che la normativa finlandese è stata censurata perché pone un limite massimo all'indennizzo (24 mesi); limite che invece la Corte considera compatibile con i principi costituzionali<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> In merito T. Jaspers, *Article 29. The Right to information and consultation in collective redundancy procedures*, in E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Olivier, *International and European Labour Law*, Nomos - C.H. Beck - Hart Publishing, London 2018, p. 355 ss.

<sup>21</sup> Su questo profilo v. in particolare M.T. Carinci, *La Corte costituzionale*

È vero però che la «giurisprudenza» richiamata dalla Corte riguardava la normativa di un paese straniero, e non quella italiana oggetto del giudizio di costituzionalità. È il caso quindi di chiedersi se il Comitato di Strasburgo possa censurare profili diversi ed ulteriori del d.lgs. n. 23/15 rispetto a quelli oggetto della dichiarazione di incostituzionalità; e, se così fosse, quali effetti potrebbe produrre nell'ordinamento italiano una simile decisione, sopravvenuta alla sentenza della Consulta.

5. Si è già ricordato come la previsione di un tetto massimo all'indennizzo (in specie, 24 mesi di retribuzione) sia stata dichiarata dal Comitato non compatibile con gli standard deducibili dall'art. 24; norma che, nel prevedere sia garantito al lavoratore licenziato senza valido motivo «un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione», impone agli Stati di quantificare l'importo dell'indennizzo in modo che questo al tempo stesso compensi il lavoratore dei danni subiti e costituisca un deterrente per l'illegittimo comportamento datoriale.

È indubbio che, in relazione al calcolo del «congruo indennizzo», i principi di diritto internazionale del lavoro siano sensibilmente diversi da quelli elaborati dalla giurisprudenza costituzionale. L'approccio del Comitato si ispira al principio della tutela per equivalente per cui, in assenza della reintegrazione, al lavoratore dovrebbe essere garantito un indennizzo che copra integralmente i danni subiti (danno emergente e lucro cessante)<sup>22</sup>. E, in questa prospettiva, dovrebbe sempre

*n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento ingiustificato nel Jobs Act*, e oltre, in W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT - 138/2018.

<sup>22</sup> Così il Comitato, ad esempio, in relazione alla normativa albanese: «In order to be considered appropriate, compensation should include reimbursement of financial losses incurred between the date of dismissal and the decision of the appeal body ruling on the lawfulness of the dismissal, the possibility of reinstatement and/or compensation sufficient both to deter the employer and proportionate to the damage suffered by the victim» (Conclusions 2008, Albany).

essere garantita le retribuzioni non corrisposta dal momento del licenziamento fino alla sentenza che condanna al pagamento dell'indennizzo o alla reintegra. La retribuzione non corrisposta spetta infatti integralmente anche in caso di reintegra e, eventualmente, si somma ad un congruo indennizzo (nel caso in cui il lavoratore non sia reintegrato).

La posizione del Comitato è molto netta anche sul fatto che un indennizzo forfettario non si giustifichi neppure per l'eccessiva durata del giudizio, che non può tradursi in un pregiudizio per il lavoratore<sup>23</sup>. Ne consegue che anche l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (nella versione riformata dalla l. n. 92/12) presenta profili di dubbia coerenza con gli standard della Carta sociale europea; lo conferma il fatto che il Comitato abbia chiesto chiarimenti al governo italiano in merito ai limiti che la norma statutaria pone all'indennizzo ed alla possibilità di ottenere il risarcimento di ulteriori voci di danno<sup>24</sup>.

Detto questo, va riconosciuto che i 36 mesi di retribuzione come limite all'indennizzo fissati dal cd. decreto Dignità (d.lgs. n. 87/2018 conv. in l. n. 96/18) sono un tetto molto alto, anche considerando quanto previsto nella legislazione degli altri ordinamenti europei. Non ci sono precedenti valutazioni su un simile limite nella giurisprudenza del Comitato, che potrebbe anche considerarlo di importo sufficiente da consentire la quantificazione di un ristoro adeguato per il lavoratore. Sotto questo profilo dunque, l'esito del giudizio sull'attuale regime sanzionatorio fissato dall'art. 3, comma 1 del d.lgs. n.

<sup>23</sup> Così, ad esempio, la durata media dei processi in materia di licenziamento fornisce al Comitato un argomento aggiuntivo per concludere nel senso dell'inammissibilità del tetto all'indennizzo posto dalla legge bulgara (Conclusions 2008, Bulgaria): «The situation was not in conformity with Article 24 of the Revised Charter on the grounds that the compensatory payment for unlawful termination of employment is subject to a maximum of six months' wages even though judicial proceedings in unfair dismissal cases lasted on average two years».

<sup>24</sup> Conclusions 2016, Italy (periodo di riferimento 1° gennaio 2011 - 31 dicembre 2014).

23/15 (effetto del sopravvenire della novella legislativa e della sentenza della Consulta) non è affatto scontato. Lo stesso non può però dirsi per il regime sanzionatorio valevole per le piccole imprese (fino a 15 dipendenti), posto che anche dopo la recente riforma l'importo massimo dell'indennizzo resta ancorato alle 6 mensilità (art. 9, d.lgs. n. 23/15); un limite senz'altro incompatibile con gli standard internazionali.

6. Una riflessione più articolata merita la questione del rapporto che dovrebbe configurarsi tra tutela reale e tutela obbligatoria nel regime sanzionatorio del licenziamento, alla luce degli standard internazionali. È vero infatti che l'art. 24 (al pari dell'art. 4 Cost, come interpretato dalla Consulta), non impone sia sempre garantita la reintegrazione (*reinstatement*) al lavoratore ingiustamente licenziato. Tuttavia, secondo il CEDS, la Carta sociale non ammette neppure che un legislatore nazionale escluda *a priori* la tutela in forma specifica come possibile esito di un giudizio di illegittimità del licenziamento, impedendo in ogni caso al giudice di applicarla. In altre parole, la reintegrazione, almeno in linea di principio, deve potere essere un rimedio adottabile in sede giurisdizionale. Per questo il Comitato, nei suoi periodici cicli di valutazione sulle legislazioni nazionali, presta molta attenzione alle ragioni per le quali è consentito al datore di lavoro non reintegrare il lavoratore, chiedendo chiarimenti in merito ai governi<sup>25</sup>. Così ha fatto anche nei confronti del governo italiano nel 2003, per capire se l'art. 8 della l. n. 604/66 lasciasse o meno piena discrezionalità al datore nell'opzione tra riassunzione e indennizzo; ricevendo una risposta evasiva, se non fuorviante che, all'epoca, permise all'Italia di evitare una nota di censura<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Sulla giurisprudenza del Comitato in merito vd. M. Schmitt, *Termination of employment*, in N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann, S. Clauwaert, *The European Social Charter and the Employment Relation*, Hart Publishing, London 2017, p. 430.

<sup>26</sup> Così si legge nel rapporto del governo italiano al CEDS del 2007:

Questa lettura dell'art. 24 (ribadito anche in relazione alla legislazione finlandese<sup>27</sup>) è per altro in sintonia con quanto lo stesso Comitato afferma nella sua giurisprudenza relativa all'art. 4 della CSE, norma che, nel sancire il diritto ad un'equa retribuzione, impone di garantire al lavoratore licenziato senza giustificazione il diritto alla reintegrazione o «*in casi eccezionali, se la reintegrazione non è possibile o non è richiesta dal lavoratore, un indennizzo economico*» dal carattere pienamente satisfattivo e dissuasivo<sup>28</sup>.

Ancora più «sbilanciata» a favore della sanzione reintegratoria appare la Convenzione OIL 158 (che si è detto richiamata dalla Corte a supporto della «tutela multilivello»), come ricorda il Comitato di esperti deputato a monitorarne il rispetto: «The wording of Article 10 gives preference to declaring the termination invalid and reinstating the worker as remedies in the case of unjustified termination of employment. However, it is flexible in that it offers other possible remedies, depending on the powers of the impartial body and the practicability of a decision to nullify the termination and reinstate the worker»<sup>29</sup>.

«Contrairement à l'observation contenue dans le Conclusion du Comité, en substitution de la réintégration dans le poste de travail, le salarié a la faculté de demander à l'employeur une indemnité de quinze mensualités de rétribution. Telle possibilité doit être exercée dans les trente jours à faire date de la publication du jugement. Donc, on est pas en condition de fournir, comme demandé, l'orientation des juges dans cette matière puisque il s'agit là d'un choix qui revient exclusivement au travailleur» (p. 169).

<sup>27</sup> La legislazione finlandese è stata censurata anche perché «non prevede la possibilità della reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo» (Complaint No. 106/2014, *FFSR v Finland*, par. 55); negli stessi termini v. Conclusions 2012, Albany

<sup>28</sup> Conclusions XIII-5, *on the right to a fair remuneration* (Article 4).

<sup>29</sup> ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), *General Survey on protection against dismissal*, 1995, par. 219 (il documento contiene un'analisi delle normative nazionali condotta alla luce della Convenzione 158 e della Raccomandazione 166).

Dai principi del diritto del lavoro internazionale si ricava allora che la reintegra è certo sostituibile con un indennizzo «adeguato», ma il rapporto tra reintegra e indennizzo non è di pura e semplice interscambiabilità (di modo che la scelta del secondo a svantaggio della prima è rimessa all'arbitrio del legislatore), bensì deve configurarsi nei termini di un rapporto tra regola ed eccezione.

Una sorprendente conferma di ciò viene dallo stesso diritto dell'UE. Se è vero infatti che non esistono norme di diritto derivato dell'UE relative al licenziamento (non essendo stata esercitata la potestà legislativa prevista dall'art. 153, par. 1, lett. d, TfUE), esiste tuttavia un diritto di origine giurisprudenziale prodotto dal Tribunale (l'ex Tribunale della funzione pubblica dell'UE), organo competente a decidere le cause di lavoro dei funzionari e degli agenti delle istituzioni euro-unitarie. Da questa giurisprudenza si ricava che per i giudici del lavoro dell'Unione, in linea di principio, l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento di un funzionario dell'UE fa sorgere in capo a quest'ultimo il diritto alla reintegrazione. Nella sentenza *Landgren* il Tribunale di Lussemburgo ha chiarito in maniera molto piana e lineare quali principi rilevano per avvalorare questa conclusione: «L'annullamento di un atto da parte del giudice comporta l'eliminazione retroattiva di tale atto dall'ordinamento giuridico.

Quando all'atto annullato è già stata data esecuzione [come nel caso del licenziamento], l'eliminazione dei suoi effetti impone di ristabilire la situazione giuridica nella quale la parte ricorrente si trovava precedentemente all'adozione dello stesso»<sup>30</sup>. Il Tribunale ci dice insomma che la tutela in forma specifica in caso di licenziamento ingiustificato deve essere garantita in base ai principi del diritto civile, senza neppure il bisogno di scomodare quello del lavoro.

<sup>30</sup> Tribunale Funz. Pub., causa F-1/05, punto 92 ed ivi i riferimenti giurisprudenziali.

Questi principi ricavabili dal diritto internazionale ed europeo dovrebbero suggerire un cambio di prospettiva nel valutare il regime sanzionatorio vigente nel nostro paese. Sgombrato finalmente il campo (grazie alla sentenza n. 194) dalla retorica del *firing cost* e dell'analisi economica del diritto e restituito al giudice il potere di quantificare l'indennizzo, non basta dire semplicemente che la reintegra non è costituzionalmente necessaria. Perché, se è vero che non lo è, resta da capire quand'è che si giustifica la sua esclusione. L'opzione per la tutela obbligatoria dovrebbe (quanto meno) fondarsi su delle ragioni «oggettive», che giustificano e spiegano perché non è possibile garantire la tutela in forma specifica, che è la forma di tutela più adeguata per il lavoratore; cioè per garantire il diritto fondamentale di quest'ultimo a non essere licenziati senza giustificazione, nel modo più sintonico con i principi ricavabili dalle fonti internazionali.

Allora è necessario interrogarsi sulla *ratio* sulla quale si fondano le norme vigenti del nostro ordinamento che escludono «a monte» l'opzione reintegratoria come esito di un giudizio sulla legittimità del licenziamento. Nelle piccole imprese la reintegra non è mai stata garantita in ragione della peculiarità dei rapporti che vi si instaurano tra datore e dipendenti, oltre che della maggior debolezza e vulnerabilità dell'impresa. Si può ritenere più o meno opinabile una simile *ratio*, per altro di nuovo non condivisa dal CEDS<sup>31</sup>; ma almeno il regime previsto dall'art. 8, l. n. 604/66 trova una giustificazione razionale nell'ordinamento, ed escludendo il diritto alla reintegrazione solo nelle piccole imprese resta pur sempre iscritto in una logica di eccezione al regime generale. Se però l'eccezione diventa la regola ed il *favor* verso la tutela indennitaria viene esteso alla generalità dei lavoratori, allora il discorso cambia e ne esce sovvertita la logica che, secondo i principi di diritto internazionale del lavoro, dovrebbe ispirare la legislazione in materia.

<sup>31</sup> Conclusions 2003, Bulgaria.

7. Alle questioni attinenti al regime sanzionatorio previsto dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/15, si sommano poi quelle riguardanti altri profili della vigente disciplina del licenziamento, sui quali la Corte non si è espressa e che tuttavia pongono ulteriori problemi di coerenza con gli standard internazionali. Basti richiamare il principio di proporzionalità tra sanzione e fatto contestato nel licenziamento disciplinare<sup>32</sup>; principio esplicitamente negato dall'art. 3, comma 2 del d.lgs. n. 23/15, seppur non direttamente in relazione alle ragioni del licenziamento ma indirettamente riguardo alle conseguenze del licenziamento illegittimo. Quanto ai licenziamenti economici poi, il CEDS pone particolare attenzione al fatto che all'autorità giudiziaria sia garantito il potere di accertare i fatti oggettivi posti dal datore a base del licenziamento<sup>33</sup>. È vero che, sempre in relazione alla legislazione della Finlandia, lo stesso Comitato ha riconosciuto che non è necessaria una situazione di difficoltà economica per giustificare un licenziamento; tuttavia anche in quest'ultimo caso ha ribadito come gravi sul datore l'onere di provare la «sostanziale e permanente riduzione del lavoro», che, appunto, può derivare da meri processi di riorganizzazione e ristrutturazione aziendale e non necessariamente da una crisi<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> È pacifico per gli organismi di controllo delle fonti internazionali che il principio di proporzionalità debba essere rispettato in ogni ipotesi di licenziamento per motivi soggettivi (alle quali le stesse fonti riconducono anche il recesso per scarso rendimento); si legge ad es., con riferimento alla disciplina portoghese dei licenziamenti disciplinari (ECSR Conclusions 2008, Portugal): «In order to assess whether a dismissal is justified on the ground of conduct of the employee, the gravity of the damage caused to the employer, the nature of the relationship between the employee, his employer and his colleagues and the specific circumstances of the individual case are taken into account»; in termini analoghi si esprime il Comitato di esperti dell'OIL, che associa il principio di proporzionalità a quello di ultima *ratio*: «It is important that, taking into account the nature of the misconduct, the employers do not fail to consider all other possible forms of disciplinary action before applying this measure of last resort» (ILO CEACR, 1995, par. 93).

<sup>33</sup> Conclusions 2003, Bulgaria.

<sup>34</sup> Complaint No. 107/2014, *FFSR v Finland*; analogamente anche

Ancor meno sintonico con gli obblighi posti dal diritto internazionale appare il depotenziamento dell'obbligo di motivazione operato già con la l. n. 92/12 di riforma dell'art. 18 St. lav. e confermato dall'art. 4 del d.lgs. n. 23/15. Il fatto di sanzionare più debolmente i vizi formali e procedurali rispetto a quelli sostanziali contraddice principi di diritto internazionale assolutamente consolidati e ribaditi da tutti gli organismi sovranazionali; ivi compresa la Corte EDU, che nella violazione dell'obbligo di motivazione in caso di licenziamento coglie un grave *vulnus* al diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva e, quindi, una violazione dell'art. 6 Convenzione EDU<sup>35</sup>. Merita a tal proposito ricordare che il diritto alla tutela giurisdizionale trova fondamento anche nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, norma della quale la Corte di Giustizia riconosce efficacia diretta, tale da giustificare la disapplicazione del diritto interno. Ed infatti anche sull'obbligo di motivazione in caso di licenziamento il Tribunale dell'UE si esprime in termini netti: «Tale obbligo contribuisce a garantire il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli artt. 6-13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è stato riaffermato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...]. Trattandosi più specificamente di assicurare la tutela effettiva di un diritto fondamentale attribuito dal Trattato ai lavoratori nella Comunità, bisogna anche che questi ultimi possano difendere tale diritto nelle migliori condizioni possibili e che ad essi sia riconosciuta la facoltà di decidere, con piena cognizione di causa, se sia per loro utile adire il giudice»<sup>36</sup>.

Complaint No. 74/2011, *FFFS v Norway*.

<sup>35</sup> Corte EDU, sentenza *K.M.C c. Ungheria* (19554/11) del 10.7.2012.

<sup>36</sup> Tribunale, causa T-404/06, P, punto 148.

8. Resta da capire quali effetti potrebbe produrre una censura del CEDS sopravvenuta alla sentenza della Consulta; ed in generale, in che modo i principi ricavabili dal diritto internazionale possano incidere sulla vigente disciplina del licenziamento.

In teoria è ovviamente possibile sollevare un'altra questione di costituzionalità per contrarietà con l'art. 24 CSE come norma interposta, centrata sui profili eventualmente evidenziati dal CEDS. Realisticamente è però difficile pensare che la Corte possa intervenire con una nuova dichiarazione di incostituzionalità sul medesimo testo normativo a breve tempo di distanza dalla precedente. Il rischio è che, a fronte di una decisione del CEDS relativa al d.lgs. n. 23/15 non pienamente sintonica con i *dicta* contenuti nella sentenza n. 194, la Corte si limiti a motivare le ragioni per cui la pur autorevole posizione del Comitato non trova riflesso nei principi costituzionali. Ciò per lo meno in relazione al regime sanzionatorio disposto dall'art. 3, comma 1, già oggetto di disamina da parte dei giudici delle leggi.

La giurisprudenza del Comitato può poi avere un impatto sull'interpretazione della disciplina vigente da parte dei giudici ordinari, nei limiti della possibile rilettura della stessa conforme ai principi di diritto internazionale. Si pensi ad esempio alla possibile valorizzazioni di criteri per calcolare l'indennizzo diversi dall'anzianità di servizio, cui la Consulta sembra continuare a riconoscere valore prevalente; e, più in generale, ad un approccio che eviti un appiattimento sui livelli minimi di indennizzo, che i giudici delle leggi fanno salvi ma sul cui carattere adeguato e dissuasivo è lecito dubitare. Si pensi, ancora, al superamento del carattere omnicomprensivo dell'indennizzo, confermato dalla Corte ma che appunto potrebbe essere negato per adeguarsi ad un nuovo quadro di principi ermeneutici; e, soprattutto, ad una interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della tutela reale, nei limiti massimi consentiti da una interpretazione *pro labour* degli artt. 2 e 3 del d.lgs. n. 23/15.

Infine, vi sono gli effetti che la decisione del Comitato può produrre sul piano politico: un'eventuale censura della vigente disciplina dei licenziamenti che si sommasse a quella della Consulta, renderebbe ancor più urgente una revisione complessiva della materia, orientata a rispondere più adeguatamente all'esigenza di tutelare il diritto alla stabilità del posto di lavoro nel nostro ordinamento.

# INTERVENTI



Nel concordare largamente con quanto è stato detto in precedenza, vorrei solo aggiungere alcune precisazioni su taluni aspetti.

Quello che ci proponeva Giovanni Orlandini io lo chiamai, nel libro sui licenziamenti che scrissi cinque anni fa con il collega Domenico Dalfino, preferenza ordinamentale per la tutela in forma specifica.

Naturalmente, vi è un problema delle forme in cui tale opzione potrebbe prendere corpo, e certamente vi è un lato che in questa sede vorrei definire di battaglia culturale. La giurisprudenza costituzionale sulla reintegrazione non è perfettamente costante nel corso dei decenni: se è vero che ha sempre affermato la discrezionalità legislativa in materia di scelta del regime sanzionatorio nei confronti dei licenziamenti illegittimi, è vero pure che se si scava nelle motivazioni delle sentenze si trova una qualche oscillazione che trova il punto più lontano dalla tesi di cui sto parlando nella sentenza n. 46/2000 sull'ammissibilità del referendum abrogativo dell'art. 18.

Appartiene alle scelte politiche della CGIL, e dunque non la conosco, la ragione per la quale non sia stato, o non sia stato ancora, riproposto il quesito referendario adeguandolo alle pur discutibili – e persino erranee – motivazioni fornite dalla

\* Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Foggia.

Corte costituzionale nella sentenza n. 26/2017 con cui ha dichiarato inammissibile il quesito come era stato proposto.

Quel che però possono fare i giuristi, in questa fase, è riaprire su questo una discussione culturale, che ha robustissimi riferimenti e precedenti nella giurisprudenza delle Sezioni Unite di un tempo precedente e assai migliore rispetto a questo: e mi riferisco alla sentenza n. 141/2006.

Il secondo lato dell'iniziativa che occorre assumere invece è costituito dalle questioni che sono ancora aperte e che perciò verranno in discussione in sede giurisdizionale.

Inviterei qui alla cautela, non perché la sentenza n. 194/2018 non sia un successo per le ragioni che sono state illustrate in precedenza da tutti coloro che ne hanno parlato, ma perché sappiamo che l'ordinanza di rimessione era a mio giudizio assai difettosa, e che ovviamente ha legato la Corte; e dunque qualche osservazione integrativa sulla sentenza mi pare debba essere qui proposta, in particolare sui lati più controvertibili della sentenza stessa.

Innanzitutto la questione del principio di uguaglianza, di cui discutemmo in questa stessa sede subito dopo il Jobs Act. Già allora espressi una certa cautela, e in effetti la sentenza ha fornito una risposta che può discendere da prudenza, dalla sua discussione interna o da altro. Tuttavia, proprio dal punto di vista culturale occorre affrontare l'argomento con cui è stata giustificata la differenziazione tra vecchi e nuovi assunti.

La relatrice lo ha fatto in punta di penna, affermando che «appare coerente limitare l'applicazione delle stesse tutele [quelle previste dal d.lgs. n. 23/2015] ai soli lavoratori assunti a decorrere dalla loro entrata in vigore, quelli, cioè, la cui assunzione *avrebbe potuto* [corsivo mio] essere da esse favorita», e poi, come è stato già ricordato, che «non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito».

Orbene, non si può chiedere alla Corte di arbitrare i conflitti politici o sindacali che esistono nel paese. Tuttavia, il

presupposto della autodichiarata finalità legislativa era la teoria che la caduta delle tutele avrebbe determinato maggiori opportunità di assunzione. Ma questa è una teoria ormai del tutto minoritaria, smentita persino nei documenti di istituzioni quali l'OCSE o il FMI. Non credo che sia utile assumere un atteggiamento alla Ichino, per cui la teoria economica – tra le molte esistenti e in conflitto – che preferisce ciascuno di noi giuristi sia adoperata come se fosse la incontestabile verità scientifica; ma io direi questo: la Corte ha svolto un argomento che è apprezzabile dal punto di vista della valutazione della coerenza *interna*. Insomma, il legislatore, dichiaratamente credendo che la diminuzione delle tutele contro il licenziamento illegittimo aumenti le assunzioni, ha disposto le previsioni del Jobs Act, del quale non si può negare la coerenza dei mezzi rispetto allo scopo indicato.

*Ma* – e questa è una questione soprattutto per i colleghi costituzionalisti, perché travalica largamente la sentenza in questione e la materia del lavoro – se il legislatore pone una correlazione tra uno scopo e un mezzo, che venga ritenuta prevalentemente, e da parti anche molto diverse, del tutto priva di senso e di fondamento empirico, può la Corte in sede di scrutinio di ragionevolezza dell'operato del legislatore limitarsi a una verifica della coerenza *interna* rispetto a un nesso tra scopi e mezzi che sia mero frutto della fantasia del legislatore stesso? Non diventa invece necessario che la Corte ne verifichi la ragionevolezza non dell'inidoneità *ex post*, perché su quello ha ragione la Corte a ricusare in sostanza di essere il giudice delle politiche, ma dell'idoneità in astratto del mezzo indicato dal legislatore a conseguire lo scopo anch'esso indicato dal legislatore?

Avrebbe dovuto la Corte, anche perché la questione era stata posta dalla difesa della lavoratrice, indagare esattamente questa questione: poi è stata dichiarata inammissibile perché non era contenuta nella assai insoddisfacente ordinanza di rimessione. Ma la questione resta aperta proprio sotto il profilo

costituzionalistico, mi pare: se il legislatore istituisce un rapporto tra scopi e mezzi del tutto folle, può la Corte in sede di giudizio di ragionevolezza rifiutare di giudicare *ex ante* e in astratto la congruità di questa correlazione? Io credo di no.

Poi ci sono un'altra serie di questioni rilevanti. Con tutto il rispetto per la Corte e l'affetto personale per la giudice relattrice, direi che la sentenza in un passaggio è stata disinvolta, perché l'ordinanza di rimessione, con tutti i suoi difetti, censurava chiaramente il limite massimo dell'indennità, mentre la Corte prima ha dichiarato che il cuore della questione fosse il meccanismo di calcolo e poi ha dichiarato legittimo il limite massimo.

A me quest'ultimo pare un punto di discussione che va tenuto aperto: bisogna pensare alla polifunzionalità della responsabilità civile, senza enfatizzare eccessivamente il profilo risarcitorio, che potrebbe provocare degli effetti davvero curiosi, di riduzione della misura della tutela; si discute, come sappiamo, se sia una sentenza puramente ablativa o se, sia pure nascostamente alla motivazione, si tratti in realtà di una sentenza additiva, perché, come ha sostenuto Maria Teresa Carinci, contiene i criteri: e per questo e i problemi connessi rinvio alla relazione di Amos Andreoni.

Il punto è che non esiste, non può esistere, una tutela indennitaria che sia dissuasiva nei confronti delle grandi aziende. Se noi valorizziamo esclusivamente la natura risarcitoria dell'indennità rispetto a quella sanzionatoria, ci disarmiamo, secondo me, rispetto alla questione di criticare il limite massimo che è una misura di «socialismo all'interno della sola classe datoriale», giacché consente il fatto che le imprese minori siano effettivamente dissuase dai licenziamenti illegittimi, specie dopo l'incremento del limite massimo contenuto nel cd. decreto Dignità, permettendo invece alle imprese maggiori di licenziare illegittimamente in maniera di fatto libera nell'area della tutela indennitaria.

Perciò eviterei di insistere sul profilo *puramente* risarcitorio dell'indennità, anche perché alcuni dei criteri richiamati

nella sentenza della Corte palesemente non hanno nulla a che fare con il risarcimento: per esempio le dimensioni economiche dell'azienda, che invece ha a che fare con il profilo sanzionatorio.

E dunque, occorre tenere ben ferma la polifunzionalità della responsabilità civile, e si potrebbe forse anche immaginare un'altra causa pilota nella quale si faccia valere la non dissuasività nei confronti delle imprese maggiori delle sanzioni attualmente previste, compreso il limite massimo a trentasei mensilità.

Poi c'è un'altra questione aperta, che è quella del licenziamento disciplinare, che non può restare così; c'è la questione del licenziamento collettivo, dove forse meriterebbe attenzione la questione della sussistenza o meno della delega rispetto all'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015.

Un punto di dissenso con affermazioni che ho ascoltato qui riguarda invece il fatto che la coerenza avrebbe dovuto portare la Corte a dichiarare l'incostituzionalità anche della norma di delega, la quale, come sappiamo, contiene *esattamente* l'automatismo del meccanismo di calcolo dell'indennità. Per cui, paradossalmente, oggi abbiamo una normativa di risulta, dopo la sentenza n. 194/2018, nel d.lgs. n. 23/2015 che è incostituzionale perché in violazione della delega che prevedeva un meccanismo automatico: il che è assurdo.

Poi c'è un altro profilo di violazione del principio di uguaglianza – non parlo qui per mancanza di tempo degli effetti della sentenza sugli artt. 4, 6 e 9, che pure offrirebbero materia di riflessione – che consiste nel fatto che la tutela indennitaria nel campo di applicazione dell'art. 18 post legge n. 92/2012 è *minore* di quella vigente nel campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: il che dipende evidentemente dal carattere affrettato dell'intervento di aumento contenuto nel cd. decreto Dignità, e non mi pare sanabile con la considerazione che nella prima sono maggiori i casi di reintegrazione, giacché evidentemente occorre comparare casi analoghi, per i quali in entrambi sia prevista la tutela indennitaria.

Il sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi, complessivamente inteso, dunque, è oggi privo di senso e di ordine: il che ci riporta al discorso sulla sua necessaria coerenza (qui anche solo *interna*) e di nuovo alle violazioni del principio di uguaglianza.

Con la sentenza 14 novembre 2018 n. 194 la Corte costituzionale torna, nel volgere di pochi mesi, a porre la Carta sociale europea al centro di un percorso interpretativo che porta i giudici delle leggi ad accogliere la questione di costituzionalità loro sottoposta.

Già, infatti, nella tarda primavera di quest'anno la Consulta con la decisione 13 giugno 2018 n. 120, nel ritenere fondata la questione di costituzionalità relativa al divieto di costituire associazioni sindacali per gli appartenenti alle forze armate, aveva evocato la Carta sociale attribuendole il valore di norma interposta invocabile come parametro di costituzionalità.

In tale occasione la Carta sociale veniva espressamente definita «fonte internazionale» rilevante come parametro di costituzionalità della norma interna ai sensi dell'art. 117, primo comma Cost., e, sebbene tale riconoscimento non venga esteso anche ai principi e alle «detture» del significato materiale del testo espresse dal suo Comitato europeo per i diritti sociali, i giudici delle leggi hanno riconosciuto a tale fonte internazionale un ruolo *rilevantissimo* nella costruzione universale del «pilastro dei diritti sociali» dal quale il legislatore nazionale non può in alcun modo prescindere.

Ma è solo con la sentenza del 14 novembre 2018 n. 194

\* Avvocato del foro di Roma.

che la Corte costituzionale accoglie la questione sottopostale per diretto contrasto con la Carta sociale europea, espressamente indicata come parametro di valutazione della costituzionalità dal giudice remittente.

Sebbene anche in tale occasione – come era peraltro prevedibile – sia stato ribadito che le opinioni evolutive del Comitato europeo dei diritti sociali non assumono una diretta rilevanza vincolante, l'art. 24 della Carta è sufficiente ai giudici costituzionali per ritenere l'incostituzionalità del meccanismo progressivo per plafond legati esclusivamente all'anzianità, introdotto dal d.lgs. n. 23/15, per inadeguatezza dell'indennizzo.

Nel recepire il profilo di costituzionalità sollevato dal Tribunale di Roma con l'ordinanza del 26 luglio 2017 la Corte costituzionale affronta, quindi, in forma completa il complesso snodo di rapporti tra le norme fondamentali dell'Unione, le Convenzioni internazionali dell'OIL e la Carta dei diritti sociali addentrandosi in un percorso di estremo interesse per l'interprete che permette di delineare una prospettiva «internazionalista» le cui potenzialità sono raramente affrontate dagli operatori del diritto.

È, infatti, ben possibile ipotizzare dalla lettura della sentenza che il giudizio di incostituzionalità al quale perviene la Corte avrebbe avuto un diverso esito sulla base di una valutazione meramente endordinamentale.

Nel mio breve intervento non affronterò tuttavia i pur numerosi aspetti e le complesse questioni ancora aperte che si pongono all'interprete con riferimento all'assetto complessivo del regime di tutela dei licenziamenti scaturito dalla decisione della Corte, né esprimerò giudizi sui concreti risultati ottenuti al fine di domandarmi se si sia in presenza di una occasione perduta o, invece, a un punto di svolta da una politica recessiva.

Vorrei considerare la sentenza n. 194/18 come un mero strumento nelle mani dell'operatore del diritto al fine di saggiarne le potenzialità di utilizzo.

Tenterò, quindi, senza peraltro alcuna velleità di completezza, di tratteggiare come possibile ipotesi di lavoro la prospettiva «internazionalista» indicata dalla Corte in occasione della dichiarazione di incostituzionalità sia come strumento per affrontare l'intollerabile differenza di tutela che differenzia, ancora oggi, i lavoratori di una medesima realtà aziendale sulla base della data di assunzione in occasione di un licenziamento collettivo, sia come via alternativa di politica giudiziaria per estendere forme di stabilità a rapporti di lavoro tradizionalmente privi di tutela nel nostro ordinamento.

Il licenziamento collettivo costituisce probabilmente il momento nel quale la differenza di tutela tra lavoratori coinvolti in una medesima procedura di selezione determina una irragionevole disparità che finisce per penalizzare il soggetto contrattualmente più debole. Non a caso, infatti, la decisione di adottare la direttiva 98/59/CE tesa ad introdurre nei paesi dell'allora Comunità europea uno standard minimo uniforme di tutela scaturiva da una riscontrata esigenza di evitare che le crisi di imprese multinazionali colpissero i lavoratori dei paesi meno tutelanti. La logica economica che ipotizza per i cd. *outsiders* del mercato del lavoro maggiori possibilità di impiego in presenza di minori rigidità del mercato, sconta proprio in questo terreno tutti i suoi limiti, o meglio, contraddizioni.

In una prospettiva imprenditoriale tesa a minimizzare i rischi nella individuazione degli esuberanti il soggetto meno tutelato difficilmente potrà, infatti, opporsi ad una scelta tesa a fare ricadere gli effetti della crisi proprio sui lavoratori meno tutelati.

A prescindere dalla evidente inadeguatezza del richiamo al «fluire del tempo» per giustificare una ingiustificata diversa tutela nei confronti di una selezione che, viceversa, avviene sulla base di criteri oggettivi in forma sincronica rispetto a medesimi rapporti di lavoro – lucidamente illustrata dal prof. Pallante nel suo intervento –, ritengo che la riconducibilità di tali licenziamenti alla direttiva 98/59/CE consenta di ritenere ancora ipotizzabile un ricorso alla Consulta.

La questione è tutt'altro che teorica.

A quanto mi consta, sono, infatti già pendenti diversi giudizi nei quali il magistrato nell'ambito di azioni collettive promosse da gruppi di lavoratori adibiti a mansioni omogenee, assoggettati ad una stessa procedura di licenziamento collettivo caratterizzata da un evidente errore di delimitazione del bacino di applicazione dei criteri dovrà disporre la reintegra nel posto di lavoro ai lavoratori assunti *ante* 7 marzo 2015 e al contempo negare la tutela ripristinatoria ai lavoratori assunti successivamente.

L'insufficienza della tutela accordata in tali giudizi ai lavoratori assunti sulla base del cd. «contratto a tutele crescenti» si manifesta in forma plateale nella sua irragionevolezza imponendo all'interprete ancora una volta una riflessione «internazionale» circa la tenuta costituzionale di una siffatta disparità di regimi.

L'origine eurounitaria della disciplina e la riconducibilità del licenziamento collettivo nel «cono d'ombra» del diritto dell'Unione rende certamente possibile ipotizzare nell'art. 10 del d.lgs. n. 23/15 una violazione del legislatore nazionale della clausola di non regresso contenuta nell'art. 5 della direttiva 98/59/CE, letta alla luce dell'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, non potendosi in questo caso negare la oggettiva riduzione del livello di tutela passata da una forma ripristinatoria ad una misura meramente indennitaria, peraltro, neppure integralmente satisfattiva del danno.

L'effetto distorsivo riscontrabile nel medio termine dalla nuova disciplina permette di ipotizzare, inoltre, un fattore discriminatorio basato sull'età a danno dei lavoratori giovani, neoassunti soprattutto in realtà aziendali articolate e radicate; tali lavoratori verranno a subire un peggioramento del trattamento delle proprie condizioni di lavoro soprattutto relativamente al regime del licenziamento con ipotetica violazione dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dell'intero apparato normativo che ne discende.

Da ultimo l'assetto normativo del nuovo regime di tutela

avverso i licenziamenti scaturito dalla Corte costituzionale dovrà comunque essere valutato anche sotto la prospettiva dei principi di effettività ed adeguatezza che caratterizzano le norme a presidio di diritti di fonte eurounitaria e in particolare nel combinato con l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I parametri di adeguatezza della Corte costituzionale potrebbero non essere, infatti, condivisi dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con riferimento ai principi della Carta fondamentale anche in considerazione del rilievo, di non poco conto, che nelle spiegazioni (doc. 2007/C 303/02) dell'art. 30 viene chiaramente affermato che i principi ispiratori di tale norma sono tratti dall'art. 24 della Carta sociale europea, per l'interpretazione del quale il Comitato europeo dei diritti sociali ha elaborato delle chiare linee guida la cui valenza potrebbe essere rivalutata dalla Corte.

Nel caso di un eventuale accoglimento del giudizio promosso dalla CGIL avverso il d.lgs. n. 23/15 presso il Comitato europeo dei diritti sociali che dovesse ribadire la propria «giurisprudenza» contraria ad un sistema di tetti in caso di licenziamento illegittimo rinnovando l'esigenza di assicurare una tutela soddisfacente piena e dissuasiva, non può dirsi di certo scontato che la Corte di Giustizia dell'Unione, eventualmente investita della compatibilità dell'art. 10 con le norme eurounitarie, avalli l'attuale doppio regime sanzionatorio per i licenziamenti collettivi.

Nel concludere il mio intervento vorrei infine evidenziare le potenzialità delle fonti richiamate nella sentenza n. 194/18 della Corte per una politica giudiziaria tesa ad estendere forme di protezione nei confronti di rapporti di lavoro privi di qualsiasi tutela ancora presenti nel nostro ordinamento il più diffuso dei quali è di sicuro rappresentato dal rapporto di lavoro del personale domestico.

Sulla base di dati forniti da Luciana Mastrocola della FILCAMS CGIL, che da anni segue con passione il settore, siamo in presenza di un esercito di 800.000 lavoratori regio-

lari, per lo più donne, le cui fila diventano impressionanti (oltre 1.500.000 addetti) se si considera il sommerso, sostanzialmente privo di una tutela del posto di lavoro. La tradizionale avversità dell'ordinamento a riconoscere una sia pur minima tutela avverso i licenziamenti per tali lavoratori in ragione del particolare rapporto di fiducia non soddisfa tuttavia, gli standard sociali stabiliti dalla Carta sociale europea.

Già nel rapporto del 1993 il Comitato europeo dei diritti sociali aveva, infatti, evidenziato l'inadeguatezza dell'ordinamento italiano con riferimento proprio all'art. 24 della Carta per i lavoratori del settore domestico e per gli apprendisti per i quali il persistere del licenziamento *ad nutum* poneva l'Italia al di fuori degli standard sociali stabiliti.

L'estensione di una adeguata tutela a tutti i rapporti di lavoro viene ribadita anche nel documento annesso alla Carta sociale europea revisionata nel quale il rapporto di lavoro domestico non viene menzionato tra le tipologie contrattuali che possono essere escluse dagli Stati aderenti dalla portata dell'art. 24.

Ad oggi, tuttavia, il Parlamento italiano non ha ancora approvato nessuna misura tesa a colmare la violazione evidenziata dal Comitato. A ciò deve aggiungersi che la recente Convenzione Oil n. 189/11, ratificata dall'Italia, sebbene imponga di considerare la peculiarità del rapporto di lavoro domestico, introduce comunque un sistema di tutela che non trova alcun riscontro nel nostro ordinamento nazionale.

Anche il Parlamento europeo ha adottato nella seduta del 5 aprile 2016 una proposta di risoluzione sulle collaboratrici domestiche e le prestatrici di assistenza all'interno dell'Unione europea – 2015/2094(INI) – nella quale ha ribadito la necessità di assicurare uno standard di tutela nei confronti di tali categorie di lavoratori comprensivo di un regime di tutela avverso il licenziamento. Tale atto, sebbene non possa essere oggettivamente sufficiente per ritenere attratta la disciplina del lavoro domestico nell'ambito di una competenza dell'Unione onde assicurare l'applicazione dell'art. 30, certamente

costituisce una adeguata riprova della inadeguatezza della disciplina che viene assicurata dal legislatore nazionale a tali lavoratori.

Non appare quindi del tutto avventato ritenere che in un prossimo futuro la Corte costituzionale, investita della compatibilità con gli assetti normativi che scaturiscono dalle Convenzioni internazionali estenda, per contrasto con le norme interposte richiamate, la tutela per i licenziamenti anche nei confronti di quei rapporti residuali, non certo per numero di addetti, per i quali trova ancora applicazione un licenziamento del tutto privo di tutela.

Nel giungere alla conclusione del mio intervento, voglio solo accennare alle possibili prospettive future che si aprono dopo l'approvazione del pilastro sociale europeo del summit di Göteborg del dicembre 2017 nei confronti di rapporti di lavoro per i quali è oggi difficilmente ipotizzabile una forma di tutela avverso i licenziamenti in ragione della loro ardua riconducibilità al tipo subordinato di stampo codicistico e comunque per la loro estrema precarizzazione.

L'esigenza di assicurare uno standard sociale minimo (sebbene ancora in una prospettiva di tutela della concorrenza) ha determinato la Commissione dell'Unione ad approvare uno schema di direttiva – 2017/0355 (COD) – nel quale livelli di protezione adeguati anche per la perdita del lavoro dovranno essere assicurati in tutti i paesi per forme di lavoro non standard, sulla base di una nozione di lavoratore comune a tutti gli Stati tratta dai principi elaborati dalla Corte di Giustizia.

Appare quindi a mio avviso chiaro che in un mercato sempre più globalizzato anche la prospettiva internazionale dei diritti sociali affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 194/18, assume, diversamente dal passato, un ruolo di primo piano per il giurista che dovrà quindi abituarsi a confrontarsi con istituti, concetti e categorie nuovi con potenzialità straordinarie del tutto inesplorate.



1. Nel ringraziare per l'invito a partecipare a questo bel seminario, così ricco di stimoli e approfondimenti, mi piace osservare come all'indomani della sentenza n. 194/2018 si sia avviato un dibattito serrato, acceso e intenso (a volte, nella stessa giornata, se ne discute in luoghi diversi) quasi a placare una «fame» della dottrina a discutere finalmente di qualcosa di serio (giuridicamente serio), dinanzi alla pochezza del legislatore degli ultimi tempi.

In via preliminare, preciso da subito che sono tra coloro che hanno salutato la sentenza positivamente e con entusiasmo, per almeno due ordini di motivi.

Innanzitutto, per la densità assiologica che in essa la Corte esprime, descrive e valorizza, con un *modus procedendi* – riprendendo le parole di Perulli – che rilancia il pensare per valori come la vera frontiera (mobile, ma imprescindibile) del diritto del lavoro. La sentenza, come già ampiamente sottolineato da chi mi ha preceduto, riporta al centro il rilievo del lavoro nell'impianto costituzionale collegato al valore della «persona» ed è sicuramente «pro labour».

Diversi sono i passaggi in tal senso. Laddove, ad esempio, si ricorda che «l'affermazione sempre più netta del “diritto al lavoro” (art. 4, primo comma, Cost.), affiancata alla “tutela”

\* Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro presso l'Università di Foggia.

del lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni” (art. 35, primo comma, Cost.), si sostanzia nel riconoscere, tra l’altro, che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro. Il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele» (punto 9.1. del *Considerato in diritto*). O, ancora, quando il giudice delle leggi ricava l’irragionevolezza del rimedio previsto dall’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 (che àncora la tutela risarcitoria all’unico parametro dell’anzianità di servizio), dal «particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35 Cost.), per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana» (punto 3. del *Considerato in diritto*). E prosegue ricordando, con parole nette ed essenziali, come «il «diritto al lavoro» (art. 4, primo comma, Cost.) e la «tutela» del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.) comport[an]o la garanzia dell’esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti» (punto 4. del *Considerato in diritto*).

In secondo luogo, la portata, direi, storica, di questa pronuncia rinviene anche (e soprattutto) dal recupero della centralità del giudice nella definizione del *quantum* dell’indennizzo. Finalmente si restituisce al giudice ordinario un ampio potere nella quantificazione della tutela risarcitoria, sia pure entro precisi criteri; il giudice deve tener conto, infatti, anche di altri fattori, consolidati nel nostro ordinamento e che vengono, da tempo, esplicitati nell’art. 8, l. n. 604/1966 e nell’art. 18, comma 5, l. n. 300/1970 e che fanno riferimento al numero dei dipendenti dell’azienda, alle dimensioni dell’attività economica, al comportamento tenuto dalle parti nel corso della controversia ed alle loro condizioni. Il legislatore – osserva la Corte – ha «sempre valorizzato la molteplicità dei fattori che incidono sull’entità del pregiudizio causato dall’in giustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura

del risarcimento» (punto 11. del *Considerato in diritto*) e la ponderazione di tali fattori spetta al giudice del lavoro, nell'esercizio della sua valutazione discrezionale. Ecco, dunque, che i giudici costituzionali fanno riemergere il ruolo ineludibile della funzione giurisdizionale nel suo significato più pregnante e responsabilizzante, quello dell'individuazione della soluzione più adeguata al caso concreto.

2. Detto ciò, vorrei ora soffermarmi su quello che nella sentenza non c'è, ovvero su alcune questioni aperte, nella consapevolezza che tutti i problemi che una normativa disordinata pone (come quella sulla tutela contro i licenziamenti illegittimi di cui al d.lgs. n. 23/2015 ma anche dell'art. 18 St. lav., novellato dalla l. n. 92/2012) non si risolvono certo rimettendoli alla legittima discrezionalità della Corte costituzionale.

Intendo partire da una domanda: che fine ha fatto la reintegrazione? Che fine ha fatto il «valore» della tutela reale? Indubbiamente la Corte non è stata chiamata a pronunciarsi su questa tematica, visto che già nell'ordinanza di rimessione, sostanzialmente, si dice che, considerati i precedenti della giurisprudenza costituzionale, non sia neppure il caso di porsi il problema della compatibilità del rimedio economico con i principi della Costituzione e, dunque, della copertura costituzionale della tutela reintegratoria.

Il giudice delle leggi, tuttavia, nel suo argomentare, richiama proprio alcuni precedenti, ribadendo come la scelta fra tutela restitutoria e tutela economica sia rimessa alla decisione discrezionale del legislatore ordinario e ponendo come argine il rispetto del principio di ragionevolezza e, conseguentemente, quello di uguaglianza.

In particolare, viene richiamata la nota sentenza n. 45/1965, che nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2118 c.c., sollevata in riferimento all'art. 4 Cost., afferma che il diritto al lavoro, «fondamentale diritto

di libertà della persona umana», non garantisce «il diritto alla conservazione del lavoro». È bene ricordare, tuttavia, che in quella stessa sentenza la Corte parla in termini di «progressiva garanzia del diritto al lavoro», per cui, pur non essendoci il diritto alla conservazione del posto, «ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia *erga omnes*, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti».

Può, dunque, osservarsi che se è vero che la discrezionalità del legislatore c'è e rimane, questa va esercitata comunque nella «graduale» attuazione del disegno costituzionale «in avanti» e non indietro.

Un'altra sentenza più volte richiamata è, poi, la n. 194/1970, dove la Corte afferma una cosa molto precisa: innanzitutto, che l'attuazione completa della Costituzione si realizza con la tutela reale (così si legge: «I principi cui si ispira l'art. 4 della Costituzione [...] esprimono l'esigenza di un contenimento della libertà del recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro e quindi dell'ampliamento della tutela del lavoratore, quanto alla conservazione del posto di lavoro») e, poi, che questa non è un vincolo, poiché «resta tuttavia affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale». È proprio il riferimento «alla situazione economica generale» che merita di essere posto in rilievo, in quanto può condurre a valutazioni mutevoli nel tempo. Basti pensare ai dati più recenti sulla disoccupazione

che dimostrano come la sempre maggiore marginalizzazione della tutela reale non abbia affatto prodotto l'aumento dei posti dell'occupazione; è stata ampiamente smentita dai fatti la famosa e sbandierata correlazione tra abbassamento della tutela reale e incremento dell'occupazione. E già solo questo avrebbe potuto portare a considerazioni diverse sul «valore» della tutela reale, sul suo fondamento costituzionale e la sua funzione in termini di ampliamento della tutela del lavoratore, per correggere quel disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro (che pure la Corte riconosce espressamente al punto 9.1. del *Considerato in diritto*).

Ebbene, proprio riprendendo questi due precedenti, si può affermare che, se da una parte è vero che dall'art. 4 Cost. il giudice delle leggi non abbia fatto mai discendere né il diritto all'ottenimento di un posto di lavoro né alla conservazione di questo, riconoscendo esclusivamente un diritto a non essere arbitrariamente licenziati come «contenuto minimo» espresso dalla norma (a partire dalla famosa sentenza n. 45/1965), è anche vero che la Corte ha da sempre riconosciuto che la tutela indennitaria «è espressione iniziale e non completa» (Corte cost. n. 194/1970) del disegno costituzionale e che quindi resta la discrezionalità del legislatore nell'attuazione «con gradualità», «quanto alla scelta dei tempi e dei modi (di attuazione), in relazione alla situazione economica generale».

Ne consegue che se la tutela indennitaria è una «iniziale» tutela verso la progressiva attuazione, la tutela reintegratoria, come disegnata dal legislatore negli artt. 18 e 35 dello Statuto, rappresenta «una più ampia tutela reale» e una «progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost.» (Corte cost. n. 194/1970, ma anche poi Corte cost. n. 2/1986). E, dunque, come riconosciuto, tra l'altro, dalla Cassazione a Sezioni Unite (n. 141/2006), «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost, subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma».

Vi è infine un altro precedente costituzionale più volte rievocato nella sentenza di cui si discute oggi, ovvero la n. 303/2011, con cui la Corte dichiara non fondate tutte le questioni di legittimità costituzionale che le erano state sottoposte, relative alla indennità risarcitoria prevista nei casi di conversione del contratto a tempo determinato dall'art. 32, commi da 5 a 7, l. n. 183/2010 (cd. Collegato lavoro). Anche qui, ancora una volta, si dice che il legislatore ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela solo risarcitorio-monetario: «La tutela reintegratoria non costituisce l'unico paradigma attuativo degli artt. 4 e 35 Cost., purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza». Si fonda la legittimità della normativa censurata sul fatto che «la normativa in esame, anche attraverso il ricorso ai criteri indicati dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, consente di calibrare l'importo dell'indennità da liquidare in relazione alle peculiarità delle singole vicende, come la durata del contratto a tempo determinato (evocata dal criterio dell'anzianità lavorativa), la gravità della violazione e la tempestività della reazione del lavoratore (sussumibili sotto l'indicatore del comportamento delle parti), lo sfruttamento di occasioni di lavoro (e di guadagno) altrimenti inattuabili in caso di prosecuzione del rapporto (riconducibile al parametro delle condizioni delle parti), nonché le stesse dimensioni dell'impresa (immediatamente misurabili attraverso il numero dei dipendenti)».

Vorrei, però, ricordare come nella stessa sentenza si precisa anche che «in definitiva, la normativa impugnata risulta, nell'insieme, adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi. Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta della prestazione, né di oneri probatori di sorta». È questo un passaggio importante (non ripreso nella sentenza n. 194/2018), in quanto si puntualizza che in quella

fattispecie la tutela economica predisposta è adeguata perché comunque c'è una consistente tutela restitutoria. Una precisazione, dunque, certo di non poco conto.

Insomma, se è vero che la Corte costituzionale ha sempre negato l'esistenza di un diritto alla conservazione del posto di lavoro, è altrettanto innegabile come essa abbia comunque fornito una serie di «argomenti costituzionali» tesi a valorizzare la tutela reale e a non ridurla a una mera tutela residuale. E, dunque, forse la sentenza n. 194 avrebbe potuto rappresentare una importante occasione per recuperare – sia pure in termini meramente di principio – la centralità del valore della reintegrazione nel posto di lavoro, proprio in connessione con la centralità della «persona» del lavoratore e dell'«ampliamento» delle sue tutele, nell'attuale contesto economico.

3. Vorrei, poi, aggiungere, due ultime brevi riflessioni in merito ad alcuni passaggi argomentativi della sentenza n. 194 che mi destano qualche perplessità. Mi riferisco, innanzitutto, a quando la Corte, nel legittimare il rimedio economico, spiega che la scelta è ragionevole a condizione di «realizzare un adeguato temperamento degli interessi in conflitto» (punto 12.1. del Considerato in diritto). Ora, mi risulta difficile capire cosa ci sia da temperare, posto che nel caso in esame si è dinanzi a un licenziamento illegittimo da cui deriva la perdita dell'occupazione. Qui non entra in gioco un temperamento, quanto semmai la riparazione del danno che il lavoratore ha subito.

La seconda riflessione coinvolge il principio della ragionevolezza che ritorna nella sentenza, opportunamente, con riferimento alla violazione del principio di eguaglianza, allorché il legislatore utilizza un metodo di quantificazione uguale per tutti (l'anzianità di servizio). La Corte così si esprime: «All'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza.

La previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse».

È il richiamo, qui, al «bilanciamento con i valori dell'impresa» che non mi convince pienamente. L'esercizio illegittimo del potere datoriale di licenziare non mi pare, infatti, possa rientrare tra i valori dell'impresa; non è affatto un valore meritevole di tutela. Quando il giudice ordinario ha validato come ingiustificato il licenziamento, è allora che ha effettuato un bilanciamento tra il diritto alla stabilità del lavoratore (che esiste fino a quando non sopravviene una giustificazione) e la libertà di iniziativa economica dell'impresa (che può essere esercitata fino a quando esiste una giustificazione del licenziamento). E, dunque, il bilanciamento è stato già operato e al giudice non resta altro che calibrare l'indennizzo entro i confini posti dal legislatore, considerando l'effettivo danno subito dallo stesso.

In conclusione, queste mie brevi e sommarie osservazioni vogliono fornire solo alcune suggestioni per evidenziare come, nonostante la sentenza n. 194 segni indubbiamente un passo importante per rafforzare la tutela del lavoratore (e, ancora una volta, consacrare il ruolo di supplente della Corte costituzionale rispetto a un legislatore caotico e incapace), resti il fatto che il lavoratore (ingiustamente licenziato) rimanga comunque senza una occupazione, in un momento storico di massima precarietà e carenza di offerta di lavoro, e la reintegrazione risulti una mera chimera.

1. Personalmente, di fronte alla sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018, mi ritrovo a oscillare fra due stati d'animo, molto diversi e in qualche misura tra loro in conflitto.

Un primo stato d'animo, che pure potrebbe prevalere, è di approvazione e soddisfazione. La sentenza ha un merito indiscutibile, che è quello di mettere in crisi l'assunto, di metodo e di valore al tempo stesso, su cui si fonda il sistema delle illusorie tutele crescenti. Non mi riferisco alla certezza del *firing cost*, ma all'esecrabile combinazione di quest'ultima con una scala di indennizzi economici palesemente inadeguati in termini di efficacia della reazione sanzionatoria, specie se posti in relazione con tutta la serie di restrizioni sostanziali fissate dal legislatore a presidio e contenimento esattamente del meccanismo sanzionatorio.

L'assunto di sistema che viene censurato da un punto di vista valoriale, nella sostanza, è quella visione funzionalmente orientata a marginalizzare – non affatto subliminalmente – il principio fondante ben sintetizzato dalla Corte nella puntualizzazione che «l'affermazione sempre più netta del “diritto al lavoro” (art. 4, primo comma, Cost.), affiancata alla “tutela” del lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni”

\* Professore ordinario di Diritto del lavoro e della Previdenza sociale presso l'Università «Parthenope» di Napoli.

(art. 35, primo comma, Cost.), si sostanzia nel riconoscere, tra l'altro, che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro. Il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele».

Dunque, non solo si riaprirà il contenzioso e si avrà un recupero di affidamento da parte dei lavoratori ma anche sul piano del dibattito, scientifico in senso lato, c'è la possibilità di rinnovare temi e ragionamenti per mettere in discussione i presupposti teorici che avevano retto la discutibile scelta legislativa; quindi si assiste all'opportunità di ipotizzare nuovi equilibri della tutela verso il licenziamento illegittimo, pur conservando l'acquisita funzione residuale della tutela reale.

Tutto ciò non è poco e proprio il dibattito cui oggi partecipiamo in gran numero è la riprova del produttivo circolo ermeneutico che la sentenza ha aperto.

2. Se l'impatto emotivo è dunque favorevole, guardando alle ricadute forensi e culturali della sentenza n. 194, l'approfondimento più tecnico genera inevitabilmente un certo scoramento per l'occasione in parte persa: per il fatto, cioè, che la Corte non abbia percorso sempre con adeguate argomentazioni l'intero ventaglio delle questioni offerte dall'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma. Da questa prospettiva l'esito finale rappresenta davvero il minimo che ci si potesse aspettare dal responso della Corte costituzionale. L'accoglimento o, almeno, una ripresa più critica e approfondita di alcune delle altre questioni di doglianza costituzionale avrebbe consentito una rivisitazione più strutturata dell'impianto valoriale in transizione del diritto del lavoro degli ultimi dieci anni. In altre parole si è persa l'occasione di una registrazione in chiave costituzionale, anche multilivello, dei principi e

delle regole paradigmatiche della nostra materia; la quale proprio intorno alla disciplina del licenziamento, e ai temi della stabilità del rapporto di lavoro, ruota.

Francamente la lettura del giudice costituzionale mi pare in molti passaggi inappagante, su un versante che – penso – non sia improprio definire epistemologico. Intendo cioè riferirmi allo scioglimento di uno snodo fondamentale: quello della irragionevolezza del differente trattamento *ratione temporis*.

Trovo necessario riprendere alcuni passaggi della motivazione:

«La modulazione temporale dell'applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015, censurata dal rimettente, non contrasta con il “canone di ragionevolezza” e, quindi, con il principio di eguaglianza, se a essa si guarda alla luce della ragione giustificatrice – del tutto trascurata dal giudice rimettente – costituita dallo “scopo”, dichiaratamente perseguito dal legislatore, “di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione” (alinea dell’art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014).

Lo scopo dell'intervento, così esplicitato, mostra come la predeterminazione e l'alleggerimento delle conseguenze del licenziamento illegittimo dei lavoratori subordinati a tempo indeterminato siano misure dirette a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro per chi di un lavoro fosse privo, e, in particolare, a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Il regime temporale di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 si rivela coerente con tale scopo. Poiché l'introduzione di tutele certe e più attenuate in caso di licenziamento illegittimo è diretta a incentivare le assunzioni a tempo indeterminato, appare coerente limitare l'applicazione delle stesse tutele ai soli lavoratori assunti a decorrere dalla loro entrata in vigore, quelli, cioè, la cui assunzione avrebbe potuto essere da esse favorita».

Ritengo che questo ragionamento della Corte costituzionale non renda giustizia all'ordinanza di rimessione; e trovo,

per di più, che su un piano logico esso si atteggi evidentemente alla stregua di un'argomentazione tautologica e autoreferenziale. Oltre ad essere in gran parte smentita dagli andamenti dei flussi occupazionali post regime delle tutele crescenti. Ma una misura legislativa che poggia la propria ragionevolezza su evidenze empiriche socio-economiche non può prescindere da esse; e queste evidenze non possono essere solo formalisticamente presupposte. Il bilanciamento costituzionale tra alleggerimento delle tutele e diritto al lavoro trova la sua giustificazione solo e se l'obiettivo enunciato è poi perseguito nonché realizzato. Una tale valutazione di impatto non era preclusa al giudice costituzionale che si svincola, *tranchant*, con l'affermazione per cui: «Non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito».

Peraltro, c'è anche una sottile, freudiana contraddizione, perché in quel medesimo passaggio il giudice costituzionale rileva come quella finalità di incremento è supportata dall'elemento innovativo della certezza della misura sanzionatoria («poiché l'introduzione di tutele certe [...] è diretta a incentivare le assunzioni a tempo indeterminato, appare coerente limitare l'applicazione»); si valorizza quindi il rapporto univoco tra un sistema legato alla sola valutazione dell'anzianità e il positivo incremento occupazionale che può derivarne. Ma nel momento in cui è lo stesso giudice costituzionale nelle sue conclusioni a far saltare il sistema introducendovi robuste dosi di discrezionalità giudiziale, proprio quel sistema certo che nel suo stesso ragionamento legittimava la disparità di trattamento, superando quello è in discussione anche la sopravvivenza della ragionevolezza della disparità di trattamento.

Molto semplicemente: la certezza della sanzione favorisce e sostiene l'incremento occupazionale, questo e l'altra si tengono. Se viene meno la certezza, riaffidando alla discrezionalità del giudice la molteplicità dei criteri – peraltro, a mio modo di vedere, non solo quelli «tabellati» ovvero codificati

– per l'individuazione della sanzione più giusta, è chiaro che il giudice della Corte costituzionale sta direttamente squilibrando quel rapporto e quella relazione che esso stesso ha individuato come virtuosi per legittimare la disparità di trattamento.

3. C'è poi un ultimo punto su cui ho piacere di condividere una mia riflessione, mi rendo conto troppo veloce e assertiva. Ma ci tengo. È un tema che non riguarda soltanto la sentenza della Corte, ma attiene, in senso più ampio, a tutta l'area problematica del risarcimento del danno, *anche* in caso di licenziamento illegittimo.

Dobbiamo recuperare un attimo il senso della quantificazione del danno rispetto alla convivenza – che prima c'era e che non c'è nel d.lgs. n. 23/2015 – tra reintegrazione e risarcimento del danno. Mi spiego meglio, proprio in relazione a un passaggio puntuale della Corte costituzionale: minimo e massimo convivono e hanno una loro ragionevolezza costituzionale. Forse sì, ma è vero che la ragionevolezza di una indennità forfetizzata come risarcimento in caso di licenziamento illegittimo intanto riesce a passare indenne il vaglio di ragionevolezza in quanto nelle altre ipotesi residuali, o di applicazione dell'art. 18, ci sia l'affiancamento con la tutela reintegratoria. Mi spiego: se è vero che la finalità del sistema dev'essere duplice, risarcitoria e dissuasiva (e in sintesi sono molto d'accordo con la lettura in termini di danni punitivi), allora è anche vero che la parte punitiva è la reintegrazione e la parte risarcitoria, a quel punto, è compensata e consente anche una perimetrazione che escluda la risarcibilità per intero del danno.

È, esattamente, quello che capita in termini analogici nel pubblico impiego con riferimento al tema della conversione del contratto a tempo determinato. Quindi, il tema del risarcimento del danno secondo me, nell'ottica di una rivisitazione

delle tecniche di quantificazione in caso di licenziamento illegittimo, deve tenere conto del fatto che nel ragionamento della Corte costituzionale non si considera che un minimo e un massimo sono effettivamente ragionevoli e deterrenti, ma solo se ulteriori rispetto ad altre forme di tutela. Lo so che è un'ipotesi non dico avventurosa ma un po' audace, però io mi spingerei a dire che il minimo e il massimo sono un unico. Cioè rappresentano la quota-base che il giudice accerta di *default* in ragione dell'applicazione di quei criteri individuati dalla legge stessa, più la possibilità – anche superando i 36 mesi – della dimostrazione del danno ulteriore.

Detto questo, e vado a chiudere, mi sembra che riflettere sulla sentenza n. 194 debba servire, piuttosto che a fare un esercizio di commento, di riflessione sulla sentenza stessa, a rileggere i temi del risarcimento del danno. Non soltanto per quanto riguarda il licenziamento illegittimo ma anche per le ipotesi di conversione del contratto a termine, nella prospettiva di una vera lotta contro il precariato, che passa ovviamente per il licenziamento ma prima ancora per la struttura stessa della stabilità del rapporto: stabilità che non è soltanto tutela verso il licenziamento. Forse promuovere una riflessione integrata sulla flessibilità, sulla precarietà, sul licenziamento ma anche sulla disciplina della conversione attualmente praticata, secondo me aiuterebbe ancora di più a gettare luce su una fase molto critica del diritto del lavoro: fase solo un po' meno critica, oggi, dopo la sentenza n. 194 della Corte costituzionale.

Vi ringrazio.

Grazie molte dell'invito.

Mi fa molto piacere partecipare a questa iniziativa, che è anche celebrativa di un esito per nulla scontato.

Devo dire che analizzando la sentenza – e questo è un punto di vista senz'altro personale – sono incline a vedere più i lati positivi che quelli critici e negativi, pure presenti e consistenti, come è stato da molti sottolineato. Ritengo anche – ma questa è una valutazione politica, certo opinabile – che l'esito rappresenti probabilmente il massimo ottenibile, nel momento e contesto storico.

Vedo comunque tre profili, nella pronuncia, che a me piacciono particolarmente: sono a loro volta già stati indicati e quindi non dico cose nuove. Mi limito a sottolinearne il rilievo.

Il primo si lega alle precisazioni ed argomentazioni sul «principio giuslavoristico». Ne parlava innanzitutto Pallante. La sentenza infatti attribuisce rilievo a valori, principi ed articoli della Costituzione pressoché dimenticati. La ripresa del contatto, del dialogo con i principi fondamentali della Costituzione – oltre che auspicabilmente gravida di effetti sugli indirizzi interpretativi non solo della Corte costituzionale ma anche dei giudici, per quel che verrà – costituisce un fatto

\* Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Bologna.

nuovo molto rilevante. In questo momento storico e contesto politico, si ripete.

Io ritengo che due elementi soprattutto caratterizzino e distinguano la nostra Costituzione, rispetto alle altre dei paesi occidentali che fecero proprio il modello dello Stato sociale: il principio denominato «lavoristico» appunto, rispetto a cui furono ispiratrici le vicende di Weimar e forse più ancora della Costituzione repubblicana pre-franchista spagnola. Inoltre l'antifascismo, che pure vorrei ricordare.

Ci furono dibattiti molto rilevanti sul «principio lavoristico» negli anni cinquanta. In effetti quella di Mortati non rappresentava la presa di posizione più radicale, come noto: perché Natoli proponeva una interpretazione dell'articolo 1 della Costituzione in collegamento con l'articolo 3. Sostenendo quindi che la Repubblica fosse fondata sull'apporto dei «lavoratori» più deboli e bisognosi di emancipazione: i prestatori subordinati ma anche tanti altri operanti con contratti associativi nel settore primario, allora ancora nettamente preponderante.

Però ricordo che anche l'impostazione di Mortati è rivoluzionaria. Perché l'idea che al centro del sistema giuridico e di valori si collochi il lavoro – ed il reddito in tal modo generato – realizza una nettissima soluzione di continuità rispetto al ruolo della rendita e del patrimonio, di fatto dominanti nei secoli (e millenni) precedenti.

Il punto è che oggi proprio la rendita ed il patrimonio sono ritornati al centro del sistema economico: basti leggere al riguardo Piketty. Il che individua in maniera del tutto chiara la distanza nel frattempo creatasi tra Costituzione formale e materiale, potrebbe dirsi: e spiega pure i ripetuti tentativi di adeguare la prima alla seconda, fortunatamente per ora non andati a buon fine.

La Corte però nella pronuncia (ri)propone proprio un collegamento con il punto di vista apparentemente negletto ed abbandonato: anche se la prospettiva in tal modo individuata deve essere evidentemente rafforzata; il terreno in cui il seme

è stato dalla Corte (di nuovo) gettato deve essere senz'altro reso fertile.

Quest'ultimo è un aspetto su cui la CGIL stessa non può evidentemente esimersi dall'intervenire.

Ricordo peraltro che la sentenza giunge ad esito di un percorso, articolato e complesso, di reazione (anche) al Jobs Act, preordinato ed organizzato proprio dalla CGIL: il quale prevedeva un intervento in sede contrattuale; in sede giurisdizionale, attraverso istanze di illegittimità costituzionale; in sede ancora di riforma legislativa, anche mediante ricorso a referendum abrogativi.

C'è stata innanzitutto allora l'elaborazione della «Carta dei diritti universali del lavoro», testo discusso e discutibile nei contenuti: cui tuttavia si deve una dinamica complessiva molto importante ed interessante. A proposito appunto di come provare a rendere fertile un terreno abbandonato.

Parlo della diffusione e discussione di quel testo, indubbiamente portatore di una modalità molto diversa di intendere oggi il lavoro e la tutela dei prestatori, attraverso migliaia di assemblee con gli associati alla CGIL ed i lavoratori. Quindi della raccolta di firme che ha accompagnato la presentazione del disegno di legge di iniziativa popolare così come i referendum: su questi emergendo un primo confronto, in tal caso piuttosto traumatico, come noto, con la Corte costituzionale, a proposito della ammissibilità del quesito sui licenziamenti.

Oggi la Corte accoglie invece una parte non insignificante dei rilievi di illegittimità costituzionale prospettati con ricorso giurisdizionale patrocinato e sostenuto sempre dalla CGIL. Ma nel fare questo è come se la Corte si affidasse appunto alla società civile ed ai soggetti qui presenti, tra i più importanti dei quali si colloca senz'altro la CGIL, perché il messaggio ed il segnale inviati non restino senza seguito. In un contesto che era e resta nel complesso difficile ed ostile.

Si sta in effetti per celebrare un importante congresso della

confederazione: e questa potrebbe essere la sede giusta proprio per provare ad affrontare il grande tema di una nuova prospettiva concernente il lavoro. Della critica e possibilmente del superamento di una egemonia culturale e politica che ha nel frattempo del tutto ridimensionato il valore ed il rilievo del lavoro.

Poi c'è un altro aspetto della sentenza che a me sembra di notevolissimo significato. Marco Barbieri ha prima escluso che oggi sia stata ripristinata una adeguata «deterrenza» per le grandi imprese. Forse su questo ha ragione: ricordando però come per la grandissima impresa probabilmente la «deterrenza» non ci sia mai stata. Neanche in presenza dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro, considerata la prassi storica di adempiere all'obbligo di corrispondere la retribuzione ma non di reintegrare. *Fiat docet.*

Per le altre imprese però io penso che la sentenza della Corte faccia invece riemergere un sistema accettabile di deterrenza, a fronte di licenziamenti *contra legem*. Perché la somma da versare per le imprese non è più prevedibile e non è neanche modestissima.

Con effetti non solo sul rispetto delle norme concernenti il licenziamento ma dell'insieme delle previsioni costituenti il diritto del lavoro. Perché quest'ultimo dopo il Jobs Act secondo me aveva perso corpo, non c'era più. Una serie vasta o vastissima di disposizioni, che non erano però più concretamente applicate: o rischiavano sempre più seriamente di non esserlo. Considerato che il timore di perdere il lavoro, in questo momento storico ma non solo, la fa da padrone.

Oggi invece secondo me la situazione cambia in termini significativi.

Infine il terzo elemento della pronuncia che mi piace valorizzare è quello della apertura rispetto alla dimensione internazionale. Altro profilo potenzialmente molto significativo, perché davvero sono molte le norme che potrebbero essere considerate in un ragionamento che guardi in modo sistematico ed attento in questa direzione. Quelle contenute

nella Carta sociale ed in precedenza già ricordate. Ma si pensi anche alle Convenzioni OIL ratificate – che spesso non sono conosciute nel dettaglio: ben oltre i famosi «core labour standards» quindi – e che potrebbero risultare utili in tante direzioni, una vera e propria miniera di disposizioni fino ad oggi per lo più trascurate.

Si pensi al ragionamento sulla reintegrazione: che potrebbe essere reimpostato, rafforzando quanto già oggi forse individuabile nelle pronunce della stessa Corte costituzionale, come hanno spiegato prima di me. Anche se si tratta in tal caso di un percorso non certo semplice. Ma anche ad es. alla Convenzione OIL sulla discriminazione, dove si fa riferimento a fattori ulteriori rispetto a quelli individuati dalla legge nel nostro ordinamento.

Ebbene se tutta la normativa internazionale assume rilievo di norma interposta, sui presupposti precisati ora dalla Corte costituzionale (con il tema fondamentale, secondo me al momento «chiuso» in modo sin troppo frettoloso ed apodittico innanzitutto dalla Corte di Giustizia, di cosa significhi *hard law* per il diritto dell'Unione europea), possono emergere sviluppi tanto fecondi quanto interessanti. Ciò rendendo l'apporto di Giovanni Orlandini, tra i massimi conoscitori in Italia di tali aspetti, importantissimo per la CGIL.

I punti deboli della sentenza, sull'altro versante, sono stati indicati con molta puntualità: su tali critiche non potendosi non convenire. Si tratta – badate bene – di aspetti tutt'altro che marginali ed irrilevanti: perché anche quelle affermazioni possono essere gravide di significati, questa volta negativi.

Dal ragionamento sulla legittimità di norme che seguono una all'altra nel tempo: quando nel caso che ci interessa le previsioni differenti invece convivono nel tempo. Alla stessa ragionevolezza autodimostrata della regolamentazione considerata.

Segnalo anche le osservazioni molto curiose a proposito dei dirigenti, su cui pure si soffermava stamattina Pallante: perché è vero che per i dirigenti ci sono sempre state norme

diverse; queste però erano disposizioni che sfavorivano – e non, come nel caso sempre analizzato, favoriscono – i dirigenti.

Qui abbiamo punti sicuramente molto discutibili della pronuncia.

Formulo due osservazioni finali su altre rilevanti questioni pure affrontate.

Il danno provocato al lavoratore dal licenziamento illegittimo, secondo il punto di vista accolto sempre dalla Corte, come si quantifica?

Non sono così convinto di quanto sostenuto, per esempio, da Valerio Speciale, sul fatto che corrispondere il minimo di sei mensilità costituisca ipotesi residuale: comunque forse ciò potrà avvenire di fatto; non credo necessariamente in diritto. Allo stesso modo vedo alcuni limiti nella tesi sostenuta da Stefano Giubboni: per cui le somme già risultanti secondo la regolamentazione oggi dichiarata illegittima, emergenti grazie al meccanismo prefigurato di connessione esclusiva con l'anzianità di servizio, debbano essere mantenute nel minimo anche oggi. Anche perché, impostando in tal modo la questione, potrebbe restare ferma per il datore la convenienza a licenziare sempre e comunque il lavoratore più giovane: cosa che personalmente giudico in termini negativi.

Invece forse il ragionamento da sviluppare, in linea con quanto sostenuto da Marco Barbieri, concerne la funzione che il risarcimento svolge, anche alla luce delle norme indicate. C'è una funzione ripristinatoria, soddisfattoria del risarcimento. Accanto ad essa potrebbe però assumere rilievo pure la funzione sanzionatoria – si tratta di una problematica complessa, dal punto di vista civilistico. Anche perché le norme di riferimento spesso non hanno a che fare solo con il primo aspetto: si pensi ad es. alla considerazione, tra i criteri ritenuti rilevanti, del «comportamento delle parti».

Un ultimo rilievo. Tra le tante norme che restano fortemente sospette di illegittimità costituzionale, nel d.lgs. n.

23/2015, c'è quella (art. 4) che continua a stabilire una sanzione davvero risibile, in caso di licenziamento, a fronte di violazioni formali. Mi chiedo se ciò non possa oggi – in particolare dopo la sentenza della Corte – rendere forte e concreta, per il datore, quella tentazione di cui si parla per la verità dal 2012, in relazione alle modificazioni già introdotte dalla Riforma Fornero. La tentazione cioè di non motivare affatto (o il meno possibile) al momento del licenziamento, nell'obiettivo di corrispondere appunto i soli irrisori importi stabiliti per violazioni formali.

Certo in tal modo il datore assume anche dei rischi, considerata la spregiudicatezza della strategia. Però è talmente grande la differenza tra regimi sanzionatori che mi chiedo se non ci sia un pericolo del genere.

A dimostrazione del fatto che la via per rendere complessivamente ragionevole ed adeguata, sul piano della legittimità costituzionale ma anche della semplice opportunità, la normativa sui licenziamenti sia comunque ancora molto lunga.

Grazie.



Dopo il grande livello e la completezza delle relazioni e degli interventi che hanno preceduto il mio, è complicato aggiungere qualcosa di originale sulla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale.

È infatti stato detto quasi tutto, con qualche sfumatura differente nelle valutazioni sia delle motivazioni che delle ricadute «di sistema» che essa inevitabilmente è destinata ad avere.

Io qui posso dare un contributo utile alla discussione non tanto a livello teorico, quanto nell'ottica dell'operatore pratico: quindi mi concentrerò più che altro su quelli che potranno essere gli effetti concreti della sentenza sull'attività delle strutture vertenziali del sindacato e degli avvocati di riferimento.

Non posso però esimermi dall'esprimere prima il mio giudizio complessivo su questa decisione.

Devo ammettere che, quando ho ricevuto telefonicamente dal prof. Andreoni la notizia (c'era allora soltanto il comunicato stampa appena pubblicato e non ancora la motivazione) ho fatto dei veri salti di gioia.

E non credo di essere stato l'unico.

Questo perché il clima plumbeo che abbiamo vissuto in questi anni di Jobs Act, nei quali siamo stati sovrastati dal

\* Avvocato del foro di Torino.

punto di vista anche culturale dagli avversari, mi induceva ad un certo pessimismo.

Considerato il contesto, il risultato è veramente importante, sarebbe ingeneroso e sbagliato politicamente il negarlo o anche solo il ridurne la portata.

Certo, la sentenza ha dei grossi limiti. Mi ha molto colpito il fatto che le critiche più penetranti – sia in termini di contraddizioni interne alla motivazione ma anche in termini di possibili ricadute negative sul piano interpretativo – siano state mosse proprio dal prof. Pallante, un costituzionalista. Il che è particolarmente significativo.

E sono critiche che condivido, ma non posso non segnalare come, a mio giudizio, questa pronuncia rappresenti un'inversione di tendenza rispetto agli orientamenti legislativi da molti anni a questa parte. Ciò a maggior ragione, in quanto non è l'unico evento importante e positivo avvenuto nel 2018.

Ad essa si lega saldamente l'altra pronuncia, la numero 77/2018, quella sull'art. 92 del codice di procedura civile nel testo modificato dal decreto legge n. 132 del 2014, la quale ha ampliato il perimetro della compensazione delle spese nelle cause di lavoro.

Le due decisioni sono tra loro legate da un importante «filo rosso», quello della valorizzazione della funzione giurisdizionale e dei poteri del giudice, ma anche della rivitalizzazione del ruolo dell'avvocato ed in genere delle strutture che si occupano della difesa dei diritti dei lavoratori.

Ed io iscrivo, come terzo tassello, come altro mattoncino – per usare un'espressione che ho condiviso con qualcuno discutendo informalmente stamattina –, nella faticosa ricostruzione del diritto del lavoro devastato dal Jobs Act, anche la reintroduzione delle causali nel contratto a tempo determinato e nella somministrazione che personalmente, pur con tutti i limiti di quell'intervento normativo, non posso che giudicare positivamente.

Questo è un altro evento del 2018, che mi induce a dire

che si assiste non solo ad un'inversione di tendenza, ma forse ad un vero e proprio cambio di clima.

Del resto questo cambio di clima non ci è arrivato dal cielo, per grazia ricevuta: sono invece i primi risultati importanti delle innumerevoli iniziative politico-sindacali di contrasto al Jobs Act poste in essere dalla CGIL da subito, a partire dallo sciopero generale del dicembre del 2014, passando per le iniziative referendarie (sulle quali non voglio riaprire la discussione), come pure per il prezioso e grandissimo sforzo anche di elaborazione profuso per la stesura della Carta dei diritti, ed arrivando alle azioni più propriamente giudiziarie, dal ricorso al Comitato europeo dei diritti sociali alle eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate in numerosi giudizi sostenuti dalla CGIL avanti i giudici di merito, in uno dei quali è stata pronunciata l'ordinanza di rimessione ora parzialmente accolta dalla Corte.

Si stanno insomma vedendo finalmente i primi risultati di questo sforzo straordinario, ed è questo l'elemento politico che non deve sfuggire, ed anzi che va ancor di più valorizzato rispetto a quanto siamo qui riusciti a fare.

Come dicevo, noi in questi anni abbiamo perso molto sul piano politico e culturale, ho parlato prima di anni plumbei del Jobs Act, con lo smantellamento di diritti e garanzie dei lavoratori ed anche l'azzeramento del contenzioso di qualità nelle aule giudiziarie a causa anche di un processo diventato complicato e costoso.

Siamo stati sconfitti in uno scontro politico ma abbiamo perso anche nella battaglia culturale.

In quest'ottica, io non posso non richiamare quei passaggi della motivazione della sentenza della Corte che, molto meglio di me, sono stati valorizzati dal prof. Speciale nella sua relazione.

Quei passaggi insomma che costituiscono la sconfitta netta della teoria del *firing cost*, e dei dettami di importazione da oltre oceano della scuola cosiddetta *Law and economics* la quale suggerisce di applicare al diritto del lavoro gli stessi criteri del

diritto commerciale, quasi che il lavoro non fosse altro che una merce come tutte le altre, un semplice fattore della produzione (cfr. Mariucci, in <https://www.comma2.it/?view=article&id=93:la-corte-costituzionale-riapre-la-partita-sulla-questione-dei-licenziamenti&catid=16>).

Queste teorie non hanno dunque alcuna legittimazione nel nostro ordinamento costituzionale, nel quale al centro del contratto di lavoro c'è pur una persona con la sua dignità e con il suo bagaglio di diritti non comprimibili.

Questo risultato va dunque assolutamente valorizzato.

Ma, nel contempo, come diceva prima l'avv. de Marchis, la sentenza deve essere da noi considerata non come un punto di arrivo ma come un semplice punto di partenza. Anzi, tutti questi tre risultati devono essere considerati soltanto quali, sia pure importanti, tappe di una lunga marcia.

Quindi non dobbiamo sederci sui risultati ottenuti, anche perché l'aria che circola è che questa sentenza costituirebbe la «pietra tombale» alle possibilità di ridare piena centralità alla tutela reintegratoria dei licenziamenti illegittimi, e cioè alla possibilità di arrivare ad un ripristino dell'art. 18.

Non deve passare questa impostazione. Dobbiamo contrastarla, dobbiamo far capire che la nostra battaglia continua e verrà proseguita su tutti i piani sui quali l'abbiamo condotta in questi anni.

Quindi anzitutto sul piano sindacale, con tutte le iniziative che la CGIL ha posto in essere, ed in particolare con il sostegno alle proposte contenute nella Carta dei diritti, ma anche sul piano vertenziale e giudiziario, riproponendo quelle questioni che la Corte ha lasciato aperte.

A mio avviso, il *vulnus* maggiore che rimane è quello costituito dall'art. 3, comma 2, sui licenziamenti disciplinari, laddove la norma impedisce il controllo di proporzionalità ai fini della scelta tra tutela reale e tutela meramente indennitaria. Questo è un tema non affrontato dalla Corte che va assolutamente sollevato, come pure vanno riproposte le questioni di costituzionalità già elaborate sull'art. 4, e cioè sulla

riduzione dell'indennità in caso di licenziamento viziato nella forma.

A mio avviso si può provare anche a rilanciare il ragionamento della parità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti nei licenziamenti collettivi (art. 10), laddove l'irrazionalità del doppio regime risulta ancor più evidente, confidando magari nel fatto che la prossima decisione del Comitato europeo dei diritti sociali possa offrire qualche sponda.

Sono tutte cose che si possono fare, ed in prospettiva io credo che avremo più strumenti che nel recente passato, anche perché è possibile che ci sia una ripresa del contenzioso per quanto riguarda le impugnazioni dei licenziamenti di lavoratori assunti con contratto «a tutele crescenti».

Ma voi vi rendete conto di quanto è stato difficile in tre anni arrivare ad una sola ordinanza di rimessione alla Corte sul decreto legislativo n. 23 del 2015?

Perché questo? Non perché non ci fosse una consapevolezza diffusa che il sistema delle cosiddette tutele crescenti si ponesse in forte contrasto con i principi costituzionali, bensì perché il meccanismo perverso congegnato dal legislatore, a partire dall'offerta conciliativa con l'esenzione fiscale unita alla modestia dell'indennità, impediva di fatto il ricorso alla tutela giurisdizionale.

I lavoratori, piuttosto che rischiare di essere condannati alle spese di giudizio per ottenere un risarcimento irrisorio, preferivano infatti rinunciare ad impugnare i licenziamenti accontentandosi del 50 per cento della già bassa indennità «esentasse», tanto che, per avere qualche impugnazione giudiziaria in cui sollevare le eccezioni di illegittimità costituzionale, la CGIL ha dovuto impegnarsi a manlevare economicamente i ricorrenti nelle cause pilota!

Ora il quadro cambia radicalmente, si riaprono i giochi, e le nostre strutture vertenziali potranno finalmente consigliare ai lavoratori illegittimamente licenziati di ricorrere al giudice, perché ne può valere la pena anche dal punto di vista del possibile risultato economico.

E non solo: la posta in gioco è più alta, ma anche la condanna alle spese in caso di soccombenza si potrà in molti casi evitare, anche se non sarà di certo facile fare modificare la prassi, che si è andata affermando in molti tribunali, di condannare pressoché sempre il lavoratore soccombente alle spese. Non sarà facile, ma argomentando sulla base dei principi affermati dalla Corte, ce la possiamo fare.

Pertanto si aprono nuove prospettive, che però sono prospettive incerte, faticose, che vanno coltivate con lavoro quotidiano di qualità e tanta passione civile.

Gli atti vanno fatti meglio, con più cura per quanto attiene in particolare i presupposti per graduare il risarcimento, un po' come li facevamo prima del Jobs Act e come li facciamo per i ricorsi Fornero. I parametri non sono infatti una novità, sono quelli che abbiamo sempre applicato, e che vanno sostenuti con allegazioni in fatto che attengono alla dimensione anche economica dell'impresa, che è un dato ulteriore rispetto al mero numero dei dipendenti occupati, nonché della condizione e del comportamento delle parti.

Colgo peraltro l'occasione per raccontarvi che, probabilmente, sono il primo a cui capita di subire un tentativo di *reformatio in pejus* dell'indennità risarcitoria liquidata nell'ambito dell'apparato sanzionatorio del contratto a tutele crescenti a seguito della sentenza n. 194. Questo anche per evidenziare come gli interrogativi posti stamani nella sua ottima introduzione dal prof. Andreoni non sono quesiti accademici, ma problemi concreti che dovremo affrontare nella pratica quotidiana.

Si tratta di un licenziamento collettivo clamorosamente illegittimo sia per ragioni formali che per violazione dei criteri di scelta, nella quale il giudice di primo grado aveva liquidato, in modo del tutto automatico ovviamente, il massimo dell'indennità, che allora ammontava a 24 mensilità, in quanto le tre lavoratrici da noi assistite, pur essendo state assunte *ex novo* dopo la faticosa data del 7 marzo 2015, vantavano una notevolissima anzianità «d'appalto» ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 23/2015.

All'udienza, con grande sorpresa di tutti, e senza che la società appellante nulla avesse chiesto al riguardo (tra l'altro addirittura prima della pubblicazione della decisione della Corte in *Gazzetta ufficiale*), la Corte d'Appello di Torino, anziché prendere a decisione la causa, ha ritenuto di disporre d'ufficio un lungo rinvio per attendere le motivazioni della decisione della Corte costituzionale, dando nel contempo termine alle parti di ulteriormente dedurre e produrre in ordine ai presupposti di fatto influenti sulla quantificazione del risarcimento.

Ciò in quanto, a dire della Corte, l'applicazione di criteri ulteriori, e diversi da quello meramente meccanico dell'anzianità di servizio, avrebbe potuto in ipotesi comportare anche una riduzione dell'indennità liquidata nella misura massima dal Tribunale.

Il problema andrà affrontato nella pratica quotidiana con grande attenzione ed anche cautela. Si dovrà ad esempio certamente fare tesoro degli spunti offerti dai professori Giubboni e Speziale circa il fatto che il computo derivante dalla mera anzianità dovrebbe essere considerato un tetto minimo, ma facendo molta attenzione a non cadere in contraddizione, perché giustamente il prof. Lassandari ci ha messo in guardia dal rischio di far attribuire all'anzianità di servizio il rango di criterio prevalente, sulla base della constatazione che la legge delega non è stata investita dalla declaratoria di incostituzionalità. Sarà dunque necessario un grande equilibrio nelle argomentazioni difensive, evitando di sbilanciarsi troppo a seconda della convenienza nel caso concreto, senza considerare altresì le eventuali ricadute negative in altre fattispecie.

Con eguale attenzione andrà affrontato, ad esempio, il problema dell'*aliunde perceptum*. Ha certamente ragione Andreoni quando dice che questo non rileva in maniera automatica sul risarcimento, dato che l'indennità è forfettaria e l'importo liquidabile dal giudice ha una dimensione equitativa ed una natura anche sanzionatoria.

Ciononostante, io sono dell'opinione che sia corretto che

*l'aliunde perceptum*, in via sia pure solo indiretta, rientri nella prudente valutazione del giudice, il quale deve necessariamente considerare, nell'esame del criterio della condizione delle parti, anche lo stato di disoccupazione del lavoratore: soltanto così l'indennità può pienamente assolvere anche la funzione di «ristoro effettivo» del danno che la Corte ha inteso assegnarle.

Concludo dicendo che il lavoro da fare è moltissimo, e per ottenere altri risultati importanti sarà necessario lavorare con intelligenza e tenacia, come del resto abbiamo fatto in questi ultimi anni. Ed a questo proposito un complimento va fatto all'Ufficio giuridico nazionale che ha saputo coordinare tutte le iniziative e le attività della Consulta, incluso il bel convegno di oggi che costituisce una tappa importante del percorso che ci attende nella ricostruzione del diritto del lavoro dalle macerie del Jobs Act.

La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 ha un'enorme rilevanza «politica» avendo riequilibrato il rapporto di forza contrattuale tra datore di lavoro e il lavoratore subordinato in modo ragionevole e sintonico con la tutela che l'ordinamento costituzionale destina al lavoro (v. per il carattere fisiologico della natura politica della giurisdizione costituzionale A. Spadaro, *Sulla intrinseca «politicalità» delle decisioni «giudiziarie» dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *Federalismi.it*, n. 5/2017).

La Corte, pur ritenendo costituzionalmente legittima la scelta del d.lgs n. 23/2015 di escludere la tutela reintegratoria in caso di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo giudicati illegittimi in continuità con la sua giurisprudenza (cfr. Corte cost. nn. 303/2001, 56/2006, 41/2003, 541/2000, 46/2000), ha però censurato che la novella non offrisse «adeguata» tutela al lavoratore con un sistema di riparazione di contenuto esclusivamente economico e perfettamente predeterminabile dal datore al momento del licenziamento. Sistema questo assai diverso da quello introdotto in Germania nel 2000 con la riforma Hartz che ha imposto un reale *firing cost* predeterminato che il datore deve necessariamente corrispondere in favore del lavoratore in caso di licenziamento

\* Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano.

per motivi organizzativi, giacché nella riforma del Jobs Act la pre-determinazione riguarda il «rischio» cui è eventualmente esposto il datore laddove risulti soccombente nel giudizio avverso il licenziamento (v. M. Leonardi, M. Pallini, *Il sistema del lavoro e la riforma*, il Mulino, Bologna 2012, vol. 61, 458) .

Il giudice delle leggi ha ritenuto inadeguata questa tutela perché il sistema di quantificazione è ancorato ad un meccanismo di computo rigido e automatico, legato esclusivamente all'anzianità di servizio del lavoratore (appunto 2 mesi per ogni anno di anzianità di mensilità di retribuzione omnicomprensiva tra un minimo di 4 e un massimo 24, poi elevati rispettivamente a 6 e 36 dal decreto Dignità) in quanto non consente una «personalizzazione» della misura riparatoria rispetto al danno effettivamente patito dal singolo lavoratore licenziato, soprattutto laddove questi abbia una ridotta anzianità di servizio.

Valutazione coraggiosa e niente affatto scontata pur in tempi di *flex security* in ritirata, tant'è che nel 2015 il *Conseil Constitutionnel* francese, chiamato a pronunciarsi sulla legge transalpina che prevede un analogo criterio di quantificazione dell'indennità in caso di accertamento dell'illegittimità del licenziamento «economico» in rapporto all'anzianità di servizio del lavoratore, l'ha ritenuto compatibile con il disposto costituzionale (v. per opposte valutazioni P. Ichino, *Licenziamenti: quando la consulta pecca di provincialismo*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), e A. Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in corso di pubblicazione in *Il libro dell'anno del diritto - 2019*, Treccani, Roma, 339 ss.).

Tributato questo riconoscimento alla pronuncia, però, il giurista non può astenersi dal rilevare come non siano solide e convincenti le argomentazioni che sul piano tecnico-giuridico la Corte costituzionale italiana ha speso per sostenere la sua valutazione. Argomentazioni che, poiché estranee al dispositivo, non sono vincolanti per i giudici di merito chiamati

in futuro a dare applicazione al d.lgs. n. 23/2015 come risultante dalle elisioni dettate dalla stessa pronuncia del giudice delle leggi.

In particolare non persuade la qualificazione proposta dalla Corte dell'indennità di cui all'art. 3 comma 1 del d.lgs. n. 23/2015 in termini di risarcimento del danno per inadempimento contrattuale, invece che di indennità sanzionatoria.

Pur convenendo che non si possa ritenere dirimente il dato testuale della norma, ove appunto viene utilizzato il termine «indennità», occorre rilevare che milita in modo risolutivo per una tale qualificazione sul piano del rigore tecnico-giuridico la circostanza che, pur venuta meno la meccanica quantificazione in base alla sola anzianità di servizio, i diversi criteri cui la Corte fa ricorso quali parametri di comparazione per il sindacato di ragionevolezza sistematica a norma dell'art. 3 Cost. nulla, o quantomeno assai poco, hanno a che vedere con la personalizzazione del «danno» effettivamente patito dal lavoratore ingiustamente licenziato.

Ed infatti la Corte ritiene irragionevole il criterio rigido di quantificazione adottato dal d.lgs. n. 23/2015 comparandolo con le previsioni sia dell'art. 8 della legge n. 604/66 (come sostituito dalla legge n. 108/1990) sia dell'art. 18 comma 5 della legge n. 300/70 (come modificato dalla Riforma Fornero), che prevedono che l'indennità in caso di illegittimo licenziamento sia quantificata all'interno di un minimo e un massimo di mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto in base ad una pluralità di fattori: il primo, «avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti», il secondo in base sostanzialmente ai medesimi criteri aggiungendovi solo le «dimensioni dell'attività economica». Anche il riferimento alle «condizioni delle parti» non ha in realtà un collegamento diretto con l'entità del danno patito dal lavoratore perché si riferisce al diverso potere contrattuale delle due parti nel

mercato del lavoro; ma anche ove si volesse ravvisare un collegamento al danno effettivamente patito dal lavoratore in ragione del licenziamento, rimarrebbe comunque soltanto un parametro di quantificazione che deve necessariamente concorrere con gli altri cui occorre tributare pari rilevanza.

Tali criteri di quantificazione dell'indennità, la cui applicazione è estesa dalla pronuncia della Corte (di natura certamente «additiva», come rileva M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel «Jobs Act», e oltre*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT - 378/2018) anche alle ipotesi di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015, palesano che la stessa – come è strutturalmente proprio delle indennità – risponde congiuntamente in via diretta ad una funzione dissuasiva (prima dell'adozione del licenziamento) e sanzionatoria (dopo), e solo indirettamente produce un effetto rimediale in favore del lavoratore che si viene a trovare in stato di disoccupazione (*contra* M.T. Carinci, *op. cit.*, 13). Al contrario il risarcimento del danno per inadempimento contrattuale risponde in via diretta ad una finalità ripristinatoria, sebbene per equivalente economico, pur indubitabilmente costituendo anch'esso, ma solo in via indiretta e fattuale, un fattore sia di dissuasione (prima) sia di punizione (dopo).

D'altronde tutta la propria giurisprudenza cui la Corte costituzionale rinvia per argomentare la legittimità di criteri di quantificazione del danno «forfettizzato» in realtà attiene a fattispecie diverse da quella disciplinata dall'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015: e cioè ad ipotesi in cui il legislatore ha posto un tetto massimo al risarcimento del danno in caso di inadempimento contrattuale al fine di tutelare contrastanti interessi di pari dignità costituzionale rispetto alla tutela del danneggiato, ma non ha alterato i criteri di quantificazione del danno al di sotto del detto tetto introducendo parametri diversi dall'entità della lesione in termini di lucro cessante e danno emergente del soggetto che ha subito l'inadempimento (v. Corte cost. sentt. nn. 235/2014, 303/2011, 199/2005, 482/2000,

148/1999, 420/1991, 132/1985).

Considerati i termini di comparazione condivisibilmente prescelti dalla Corte per operare la valutazione di ragionevolezza ai sensi dell'art. 3 Cost. della norma scrutinata, come detto l'art. 8 della legge n. 604/66 e l'art. 18, c. 5, della legge n. 300/70, non era affatto necessario qualificare l'indennità di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015 in termini di risarcimento del danno, giacché anche queste norme disciplinano i criteri di quantificazione di indennità e non già di risarcimenti.

Adottando la qualificazione in termini di risarcimento del danno tanto più apodittica e – per questo – criticabile appare la valutazione espressa dalla Corte cost. di adeguatezza e congruità del tetto massimo dei 24 mesi; detta valutazione infatti rimane sfornita nella della pronuncia di qualsiasi motivazione e di parametri normativi, anche di diritto comparato o sovrastatuale, che la confortino. Soprattutto quando la Corte ha opportunamente rinvenuto tra le fonti precettive della congruità dell'indennizzo avverso il licenziamento ingiustificato l'art. 24 della Carta sociale europea ed ha tributato all'interpretazione della stessa norma adottata dal Comitato europeo per i diritti sociali autorevolezza, ancorché senza giungere a ritenerla vincolante. Proprio la decisione resa da detto Comitato in merito al reclamo collettivo n. 106/2014, proposto dalla *Finnish Society of Social Rights* contro la Finlandia, che la Corte cost. cita a suo sostegno, ha invece ritenuto incompatibile con l'art. 24 della Carta sociale l'apposizione di un qualsivoglia tetto massimo al risarcimento del concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato senza un valido motivo.

Si colgono piuttosto forti analogie tra il sistema sanzionatorio dettato dall'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015 e quello introdotto dall'art. 32, cc. 5, 6 e 7 legge n. 183/2010 in caso di contratti a termine illegittimi che riconosce al lavoratore, oltre alla costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, un indennizzo quantificato tra un minimo di 2,5 ad

un massimo di 12 mensilità di retribuzione onnicomprensiva secondo i medesimi criteri dettati dall'art. 8 della legge n. 604/1966, che ora la Corte cost. estende anche all'ipotesi del licenziamento privo di motivo oggettivo. Nel ritenere costituzionalmente legittima la norma del 2010 la Consulta nella sent. n. 303/2011 non ha avuto dubbi nel qualificarla come una indennità e non già quale risarcimento del danno per inadempimento contrattuale.

Qualificare la misura prevista dal d.lgs. n. 23/2015 come indennità e non già come risarcimento non rileva solo sul piano astratto del rigore definitorio, ma ha importanti ricadute in termini applicativi. Consente di disancorare la quantificazione dell'indennità dalla prova del danno concretamente patito dal lavoratore per legarlo, invece, in modo prevalente alle condizioni di forza contrattuale delle parti nel mercato del lavoro. Inequivocabilmente la Corte cost. ha voluto attribuire una priorità al criterio dell'anzianità di servizio in quanto prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge delega n. 184/2013, che non è stata censurata e rimane la fonte di ispirazione del disegno riformatore del d.lgs. n. 23/2015, laddove la pronuncia precisa che nella quantificazione dell'indennità «il giudice terrà conto *innanzi tutto* dell'anzianità di servizio [...] nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)».

Tale priorità non è semplicemente logica (come la definiscono M.T. Carinci, *op. cit.*, 15 e S. Giubboni, in q. volume), ma, oserei dire, «gerarchica», nel senso che gli altri criteri possono concorrere a incrementare il criterio di quantificazione dell'indennità basato sulla anzianità aziendale secondo il criterio meccanico originariamente dettato dal d.lgs. n. 23/2015 (due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità), ma non già a comprimerla. Così come debbono rimanere del tutto estranei ai criteri di quantificazione dell'indennità, che

come sopra chiarito risponde in via primaria ad una funzione dissuasiva e sanzionatoria, sia *l'aliunde perceptum* sia quello *perdiendum* del lavoratore, come invece è stato proposto da alcuni interpreti proprio facendo leva sulla natura risarcitoria della misura di tutela di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015. In questo senso si era espressa la Corte cost. nella sentenza n. 303/2011 con riguardo all'indennità *ex* art. 32, c. 5. della legge n. 183/2010

L'indennità ha natura «omnicomprensiva», come puntualizza la stessa Corte, e dunque preclude il risarcimento di ulteriori o superiori danni patrimoniali patiti dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo. Ciò non esclude, invece, la risarcibilità dei danni di natura non patrimoniale, quale il danno biologico e il danno morale, come già chiarito dalla giurisprudenza nelle altre ipotesi di indennità di licenziamento (cfr. Cass. nn. 8006/2014, 26972/2008, 10260/2002; Corte cost. nn. 233/2003, 356/91, 184/86).



Faccio parte di coloro che non sanno e non vogliono sapere cosa accade dietro le quinte di una camera di consiglio prima che venga emessa una sentenza: penso quindi che divulgarlo sia sconveniente, lo considero quasi un oltraggio alla «sacralità» della funzione giurisprudenziale.

Per questo motivo non mi ha fatto piacere leggere le estrinsecazioni di Pietro Ichino nell'imminenza del comunicato sulla sentenza della Corte costituzionale, secondo le quali la decisione sarebbe stata presa con un solo voto di maggioranza e un membro (viene sottolineato: giuslavorista) in missione.

Posso però comprenderne il disappunto, e quello dei tanti che si sono visti scardinare il d.lgs. n. 23 proprio nel suo nucleo essenziale: una rigida predeterminazione dell'indennità dovuta al lavoratore licenziato illegittimamente in base alla (sola) anzianità di servizio, allo scopo di garantire al datore di lavoro una precisa conoscenza dei costi del programmato illecito.

È evidente che, per ragioni uguali e contrarie, esprimo grande apprezzamento per questa decisione che rimette in gioco non tanto e non solo il ruolo del giudice e dell'avvocato, ma soprattutto la possibilità per chi ha subito un atto illegittimo di far valere in giudizio i propri diritti con prospettive

\* Avvocato del foro di Bologna.

ben diverse da prima.

Detto questo, devo riconoscere che la motivazione lascia trapelare che vi siano state delle posizioni divergenti, e sembra quasi che tutta la prima parte della sentenza sia destinata «ad accontentare» queste ultime.

La premessa è necessaria per giustificare il fatto che, pur molto apprezzando – come detto – la sentenza, intendevo dedicare il mio intervento alla prima delle questioni sollevate dal Tribunale di Roma (sulla quale tanti prima di me si sono già soffermati a riflettere e commentare), relativa alla denunciata violazione del principio di uguaglianza, per l'attribuzione ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 di una tutela ingiustificatamente deteriore rispetto a quelli assunti, anche nella stessa azienda, prima di tale data.

La Corte dichiara la questione non fondata, ritenendo la riduzione delle tutele adottata dal legislatore una misura insindacabile in quanto coerente con la finalità di incentivare l'instaurazione di nuovi rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Molti interventi che hanno preceduto il mio hanno autorevolmente criticato nel merito questo punto della decisione.

Pallante ha evidenziato che a venire in rilievo non è il momento in cui le persone vengono licenziate ma la data della loro assunzione, con la conseguenza che al momento del recesso vengono differenziate posizioni che sono identiche sotto molteplici aspetti: si pone quindi un problema di uguaglianza sul piano sincronico, al quale la Corte risponde sul piano diacronico, cioè attraverso il tempo. Ma il giudice che aveva sollevato la questione di costituzionalità non aveva posto il tema della successione nel tempo di diverse discipline legislative, bensì evidenziato che vi era coesistenza nel medesimo tempo di posizioni differenziate. E la Corte non ha dato risposta.

Andreoni parla di un «passaggio davvero brutto» e del «segno del compromesso realizzato in camera di consiglio» e si

sofferma sullo scopo – della legge – di favorire nuove assunzioni a tempo indeterminato: contesta che si sia effettivamente conseguito tale risultato e critica il passaggio in cui la Corte dichiara non competerle tale verifica, affermando, al contrario, che essa ha il dovere di farlo, in presenza di una compressione del diritto costituzionale alla stabilità del posto di lavoro coincidente con un'amplificazione della libertà di licenziare.

Speciale, riprendendo il medesimo argomento, ribadisce l'esigenza che due normative non siano contemporaneamente presenti e che quindi non si sovrappongano, anche lui ritenendo che la Corte avrebbe dovuto verificare se lo scopo (incremento dell'occupazione) fosse stato effettivamente raggiunto.

Ponterio evidenzia la confusione creata dalla legge delega che ipotizza una difformità di trattamento con riferimento a un contratto a tutele crescenti, sottolineando che non si tratta di un contratto diverso da un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato: nessuna giustificazione trova quindi la violazione del principio di uguaglianza tra assunti con lo stesso tipo di contratto prima e dopo una certa data.

Anche Barbieri, come Andreoni, contesta il senso e la verità empirica della correlazione tra scopo (maggiori opportunità di assunzione) e mezzo (caduta delle tutele), definendoli frutto della fantasia del legislatore, e pertanto ritiene che la Corte avrebbe dovuto indagare questa questione con una valutazione di idoneità in astratto *ex ante*.

Nessuno, però, fino all'intervento di Esposito che ha preceduto il mio, si era soffermato su una contraddizione (da lui definita freudiana) che intendo appunto mettere a mia volta a fuoco.

È utile leggere con attenzione questo passaggio della motivazione della sentenza: «Poiché l'introduzione di tutele certe e più attenuate in caso di licenziamento illegittimo è diretta a incentivare le assunzioni a tempo indeterminato, appare coerente il limitare l'applicazione delle stesse tutele ai

soli lavoratori assunti a decorrere dalla loro entrata in vigore, quelli, cioè, la cui assunzione avrebbe potuto essere da esse favorita».

Se fino a p. 28 della sentenza le citate tutele potevano considerarsi certe e attenuate, a partire dalle pagine successive è la stessa Corte a non renderle più né certe né troppo attenuate: per citare Lassandari, dopo l'intervento della Corte l'indennizzo in caso di licenziamento illegittimo è non prevedibile (e quindi incerto) e non modestissimo (e quindi meno attenuato).

Infatti il combinato disposto del cd. decreto Dignità, che ha aumentato l'indennizzo massimo a 36 mesi (in una prospettiva di sua applicazione non prima del 2033...), e dell'art. 3 primo comma del d.lgs. n. 23 nella sua versione attuale, involontariamente ha fatto sì che oggi, potenzialmente, un assunto dopo il 7 marzo 2015 potrebbe ottenere persino 36 mensilità per un licenziamento ingiustificato, anche senza avere un'anzianità di servizio di 18 anni.

Non metto in dubbio che, rispetto alla possibilità di ottenere la reintegra nel posto di lavoro, il d.lgs. n. 23 costituiva e continua a costituire un «alleggerimento delle conseguenze del licenziamento illegittimo».

Non può però negarsi che, al netto della reintegrazione, l'indennità massima ottenibile con il Jobs Act è superiore (di un terzo) a quello che potrebbe ottenere un dipendente al quale si applichi l'articolo 18 nelle «altre ipotesi» (rispetto alla reintegra), e persino all'importo che percepirebbe chi, avendo ottenuto un'ordinanza di reintegrazione, ad esempio dopo 5 mesi dal licenziamento, optasse per l'indennità sostitutiva di 15 mensilità: 36 mensilità rispetto a 20.

Ma questo cosa significa? Significa che viene clamorosamente contraddetto un passaggio fondamentale della motivazione: quello fondato sulla legittimazione dell'introduzione, da parte del legislatore, «di tutele certe e più attenuate» finalizzate «a rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo

del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (alinea dell'art. 1, comma 7, della legge delega n. 183/2018).

La dichiarazione di incostituzionalità smentisce che tali finalità – anche ammesso, e certo non concesso, che si siano effettivamente realizzate – potessero essere perseguite con quelle modalità, e fa venir conseguentemente meno i presupposti su cui si è ritenuto infondato il primo motivo. Mina, quindi, la ragionevolezza della motivazione con cui la Corte dichiara non fondata la questione di costituzionalità relativa alla violazione del principio di uguaglianza per gli assunti dopo il 7 marzo 2015.

Altrimenti ragionando e rovesciando il punto di vista della Corte (basato, si ripete, su erronei presupposti di fatto), si dovrebbe paradossalmente dedurre che il nuovo apparato sanzionatorio appena creato dalla Corte stessa indebolisca le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro degli inoccupati. Ma se non è vera – come non può essere vera – una simile affermazione, deve dedursi che la decisione della Consulta, in questo specifico passaggio, mostra una incoerenza che desta sconcerto.



*1. L'evoluzione della disciplina del licenziamento dalla legge Fornero alla sentenza n. 194/2018 e gli equilibri del sistema*

Le relazioni e gli interventi che mi hanno preceduto hanno già sviluppato analisi e commenti sui contenuti tecnici della sentenza n. 194 della Corte costituzionale, e non ritengo utile aggiungerne altri, rischiando di essere ripetitivo.

Vorrei piuttosto sviluppare alcune considerazioni di scenario sugli equilibri e le dinamiche della disciplina dei licenziamenti che, si può ben dire, hanno subito in pochi anni, dopo decenni di relativa stabilità, ben tre rilevanti mutamenti di assetti (e dell'equilibrio tra flessibilità in uscita e tutela per i lavoratori), uno ogni triennio: le modifiche all'art. 18 della legge n. 92/2012, il nuovo regime del decreto n. 23/2015 per i futuri rapporti di lavoro, l'«uno/due» al Jobs Act rappresentato dal decreto Dignità, prima, e dalla sentenza della Corte, poi.

Non vi è dubbio che quest'ultima, ancora più della modifica di minimo e massimo dell'indennizzo realizzata dal d.l. n. 87/2018, abbia radicalmente modificato gli equilibri della disciplina del contratto a tutele crescenti, colpendo al cuore il meccanismo di (rigida) determinazione dell'indennizzo e,

\* Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano-Bicocca.

con esso, l'idea centrale di politica del diritto che lo sorreggeva, ovvero quello della maggiore meritevolezza dell'interesse datoriale alla calcolabilità e certezza delle conseguenze sanzionatorie dell'illecito, rispetto all'interesse alla tutela per il soggetto che l'illecito subisce (ovviamente, se e quando il recesso sia ritenuto ingiustificato).

Non si può peraltro dimenticare che tutte le richiamate modifiche incidono sul regime sanzionatorio, e non su quello sostanziale, anche se è la stessa Corte della sentenza n. 194 a ricordarci, sottolineando la funzione (anche) dissuasiva della tecnica indennitaria, il collegamento tra un sistema sanzionatorio efficace e l'effettività delle tutele sostanziali. Anzi, sotto questo profilo, la concezione di «diritto al lavoro» (art. 4 Cost.) e «tutela del lavoro» (art. 35 Cost.) che la Corte ribadisce è strettamente funzionale non solo alla stabilità del lavoro e del reddito, ma prima di tutto «all'esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti», potenzialmente minati nel loro esercizio dal timore di un recesso arbitrario (se non adeguatamente dissuaso e sanzionato). Col che la Corte rimette al centro della discussione sulla disciplina del recesso la questione dei poteri, che era la grande assente nei discorsi di politica del diritto – soprattutto quelli collocati nella prospettiva della *law and economics* – che discutevano soltanto di costi della flessibilità e delle tutele.

Peraltro, se l'intervento del legislatore si è sviluppato sul solo profilo sanzionatorio, esso sembra aver favorito effetti anche sul fronte delle regole sostanziali (almeno indiretti, e come processo culturale): regole che sono state investite in questi anni da importanti evoluzioni delle prassi interpretative, in sede giurisprudenziale, indotte anche dalle modifiche delle sanzioni.

Ciò è avvenuto in primo luogo per effetto delle distinzioni interne alle tecniche sanzionatorie, che hanno posto problemi di applicazione della regola sostanziale prima scon-

sciuti al dibattito interpretativo (si pensi ai temi del fatto materiale e fatto giuridico, al concetto di insussistenza e manifesta insussistenza del fatto o del motivo di recesso, oggettivo o soggettivo, alla diversa declinazione del concetto di proporzionalità sul terreno dei codici disciplinari e nell'apprezzamento giudiziario ecc.); inoltre, deve registrarsi come la forte spinta ideologica della legislazione della flessibilità, accompagnata da una dichiarata avversione alla mediazione giudiziaria degli interessi, abbia talvolta indotto percorsi interpretativi di *self-restraint* giurisprudenziale.

E quanto è avvenuto soprattutto per il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, che non per caso ha rappresentato il terreno d'elezione delle politiche del diritto della flessibilità.

Qui anzi può registrarsi un effetto un po' paradossale del rapporto tra legge e giurisprudenza: ci si poteva infatti attendere che il progressivo slittamento della sanzione del recesso per g.m.o. da quella reintegratoria a quella indennitaria (parziale nella riforma Fornero, totale nel Jobs Act) avrebbe reso più libero e sereno il sindacato giudiziario, rispetto a un passato in cui il giudice, nel valutare i motivi di un'operazione organizzativa scaturente nel recesso, aveva a disposizione la secca alternativa tra il rifiuto di tutela e la sanzione più pesante della reintegrazione. In sostanza, il fatto di disporre di una alternativa sanzionatoria intermedia tra la reintegrazione (magari a distanza di tempo, per via dei tempi processuali) e la negazione di tutela, poteva indurre i giudici ad una maggiore serenità con riguardo alle numerose fattispecie in cui nel giudizio sui motivi della soppressione della posizione di lavoro non è affatto facile (nonostante quanto pretende l'art. 30 della legge n. 183/2010) porre un preciso confine tra «sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive» e «accertamento del presupposto di legittimità» del recesso.

Invece, al progressivo indebolimento della tutela ha corri-

sposto (anche) un almeno parziale arretramento del sindacato giudiziario sui presupposti di giustificazione del recesso, che ha portato a legittimare (quasi) qualsiasi giustificazione organizzativa del recesso (purché veritiera e causalmente rilevante) (così in sostanza la nota sentenza «Amendola», Cass. n. 25201/2016), solo in parte controbilanciato da un recupero «strutturale» dell'obbligo di ricollocazione al novero dei presupposti di giustificazione (e non mera tutela sociale di fonte giurisprudenziale), tanto da poter accedere anche su questo terreno alla tutela reintegratoria (ovviamente solo in regime art. 18: così la nota sentenza «Boghetich», Cass. n. 10435/2018). Anche su quest'ultimo terreno, peraltro, il mutamento di concezione della reintegrazione da norma sanzionatoria sul terreno sostanziale (diritto alla tutela reale che sorge per effetto appunto del vizio sostanziale del recesso) a strumento processuale il cui utilizzo va valutato dal giudice considerandone la compatibilità «con la struttura organizzativa *medio tempore* assunta dall'impresa» (così Cass. n. 10435/2018 cit.) pare in qualche modo figlio della prepotente affermazione di protagonismo, nel dibattito giuridico, del dato economico-organizzativo rispetto all'autonomia del punto di vista giuridico.

Sia peraltro consentito osservare che il progressivo mutamento (e indebolimento) del quadro legislativo (e giurisprudenziale) delle tutele ha messo in evidenza una contraddizione irragionevole e non più giustificabile dell'ordinamento (ma, di fatto accettata dal legislatore che non ha mai posto mano a tale aspetto): ovvero la contraddizione tra la riduzione del campo di applicazione della tutela reintegratoria ai soli casi di grave o gravissima illiceità del recesso e il permanere dell'assenza di qualsiasi strumento che garantisca l'effettività di tale tutela, ovvero la praticabilità dell'esecuzione forzata dell'ordine reintegratorio o, almeno, una *astreinte* in grado di esercitare una coercizione indiretta all'adempimento.

Pur se la diffusa retorica a sostegno delle riforme di adattamento delle regole del recesso alle esigenze dell'impresa ha

sempre dato conto della necessità di lasciare intatta la reintegrazione per i casi di utilizzo gravemente illecito di tale strumento, particolarmente nel caso di licenziamento discriminatorio, nessuno si è però preoccupato di affermare che allora, almeno in questi pochi casi, la sanzione debba essere esemplare e dunque eseguibile, o comunque *enforceable*. Su questo terreno, ci si può augurare che capiti presto l'occasione di una rimessione alla Corte costituzionale del profilo di illegittimità dell'art. 614-*bis* c.p.c. nella parte in cui se ne esclude l'applicazione nelle controversie di lavoro: profilo fin da principio evidenziato dalla più attenta dottrina processualistica (ad es. E. Merlin, *Prime note sul sistema delle misure coercitive pecuniarie per l'attuazione degli obblighi infungibili nella l. 69/2009*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1557), e che dovrebbe trovare ulteriori motivi di fondamento proprio nei passaggi della sentenza n. 194 che collega il tema della dissuasività della sanzione alla tutela di diritti fondamentali.

Detto tutto ciò, la svolta del 2018 sul terreno delle regole sanzionatorie è di indubbia rilevanza, anzi si può dire che metta radicalmente in discussione il cuore dell'operazione di politica del diritto compiuta col Jobs Act, proponendo un più corretto equilibrio tra valori costituzionali, dove la pur legittima esigenza di programmazione e certezza per l'impresa non prevale rispetto alla tutela del diritto al lavoro, qui declinato come diritto a un adeguato ristoro in concreto delle conseguenze dell'illecito. E va sottolineato che ciò non avviene per un atto di politica del diritto, cioè per effetto del decreto Dignità (la cui modifica dei soli limiti minimo e massimo di indennizzo non metteva in discussione la struttura del decreto n. 23/2015), ma la forza stessa dei principi dell'ordinamento, riaffermati dal giudice delle leggi.

## *2. I problemi che rimangono, in un quadro regolativo sempre più incerto. La frammentazione delle tutele e i lavoratori delle piccole imprese*

Premesse le considerazioni generali sopra svolte, bisogna riconoscere che il quadro delle regole (sanzionatorie) del recesso è sempre più complesso e incerto, con regimi a volte anche eccessivamente differenziati in relazione alla tipologia di recesso, di datore di lavoro, di dimensione dell'unità produttiva ecc.

Questa, come noto, è una ricorrente critica del mondo delle imprese, che a mio parere dovrebbe essere presa sul serio da tutti gli operatori, anche quelli più sensibili alle ragioni del lavoro, non dimenticando che la frammentazione del quadro delle regole pone problemi anche per i lavoratori: un problema in primo luogo di conoscibilità del proprio statuto giuridico, e in secondo luogo (ma non per importanza) di universalità delle tutele.

Le modifiche del 2018 hanno fortemente ridotto la grave e inaccettabile differenza di tutele tra lavoratori assunti *pre* e *post* decreto n. 23/2015, il che rende in concreto meno drammatico il fatto che la Corte costituzionale abbia respinto la questione di legittimità proposta su questo terreno in relazione al principio di eguaglianza.

Ciò non significa che il problema non permanga: se è vero che sul piano indennitario il giudice dispone oggi col decreto n. 23/2015 di uno spazio di valutazione persino superiore a quello assegnatogli dall'art. 18., rimangono importanti differenze quanto all'applicabilità del regime reintegratorio: a) per il licenziamento disciplinare (che nell'art. 18 presidia anche il principio di proporzionalità, almeno nei casi in cui lo stesso è prefigurato dal codice disciplinare, mentre è più incerta la questione dell'autonoma valutazione giudiziaria di proporzionalità tra fatto e sanzione espulsiva); b) per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che nell'art. 18, pur

in presenza di un testo ambiguo, vede ancora spazi di applicazione, rafforzati da un lato (nella lettura sostanziale dell'obbligo di *repêchage*) e attenuati dall'altro (nella valutazione discrezionale della reintegrazione) dalla recente importante sentenza n. 10435/2018 sopra citata; c) soprattutto, ed è il caso più grave, per il licenziamento collettivo, dove il tema cruciale dei criteri di scelta prevede la tutela reintegratoria solo per i lavoratori assoggettati all'art. 18, ammettendo dunque una differenza di trattamento anche tra dipendenti coinvolti nella medesima fattispecie di riduzione del personale.

Quest'ultima evidenza si spera possa indurre la Corte, ove la questione trovasse occasione di giungerle, ad un ripensamento dei motivi che l'hanno indotta a superare il dubbio di violazione del principio di eguaglianza (pur se gli argomenti utilizzati, a mio parere non convincenti, potrebbero valere in astratto per l'art. 10 del decreto n. 23/2015); va peraltro segnalato che per i licenziamenti collettivi potrebbe assumere diversa rilevanza, rispetto al caso sottoposto alla Corte di recente, il richiamo all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, trattandosi di materia rientrante nell'area di competenza del diritto eurounitario.

Ciò detto, il problema che oggi si presenta con più urgenza all'attenzione degli studiosi e operatori mi pare quello dei lavoratori delle piccole imprese (e delle organizzazioni di tendenza), tanto in regime di art. 8 l. n. 604/1966 quanto in quello *ex art.* 9 decr. n. 23/2015.

È noto che l'art. 8 della legge del 1966 ha ripetutamente superato il vaglio di legittimità costituzionale, ma sul punto sono necessarie alcune riflessioni.

Pur volendo limitarmi a pochi cenni, vale la pena ricordare che nel 1970 (sent. n. 194) la Corte ritenne che il mero indennizzo di cui alla legge n. 604 fosse compatibile col quadro costituzionale, ma parlando di un quadro in evoluzione, di un'attenzione della legge n. 604 ai principi costituzionali «iniziale e non completa». Nel 1986, poi (sent. n. 2), la Corte, nel riconoscere la discrezionalità del legislatore nello stabilire le

soglie di applicazione dei diversi regimi di tutela, sottolineava che la componente numerica ha riflessi sul diverso modo di operare del lavoro organizzato, ritenendo «ancora attuali» le ragioni che esentavano le piccole imprese dalla tutela reale, «e cioè l'elemento fiduciario che permea il rapporto datore di lavoro-lavoratore, la necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese minori, la necessità di ovviare tensioni nella fabbrica». Si trattava dunque di valutazioni suscettibili di rivalutazione nel tempo, sia con riguardo alle caratteristiche del fenomeno reale sia con riferimento all'evoluzione dell'ordinamento: aggiungeva infatti la Corte che «l'assetto realizzato risulta giustificato essendo ancora attuale la crisi economica che colpisce le imprese ed il paese e non essendo ancora sopite le tensioni del mondo del lavoro»; il che implica, evidentemente, la possibilità di future rivalutazioni del tema, anche alla luce del mutamento delle condizioni di contesto. Infine, nel 2003 (sent. n. 41), la Corte dichiarò ammissibile il quesito referendario diretto ad estendere la tutela reale alle piccole imprese.

Ebbene, la prima riflessione da fare dovrebbe riguardare le caratteristiche e il concetto di piccola impresa. Colpisce il fatto che il legislatore, pur a fronte di radicali trasformazioni degli assetti dell'impresa capitalista e dei processi produttivi, continui ad utilizzare esclusivamente, per la definizione delle soglie per l'applicazione di discipline differenziate, la tecnica del riferimento alla consistenza occupazionale, che certamente (e soprattutto nei settori più innovativi e maturi) non definisce più, di per sé, né la potenzialità economica dell'impresa né le relazioni del lavoro, sempre più spesso immerse in contesti nazionali o sovranazionali di sviluppo dei processi produttivi su più soggetti giuridici; ed egualmente colpisce l'assenza di un dibattito sul punto, sia in dottrina sia nelle proposte di politica del diritto (a mia memoria, e salvo errori, l'ultima proposta significativa su tale terreno fu avanzata da Giorgio Ghezzi, ancora negli anni ottanta).

Hanno ancora rilevanza e senso, dunque, le ragioni ribadite nel 1986 dalla Corte, nel caso di lavoratori dipendenti, ad esempio, di un'impresa a tecnologia avanzata di 10/15 dipendenti, in genere dotati di professionalità elevata (e, magari, anche numerosi collaboratori autonomi esterni), con fatturati (o margini di utili) di dimensioni pari o superiori a quelli di imprese industriali di media dimensione, inserita in filiere produttive o di gruppo, o in un gruppo multinazionale?

D'altronde lo stesso legislatore (negli artt. 8 l. n. 604 e 18 St. lav.), individuando i criteri di cui il giudice deve tener conto nel calibrare l'indennizzo per il recesso ingiustificato, mostra di distinguere il dato del «numero dei dipendenti occupati», da quelli delle «dimensioni dell'impresa» (art. 8) o «dimensioni dell'attività economica», che quindi non possono essere definite dal solo dato degli occupati: lo stesso ordinamento, dunque, propone talvolta un metodo più raffinato di valutazione della realtà sociale e produttiva, rispetto a quello ormai tralucido adottato in altri numerosi passaggi della stessa legislazione.

Sul piano dell'ordinamento, va considerato il fatto che la Corte costituzionale si è occupata dell'art. 8 l. n. 604 sempre nel contesto precedente alla legge Fornero, e dunque quando l'alternativa era tra la tutela reintegratoria (oggi diremmo tutela reintegratoria piena), per le imprese maggiori, e tutela indennitaria limitata per le imprese minori. Ben diverso è il quadro attuale, quando nelle imprese sopra soglia si pongono regimi indennitari di diversa entità, oltre a quello reintegratorio.

Su tali considerazioni pesano oggi, in modo a mio parere determinante e tale da obbligarci a riaprire la questione, le argomentazioni della sentenza n. 194/2018, che collocano senza esitazione l'indennizzo per licenziamento ingiustificato nella prospettiva dei rimedi risarcitori per applicarvi, con cogenza costituzionale, i principi della necessaria «personalizzazione del danno subito dal lavoratore», dell'adeguatezza

del risarcimento anche in funzione di un «adeguato contemperamento degli interessi in conflitto» e della «funzione dissuasiva [...] nei confronti del datore di lavoro, allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione e di compromettere l'equilibrio degli obblighi assunti nel contratto».

Ebbene, può ancora ritenersi che sia coerente con tali principi una tutela rigidamente limitata nel massimo a sei mensilità di indennizzo, anche per casi di imprese come quella sopra esemplificata, con un numero limitato di dipendenti ma una dimensione economica assai significativa, e che magari licenzi superficialmente e senza adeguata giustificazione un lavoratore di elevata professionalità, esperienza ed età, che, accettando la proposta di lavoro, ha lasciato di recente un rapporto di lavoro di lunga durata e in una impresa di notevole dimensione? (va detto che il carattere circostanziato degli esempi formulati nasce dal contatto con più di un caso reale con queste o simili caratteristiche, incontrati nell'esperienza professionale: vicende che fanno spesso dubitare dell'effettiva razionalità organizzativa dei percorsi di maturazione delle decisioni imprenditoriali, e che in ogni caso segnalano l'assoluta inadeguatezza del tetto indennitario posto per le imprese di piccola dimensione occupazionale).

### *3. Prospettive per il futuro e ruolo delle parti sociali*

Dalle considerazioni ora svolte, e in conclusione di questo intervento, vorrei proporre alcuni temi per possibili sviluppi della riflessione collettiva degli operatori, e per un possibile ruolo delle parti sociali.

Il primo, per quanto appena detto, è quello della necessità di riprendere la riflessione sui modelli di impresa e le relative tecniche di regolazione, tenendo conto che la tutela dei valori della persona, e del lavoro, non può soffrire limiti dovuti alla sola appartenenza ad un contesto definito sulla base di un criterio superato, non più adeguato, come quello del mero

dato occupazionale. La questione può essere affrontata sia sul terreno specifico dei criteri di valutazione delle differenze tra le imprese (che richiederebbe, appunto, proposte più adeguate e raffinate rispetto al meccanismo tradizionale), sia e preferibilmente sul terreno di una maggiore universalità delle tutele in materia di licenziamento, che possa sposarsi anche ad un'opera di semplificazione degli attuali (troppi) distinti regimi.

Va ricordato che una proposta in tal senso esiste, ed è quella contenuta nella Carta dei diritti della CGIL, tradotta nella Proposta di legge di iniziativa popolare n. AC/4064 della scorsa legislatura. Qui ovviamente l'universalità è giocata su un rafforzamento generalizzato delle tutele, che certo non incontra il favore di altri interessi e gruppi sociali; tuttavia il tema va posto, anche facendosi carico dell'interesse delle imprese ad un quadro normativo più chiaro e certo, che è sempre una condizione per contrastare le troppe prassi distorsive della concorrenza e sostenere le imprese socialmente più attente.

Su tale terreno sono possibili e auspicabili iniziative che non attendano il legislatore (soprattutto questo legislatore, o meglio l'attuale maggioranza politica, peraltro ad oggi indifferente al dialogo sociale ancor più di quella che lo ha preceduto, che pure lo ha praticato in maniera insufficiente e solo nella seconda parte della legislatura). Pur nei limiti di ciò che è consentito da una disciplina ad alto tasso di inderogabilità, vi sono a mio parere spazi per aumentare i tassi di certezza e programmabilità della flessibilità organizzativa (anche in uscita) rispetto all'attuale quadro confuso, ottenendo in cambio l'estensione per via contrattuale di tutele ai soggetti sottotutelati, come i lavoratori delle piccole imprese.

La certezza può essere aumentata sia sul terreno dei licenziamenti disciplinari dove, in generale, la contrattazione collettiva non sembra aver adempiuto all'implicito compito di migliore definizione dei codici disciplinari – talvolta estremamente generici in alcuni CCNL – demandato dalla riforma

dell'art. 18 del 2012, sia su quello del giustificato motivo: qui non in maniera diretta – poiché sarebbe opinabile e rischiosa un'opera di definizione di tipologie astratte di giustificazione organizzativa di un recesso – ma attraverso forme di sostegno a percorsi di uscita e transizione sul mercato del lavoro.

Qui, nell'attesa del più ampio e promesso aumento di efficienza dei servizi pubblici e privati del mercato del lavoro, credo vi siano spazi per iniziative settoriali o territoriali gestite per via contrattuale, e con ruolo della bilateralità, dirette a creare (non solo per i licenziati, ma anche e prima di tutto per i lavoratori impiegati con forme contrattuali temporanee) bacini di transizione – e magari adeguamento professionale – da un'opportunità all'altra, diretti anche ad evitare i fenomeni di dispersione o mancato incremento delle professionalità che caratterizzano, soprattutto ai livelli medio-bassi, il nostro mercato del lavoro, anche a causa del minor tasso di stabilità dei rapporti contrattuali.

Occorre considerare che la Corte cost. era chiamata a decidere in un ambito, limitato dalla dichiarata parziale inammissibilità delle questioni poste nell'ordinanza di rimessione, che riguardava l'adeguatezza del risarcimento del danno per licenziamento illegittimo previsto dal d.lgs. n. 23/2015 anche a seguito della riforma introdotta dalla l. n. 96/2018.

L'espreso e reiterato richiamo ai principi fondanti il diritto al lavoro come concepito dal dettato costituzionale pur nel bilanciamento degli interessi dell'impresa, ha reintrodotta un punto di vista giuslavoristico incentrato sulla tutela del soggetto più debole nell'ambito del rapporto di lavoro, piuttosto che sull'incremento delle potestà aziendali quali si è assistito da parte della legislazione, in particolare nell'ultimo decennio, con deciso potenziamento ad opera dei recenti provvedimenti legislativi denominati Jobs Act.

Leggere il richiamo a sentenze della Corte cost. fondamentali come la n. 45/1966, e altre, successive, cui sono seguite leggi basilari (la n. 604/1966, lo stesso Statuto dei lavoratori), è stato come respirare una boccata d'aria fresca, dopo tanto silenzio sul concetto che il diritto al lavoro è espressione della persona sia come individuo sia come parte di un contesto sociale e che, quindi, costituisce un diritto fondamentale su cui poggia il dettato costituzionale, a fronte del

\* Avvocata del foro di Firenze.

predominio della centralità dell'impresa come fonte primaria di sviluppo economico e sociale, sancito dalla produzione legislativa quantomeno dell'ultimo decennio.

Anche se la sentenza della Corte che qui stiamo commentando non si spinge a esaminare altri importanti aspetti della disciplina del Jobs Act per il limite di rilevanza nel giudizio *a quo*, tuttavia il richiamo alle peculiarità del rapporto di lavoro rispetto ad altri contratti di durata che non implicano un così forte coinvolgimento della persona umana, offre strumenti per sostenere o l'incostituzionalità di altre norme, come la privazione del potere del giudice di valutare la proporzionalità della sanzione espulsiva rispetto a norme del CCNL ove sia prevista una sanzione conservativa (come previsto dalla Fornero) o interpretazioni costituzionalmente orientate di altre norme.

Stamattina la prof.ssa Ponterio richiamava questa progressiva sottrazione al giudice della valutazione della fattispecie concreta, ad esempio a partire dalla l. n. 183/2010 in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Dalla motivazione della sentenza n. 194/2018 possono trarsi utili argomenti per far emergere l'incostituzionalità della previsione del Jobs Act che richiamavo, in quanto sembra che se è illegittimo sottrarre al giudice il potere di determinare in concreto il risarcimento (o indennizzo che dir si voglia) a seguito di «quel» licenziamento, sembra del tutto avulso dal criterio di ragionevolezza privarlo del potere di sindacare, a monte, se «quel» licenziamento sia stato sanzione proporzionata rispetto alla fattispecie emersa ed accertata in giudizio.

Brevemente vorrei accennare anche alla sospetta incostituzionalità (che ho già sollevato in subordine in un giudizio pendente) dell'art. 2103 come riformato dal d.lgs. n. 81/2015, che, nell'ambito del mutamento orizzontale di mansioni, ha fatto salva solo la categoria legale di operaio o impiegato, abolendo il principio di equivalenza. La norma non pone alcun limite al potere datoriale di mutare le mansioni al dipen-

dente qualora questi rimanga nello stesso livello di inquadramento contrattuale ed è palese che anche questa potestà, in assenza di ragioni oggettive che attengano a reali esigenze organizzative dell'azienda, può facilmente tramutarsi nell'esercizio arbitrario di un potere volto a fini discriminatori o ritorsivi. Oltretutto la norma va ben oltre la legge delega che poneva precisi limiti alla riforma dell'art. 2103. Poiché è indubbio che anche la professionalità sia un aspetto fondamentale del rapporto di lavoro e quindi dell'esplicazione della personalità del lavoratore, qualora prevalga l'impostazione datoriale dell'assenza di limiti nel mutamento orizzontale di mansioni, la sentenza della Corte cost. n. 194/2018 offre utili e autorevoli strumenti per contrastare tale arbitrio.



## Conclusioni

*di Tania Scacchetti\**

Vi propongo alcune brevi riflessioni conclusive, che naturalmente non possono che partire da un ringraziamento doveroso ai nostri intervenuti, per un seminario che sapevamo sarebbe stato di grande valore proprio in virtù degli illustri ospiti e docenti che ci hanno offerto il loro contributo.

Un seminario che ci offre molti spunti anche per riflessioni successive su terreni di lavoro che possono essere ulteriormente praticabili sia dal punto di vista giuridico che da quello sindacale.

La riflessione di oggi è stata dedicata in particolare al cambio delle norme sui licenziamenti, tuttavia anche sulla più generale riduzione delle protezioni lavoristiche che abbiamo subito in questi anni noi abbiamo sempre tentato, per opporci a questa che giudichiamo un pericolosa deriva, di tenere insieme le due strade, quella del contrasto giuridico e quella del contrasto attraverso la contrattazione collettiva, altro strumento per tenere o riconquistare tutele diverse e migliori rispetto a quelle che le norme ci consegnavano.

Naturalmente il mio ringraziamento va alla Consulta e all'Ufficio giuridico.

Questo seminario non ha mai voluto essere un momento di mera celebrazione di una vittoria, ma una riflessione utile anche alla valorizzazione di un lavoro che non deve passare

\* Segretaria confederale CGIL.

inosservato e che negli ultimi tre anni è stato testardamente perseguito dai compagni della Consulta e dalla organizzazione, che ha cercato di supportarli.

Ci siamo in questi anni opposti a un pensiero prevalente e unilaterale che ha guidato le scelte economiche e legislative: l'idea che per affrontare le nuove sfide proposte fosse necessario comprimere i diritti del lavoro svalORIZZANDO il lavoro nella sua identità e riconoscibilità oltre che nella sua funzione a cui si sono accompagnate anche norme che hanno reso molto più complicato l'accesso alla via giudiziale.

Il fatto che questa sentenza arrivi dopo tre anni dall'inizio di un percorso è figlio anche di questa difficoltà e dell'aggravio di costo sui processi che è stata l'altra leva per depotenziare il ricorso giudiziario da parte dei lavoratori.

Veniva giustamente ricordato che questa sentenza non è la chiusura di percorso. Noi lavoreremo per valutare altri possibili rimandi alla Corte costituzionale, per sondare altri ambiti di intervento giurisdizionali, avremo il pronunciamento del Comitato europeo dei diritti sociali sul reclamo avanzato che ci offrirà nuove valutazioni.

Quindi la sentenza è una tappa di un processo, che viene a valle di un percorso che non è stato né facile né lineare.

La cosa più eclatante con cui ci siamo dovuti confrontare è stato indubbiamente il rigetto del quesito referendario, ma sia sulla costruzione del quesito referendario sia sulle scelte successive alla sua bocciatura (compreso il fatto che non era possibile per termini tecnici oltre che per valutazioni politiche organizzative riproporre subito un ulteriore quesito della stessa valenza) i pareri che hanno animato il nostro dibattito sono stati molteplici e spesso divergenti.

Questo è per noi un cammino, a ostacoli, che deve continuare perché noi non abbiamo cambiato idea; ma la nostra coerenza si misura con le incoerenze degli altri.

Il legislatore avrebbe avuto la possibilità di fare l'intervento che pure aveva promesso, infatti le forze che guidano

la maggioranza di governo potevano, in particolare nel decreto Dignità, intervenire modificando le norme sui licenziamenti.

Si è scelta invece una strada che non prevede il ripristino della reintegrazione, una strada soggetta alla stessa valutazione negativa della Corte costituzionale visto che si è deciso di ampliare le mensilità di risarcimento senza mettere in discussione l'impianto del decreto legislativo n. 23/2015 che, lo ricordo, per noi è una delle architravi più pericolose del Jobs Act.

Non ci aiuta peraltro in questa fase la rigidità che il legislatore adotta nelle riforme più recenti, come appunto il decreto Dignità che sarebbe meglio denominare decreto Di Maio, visto che la dignità è una cosa troppo seria per affidarla ad un decreto.

Le norme sul tempo determinato nel decreto Di Maio, infatti, sono condivisibili in termini di principio ma le loro ricadute non sono sempre valutabili positivamente; come abbiamo sostenuto fin dalla sua uscita sarebbe stato utile prevedere un intervento più forte verso altre forme di lavoro maggiormente precarizzanti, valutare il ripristino delle causali fin dall'inizio del contratto a termine e sostenere la riforma con un forte coinvolgimento delle parti sociali per evitare le ricadute negative con cui ci misuriamo, anche in conseguenza di un comportamento spesso strumentale delle imprese che privilegiano il *turn over* dei lavoratori alla loro stabilizzazione.

Affrontare in modo organico e condiviso, come proposto dalla CGIL con la Carta universale dei diritti, il tema della riscrittura del diritto del lavoro è l'unica possibilità per affrontare in maniera progressista il nuovo orizzonte del lavoro che, con l'aumento del lavoro occasionale e del lavoro discontinuo, spesso privo di qualunque tutela, è la nuova frontiera dell'agire sindacale.

Questo comporta una riflessione sui compiti a cui il sindacato è chiamato come soggetto politico, di promozione, di

sollecitazione di intervento generale, oltre che come agente di contrattazione collettiva.

Su questo terreno dobbiamo avere consapevolezza della difficoltà di costruzione di un posizionamento unitario.

Quando nella Commissione lavoro della Camera della precedente legislatura ci sono state le audizioni sulla proposta di legge della Carta universale dei diritti e sulle proposte di revisione delle norme sui licenziamenti, abbiamo misurato come sia complesso contrastare l'idea che comunque l'importante è lavorare, ribaltare l'idea che le tutele ce le possiamo permettere solo se c'è ripresa economica, in sintesi contrastare l'idea che l'impresa e le sue ragioni siano sempre e comunque il soggetto centrale su cui costruire le regole e bilanciare i poteri.

Tutte affermazioni che non appartengono solo alle associazioni datoriali, ma che trovano larga condivisione.

Per questo credo sia importante sottolineare, pur senza sottacerne i limiti, i punti positivi della sentenza su cui abbiamo riflettuto oggi, in particolare, come sottolineavano più interventi, la valorizzazione dei principi costituzionali a cui si richiama, riproponendo un impianto culturale in cui il diritto del lavoro è fondamentale per risolvere uno squilibrio di potere che impedisce, se non bilanciato, il rispetto della dignità e della libertà nei luoghi di lavoro.

Siamo consapevoli che c'è un terreno di contrattazione, che abbiamo già agito dopo l'uscita del d.lgs. n. 23/2015 e che ci ha permesso di recuperare tutele specie nel campo degli appalti, su cui dovremo continuare il nostro lavoro.

Valutare contrattualmente nei CCNL le modalità di gestione dei licenziamenti, tema su cui oggi abbiamo riflettuto, non è banale, in relazione anche ai rapporti di forza attualmente in campo.

Veniamo da una stagione in cui abbiamo rinnovato quasi la totalità dei CCNL, una stagione per questo significativa e positiva; il tratto prevalente però è stato quello che ci ha visti impegnati nella difesa dei due livelli di contrattazione e nel

mantenimento di un CCNL forte.

Poco abbiamo potuto fare sui punti di maggiore innovazione a cui è chiamata la contrattazione, la ricomposizione dei cicli e delle filiere, la contrattazione inclusiva, la ricomposizione delle condizioni di lavoro, l'estensione dei diritti e delle tutele.

L'ultima riflessione la vorrei dedicare alle modalità di lavoro condiviso praticato dalla Consulta, una modalità faticosa per il tempo e le energie che ci vogliono quando si tenta un lavoro collettivo: il coordinamento dei coordinamenti potremmo chiamarlo. Quella modalità, che non sempre riusciamo a praticare con coerenza, che ci permette di mettere a sistema conoscenze, informazioni, idee di diversi livelli della organizzazione (la Consulta, il Coordinamento Mercato del lavoro, il coordinamento degli Uffici vertenze e legali) e che ci dà risultati, anche semplicemente dal punto di vista della capacità di diffusione delle elaborazioni prodotte.

Questo è il secondo seminario della Consulta, ancora una volta lo teniamo nel mese di dicembre.

Vorremmo darcelo come appuntamento fisso, quello dei seminari della Consulta, perché lo riteniamo un modo, magari piccolo, di dare continuità alla nostra azione più generale.

Spesso anche noi cadiamo nella trappola di una modalità di lavoro a compartimenti stagni, mentre è indubbio che il lavoro che stiamo portando avanti di contrasto alle riforme sul mercato del lavoro che hanno ridotto tutele e diritti e che hanno tentato di equiparare il diritto del lavoro al diritto commerciale, quasi che il lavoro fosse un bene al pari di altri, è a pieno titolo parte del progetto più generale che come confederazione portiamo avanti, per un modello sociale alternativo nel quale il lavoro non solo torni ad essere centrale nell'agenda politico-economica, in Italia così come in Europa, ma recuperi la sua forte funzione sociale di costruzione della vita democratica del paese.





# Consultas giuridica

ISBN 978-88-230-2214-0



9 788823 022140