

**Paola Saracini**

## **Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela\***

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Le questioni sollevate: cenni. **3.** La decisione della Corte: il ruolo del “mercato” e del diritto europeo e internazionale. **4.** Tutela indennitaria e tecnica di bilanciamento. **5.** Il ragionamento della Corte: quello che c’è... **6.** *Segue* ... e quello che ci sarebbe potuto essere: il rilievo della tutela “occupazionale”. **7.** *Segue.* Contenuto essenziale del diritto e libertà d’impresa. **8.** Sentenza 194/2018 *versus* d.lgs. 23/2015: la questione delle piccole imprese.

### *I. Premessa*

La decisione della Corte del 26 settembre 2018 n. 194, già molto discussa, dà seguito a quanto sin dall’introduzione del cd. contratto a tutele crescenti la dottrina aveva annunciato: ossia l’illegittimità dell’uso esclusivo del criterio dell’anzianità<sup>1</sup>. L’ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017 ha posto le premesse per questo esito<sup>2</sup>. Qualcuno vi è giunto addirittura prima della pubblicazione del dispositivo della pronuncia del giudice delle leggi<sup>3</sup>.

\* Questo contributo è destinato agli Studi in onore di Roberto Pessi.

<sup>1</sup> Sulla illegittimità di un’indennità predefinita come quella delineata nel d.lgs. n. 23/2015, v. per tutti, CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT*, n. 273/2015, 8 ss.; SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT*, n. 252, 2015, 11 ss.

<sup>2</sup> Per un commento all’ordinanza del Tribunale di Roma, cfr. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *DRI*, 2017, p. 1195 ss.; MARTONE, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del “Jobs act”*, in *ADL*, 2017, I, p. 1039 ss.; PROIA, *Sulla questione di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, in *RIDL*, 2017, II, p. 787 ss.; SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2017, II, p. 333 ss.; TOSI, LUNARDON, *Cronaca di un’ordinanza... annunciata*, in *GI*, 2017, p. 2174 ss.

<sup>3</sup> È questo il caso di una sentenza del Trib. di Bari dell’11 ottobre 2018, in un’ipotesi di licenziamento collettivo illegittimo avverso un lavoratore assunto nell’aprile 2016. Il giudice, prima del

Le questioni analizzate dalla sentenza sono molteplici e di grande interesse<sup>4</sup>.

Nelle pagine che seguono, particolare attenzione sarà dedicata alla quantificazione dell'indennità in caso di licenziamento ingiustificato, considerata cruciale dalla stessa Corte. Una questione per la quale la Consulta fa un'importante operazione, anche se, come si avrà modo di argomentare, lascia aperto più di un interrogativo che, presumibilmente, entrerà, di qui a breve, nelle diverse aule di giustizia, alla ricerca di soluzioni.

## 2. *Le questioni sollevate: cenni*

Prima di addentrarsi nel commento della sentenza è necessario avere ben presenti le norme che il giudice remittente chiama in causa, ossia l'art. 1, co. 7, lett. c. della l.d. 10 dicembre 2014 n. 183 e i conseguenti articoli 2, 3 e 4 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23. Le censure rilevate non attengono, si badi bene, al tipo di tutela prescelto dal legislatore per il lavoratore licenziato, ossia quella di tipo economico/indennitaria e non reintegratoria, bensì alla concreta disciplina prevista nelle norme in parola per quantificare tale indennità. Un'indennità, come noto, da calcolarsi in un *range* predeterminato tra un minimo – assai basso – e un massimo, ed ancorata, secondo l'indicazione della legge delega<sup>5</sup>, a *un unico criterio*, l'anzianità di servizio del lavoratore, che non la rende adattabile e duttile in base ad alcun elemento, interno o esterno, al contratto.

Secondo la prospettazione del giudice *a quo*, le questioni di legittimità costituzionale riguarderebbero, in particolare, la violazione dell'art. 3 della

deposito della sentenza – basandosi sul solo comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale del 26 settembre 2018 – attraverso il canone dell'interpretazione costituzionalmente orientata, ha applicato la legge Fornero; pertanto, utilizzando i criteri di cui all'art. 18, co. 5, l. 300/70, ha riconosciuto alla parte ricorrente un'indennità pari a dodici mensilità, rispetto alle quattro mensilità che le sarebbero state attribuite in applicazione di quanto disposto dal d.lgs. 23/2015.

<sup>4</sup> Per molti aspetti che qui non sarà possibile approfondire o nemmeno richiamare, sia consentito rinviare a SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli 2018. Nel volume, la tutela risarcitoria contro il licenziamento ingiustificato è strettamente correlata al valore dell'occupazione del prestatore di lavoro, quale esito di una ricostruzione storico-sistematica dell'intera disciplina del licenziamento individuale. A detta correlazione sarà più avanti dedicata, per quanto in questa sede possibile, la dovuta attenzione.

<sup>5</sup> La legge delega, infatti, per le nuove assunzioni contempla il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio e per i licenziamenti economici esclude la possibilità di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo certo e crescente con l'anzianità di servizio (...) (art 1, co. 7, lett. c) della legge n. 183/2014).

Costituzione in quanto la previsione dell'importo dell'indennità non rivestirebbe carattere compensativo per il lavoratore illegittimamente licenziato e, al tempo stesso, non avrebbe effetto dissuasivo per il datore di lavoro e determinerebbe conseguenze discriminatorie tra i lavoratori sotto diversi profili. È, altresì, censurata la preclusione di qualsiasi discrezionalità valutativa del giudice, a cui consegna la regolazione uniforme di casi dissimili tra loro. Inoltre, ad avviso del remittente, la misura inadeguata dell'indennità riconosciuta al lavoratore violerebbe il diritto al lavoro di cui agli articoli 4 e 35 Cost., nonché gli artt. 76 e 117, primo comma, con particolare richiamo alla Carta di Nizza e alla Carta Sociale europea.

3. *La decisione della Corte: il ruolo del “mercato” e del diritto europeo e internazionale*

Rispetto alle diverse questioni sollevate dal giudice *a quo*, la Corte si pronuncia solo sull' art. 3, co. 1, d.lgs. 23/2015, ritenendo inammissibili, per difetto di rilevanza o di motivazione, tutte le altre.

Dell'art. 3, co. 1, d.lgs. 23/2015, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale, 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”. Si esprime, invece, sulla non fondatezza della violazione dell'art. 3 della Costituzione in riferimento alla differente disciplina sanzionatoria per i lavoratori assunti prima e dopo l'introduzione del contratto a tutele crescenti; nonché degli articoli 76 e 117, rispetto al parametro interposto dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per la rilevanza dei temi affrontati è opportuno soffermarsi innanzitutto su questi ultimi due profili.

In riferimento al primo, per quanto il discorso non sia semplice e sia da inquadrare nell'ambito di un indebolimento dei diritti fondamentali riconosciuti ai lavoratori<sup>6</sup>, l'elemento temporale – posto al centro del ragionamento della Corte – in relazione al quale il contesto generale e particolare in cui nasce il rapporto muta e con esso può mutare evidentemente l'intervento regolativo eteronomo, sembra, per la verità, sufficiente a differenziare

<sup>6</sup> Cfr. ZOPPOLI L., *I licenziamenti individuali e collettivi oggi*, in AA.Vv., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. Mercato, contratto e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2015, vol. III, p. 239 ss.

le situazioni, purché ciò avvenga nel rispetto del canone della ragionevolezza<sup>7</sup>. In questa direzione indirizza la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>8</sup>. Qui, in particolare, il giudice delle leggi recupera il principio della ragionevolezza dalla *ratio* del d.lgs. 23/2015 di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”. In breve l’obiettivo di incrementare l’instaurazione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato sarebbe perseguito attraverso una riduzione delle tutele in uscita<sup>9</sup>.

Certo non si può non essere d’accordo con chi rinviene in questa affermazione una presa di posizione apodittica e autoreferenziale, giacché la Corte non ritiene di doversi addentare “in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può avere conseguito”<sup>10</sup>. Sebbene, infatti, l’ordinanza di rimessione non avesse sollevato la questione relativa al nesso tra incremento dell’occupazione e riduzione di tutele (proposta invece dalla lavoratrice nel proprio atto di costituzione in giudizio), nel momento in cui la Corte richiama questa importante correlazione<sup>11</sup>, po-

<sup>7</sup> In tal senso, v. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”/IT, 265-2015, 14; MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, in ADL, 2015, spec. pp. 315-317.

<sup>8</sup> Come la stessa Corte riporta nella sua decisione, il giudice delle leggi, rispetto ai rapporti di durata, ha più volte affermato il principio secondo il quale “il legislatore, in materia di successione di leggi, dispone di ampia discrezionalità e può anche modificare in senso sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l’oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo – in caso di norme retroattive – il limite imposto in maniera penale dall’art. 25, comma 2 Cost., e comunque a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti”, (C. Cost. 24 luglio 2009 n. 236). Per un’accurata analisi di questa giurisprudenza, riferita alla materia previdenziale, v. D’ONGHIA, *Diritti previdenziali e compatibilità economiche nella giurisprudenza costituzionale*, Cacucci, 2013, spec., p. 153 ss., cui si rinvia anche per altri riferimenti giurisprudenziali. Sul “fluire del tempo come valido motivo di diversificazione delle situazioni giuridiche”, v. anche la giurisprudenza della Corte sul nuovo regime della responsabilità solidale applicabile agli appalti, C. Cost. 13 novembre 2014 n. 254. Più di recente, cfr. MEDICO, *Il lavoro e la Costituzione: il contratto a tutele crescenti sotto la scure della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 17/2018, p. 1 ss.

<sup>9</sup> Particolarmente critico sul ragionamento portato avanti dalla Consulta, FONTANA, *La costituzionale e il decreto n. 23/2018: one step forward two steep back*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”/IT, 382-2018, pp. 4-19.

<sup>10</sup> Punto 6 della decisione.

<sup>11</sup> La rilevanza di tale correlazione è già stata evidenziata da ZOPPOLI A., *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in DLM, 2015, p.

nendola al centro della sua decisione circa la *ragionevolezza* della norma in parola, non avrebbe dovuto limitarsi alla sua dimensione “logico-discorsiva”, ma si sarebbe dovuta spingere nel valutare quanto meno la concreta ed effettiva efficienza strumentale della stessa<sup>12</sup>.

Il richiamo al nesso tra “riduzioni di tutele” e “occupazione” merita di essere particolarmente sottolineato in quanto, a parere di chi scrive, avrebbe potuto essere valorizzato dalla Corte anche nel ragionamento relativo alla quantificazione della tutela economica riconosciuta al lavoratore licenziato; ma sul punto si avrà modo di ritornare più avanti (v. *infra* par. 6).

Il secondo profilo di cui si diceva attiene all'intreccio con il diritto europeo e internazionale. In questa decisione la Corte accantona l'utilizzo dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, come già evidenziato da molti<sup>13</sup>, rinviene un forte ostacolo alla sua applicazione a causa di quanto disposto, in generale, dall'art. 51 della stessa Carta. La norma, come si ricorderà, prevede l'applicazione delle sue disposizioni “alle istituzioni e agli organi dell'Unione (...) come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”. Pertanto, come più volte ricordato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>14</sup> e nonostante i tentativi di una parte della dottrina<sup>15</sup>, la violazione della Carta – ad avviso della Consulta – può essere fatta valere dinanzi alla Corte di Giustizia soltanto nei casi in cui vi sia la cd. norma interposta, ossia una fonte

91 ss., che l'ha valorizzata proprio in riferimento all'argomento “conseguenzialista” utilizzato nella tecnica del bilanciamento.

<sup>12</sup> In tal senso, BALLESTRERO, *Dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale. Questioni di adeguatezza del rimedio indennitario. Relazione al Convegno su “I licenziamenti illegittimi: tecniche sanzionatorie e Corte costituzionale (dopo C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194)”*, svoltosi a Napoli il 12 dicembre 2018, presso L'Università di Napoli Federico II; PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in Treccani, 2018, p. 342 ss.

<sup>13</sup> Cfr. DELFINO, *Sull'applicabilità delle norme lavoristiche della Carta dei diritti fondamentali agli ordinamenti interni*, in Atti del XVIII Congresso AiDLASS, *Lavoro, diritti fondamentali, e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello*, Foggia 28-30 maggio 2015, Giuffrè, 2016, p. 348 ss. In ottica analoga cfr. anche ADINOLFI, *Disciplina del licenziamento individuale e fonti europee. Quali limiti e obblighi per il legislatore nazionale?*, in RDI, 2015, spec. p. 1140 ss.

<sup>14</sup> Cfr. le sentenze della CGCE del 18 gennaio 2014, C-176/12, *Association de mediation social* (punto 42); *Poclava* 5 febbraio 2015 C117/14; 6 ottobre 2015 C-650/13 *Thierry del Vigne* (punti 26 e 27).

<sup>15</sup> Il riferimento è in particolare alla tesi sostenuta da CHIECO, “*Riforme strutturali*” del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, in GDLRI, 2015, spec. p. 387 ss.

normativa secondaria dell'Unione che espressamente disciplini la materia<sup>16</sup>. Ne consegue che, sino a quando non vi sarà una “norma intermedia” o “di ingresso”<sup>17</sup> dell'Unione – cioè di un atto di diritto primario o derivato che consenta di ritenere la situazione generale in cui un lavoratore viene ingiustamente licenziato dal suo datore di lavoro direttamente disciplinato dal diritto dell'Unione –, l'art. 51 “blocca” l'applicazione dell'art. 30<sup>18</sup>.

Il ragionamento però non si ferma qui. La Corte *chiude* al diritto dell'Unione ma, attraverso la valorizzazione dell'art. 24 della Carta Sociale europea (riveduta), *apre* al diritto internazionale, riaffermando quanto già statuito in una sua recentissima decisione<sup>19</sup>. L'art. 24, come si ricorderà, prevede che, per assicurare l'effettivo esercizio del diritto a una tutela in caso di licenziamento, le parti contraenti si impegnano a riconoscere “il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un *congruo* indennizzo o altra adeguata riparazione “ (mio il corsivo, art 24, co. 1, lett. b). Una nozione di congruità intesa – come più volte sottolineato dal Comitato Europeo dei diritti sociali – nel senso che il risarcimento deve essere adeguato, effettivo e sufficientemente dissuasivo nei confronti dei datori di lavoro. La Consulta sostiene la vincolatività di tale norma per il nostro ordinamento *ex art. 117 Cost.*, qualificandola fonte internazionale<sup>20</sup>. Al contempo mette in evidenza la continuità esistente tra l'obbligo di garantire l'adeguatezza del risarcimento

<sup>16</sup> In tal senso v. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, I, p. 119 ss.

<sup>17</sup> ALES, *La dimensione costituzionale del modello sociale europeo tra luci e ombre*, in CARINCI M.T. (a cura di), *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti a confronto: Europa Giappone*, Giuffrè, 2017 p. 176.

<sup>18</sup> Per quanto riguarda i licenziamenti – materia di competenza dell'Unione *ex art. 153 TFUE* –, se quelli collettivi e discriminatori presentano la norma interposta, quelli individuali no. In particolare per i licenziamenti collettivi v. dir. n. 98/59/CE del 20 luglio 1998.

<sup>19</sup> Il riferimento è alla sentenza dell'11 aprile 2018 n. 120, sulla quale v. FERRARA, *Libertà sindacale e ordinamento militare: l'incostituzionalità del divieto di associazionismo sindacale*, in questo numero della rivista, p. 621 ss.

<sup>20</sup> Si era già espresso in tal senso, SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 119 ss.

V'è da chiedersi se la Corte avrebbe potuto anche valorizzare il riferimento all'art. 24 rispetto al diritto eurounitario, in considerazione del richiamo all'art 151 delTFUE. Nell'art. 151 delTFUE si legge, infatti, che tanto l'Unione quanto gli Stati membri hanno determinati obiettivi di politica sociale “tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti dalla Carta Sociale Europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 (...)”.Va rimarcato che l'art 151 è indirizzato all'Unione come agli Stati membri e, a differenza dell'art 51 della carta di Nizza, non si riferisce alla sola “attuazione del diritto dell'Unione”.

contenuto nell'art. 24 con quanto affermato da essa stessa sulla base del parametro costituzionale interno dell'art 3 Cost., realizzando “un'integrazione tra fonti e (...) tra le tutele da esse garantite”<sup>21</sup>.

#### 4. Tutela indennitaria e tecnica di bilanciamento

Veniamo adesso all'illegittimità costituzionale dell'utilizzo esclusivo del criterio dell'anzianità di servizio ai fini della quantificazione del risarcimento.

Innanzitutto, nel ripercorrere la sua giurisprudenza in tema di tutela contro i licenziamenti, la Corte costituzionale sottolinea che il bilanciamento dei valori sottesi agli articoli 4 e 41 impone certamente un determinato regime di tutela, che può essere anche di tipo risarcitorio/monetario, purché tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza. La Corte, in breve, nonostante nel complesso della sua pronuncia metta al centro il lavoro come diritto fondamentale della persona e quindi strumento attraverso cui si realizza la personalità umana – facendo giustizia delle interpretazioni che considerano la tutela del lavoro un semplice corollario della libertà dell'individuo da esplicarsi nei rapporti economici secondo un approccio di *law and economics* –, conferma una scelta operata già da qualche anno dal nostro legislatore e cioè che la partita del “diritto alla stabilità” si gioca ormai sul *piano indennitario*<sup>22</sup>.

Dopodiché – e questi sono due punti centrali – in primo luogo, conformemente a un'autorevole dottrina<sup>23</sup>, riconosce all'indennità di cui all'art. 3, co. 1, d.lgs. 23/2015, natura risarcitoria. In secondo luogo, riprendendo suoi precedenti concernenti la delicata questione delle tutele avverso i licenziamenti ingiustificati<sup>24</sup>, non richiede il risarcimento in senso integrale del danno, purché, ovviamente quest'ultimo risulti “*equilibrato*”. Più specificata-

<sup>21</sup> Punto 14 della decisione.

<sup>22</sup> Sull'argomento, per tutti, v. PERULLI, *op. cit.*, 346 e SPEZIALE, Intervento al Seminario “Le conseguenze del licenziamento illegittimo dopo la sentenza della Corte costituzionale”, svoltosi a Roma il 12 settembre 2018, presso L'Università di Roma Tre; e già all'indomani della riforma Fornero, PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, in ADL, 2013, p. 752 ss.

<sup>23</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Indennità* (voce), in *Novissimo Digesto*, 1962, vol. VIII, p. 594.

<sup>24</sup> Si tratta delle pronunce n. 194 del 1970, n. 55 del 1974, n. 189 del 1975 e n. 2 del 1986, richiamate al punto 9.2. della decisione della Consulta. In generale sulla tutela indennitaria del diritto del lavoro v. di recente, TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in DLRI, 2016, p. 302 ss.

mente, il giudice delle leggi, rifacendosi a quanto già sostenuto sin dal 1970 nelle diverse pronunce sul tema, or ora richiamate, – e pure più recentemente in riferimento all’indennità forfettaria spettante al lavoratore nei casi di “conversione” del contratto a tempo determinato<sup>25</sup> – afferma l’utilizzo di una tecnica di tipo elastico che, tenendo conto anche di altri valori rilevanti per l’ordinamento, non mira a riparare il danno effettivo nella sua integralità. Tale tecnica rimanda al bilanciamento tra un danno pieno da riconoscere al lavoratore per la lesione del proprio diritto a non vedersi licenziato ingiustamente e l’interesse dell’impresa, riconducibile alla libertà di iniziativa economica. Quest’ultimo, secondo l’interpretazione prevalente, che evidentemente la Consulta fa propria, tutela la libertà di iniziare, cessare o organizzare la propria attività<sup>26</sup>; quindi, per quanto qui in particolare interessa, la libertà di modulare i propri organici e non vedersi compromettere la possibilità di “fare impresa”, dovendosi sobbarcare di costi eccessivi.

Sappiamo bene che si tratta di un’operazione indubbiamente complessa. Ma, com’è stato lucidamente scritto<sup>27</sup>, l’interprete ha una indicazione sicura: il bilanciamento non potrà mai incidere sul contenuto essenziale dei diritti in gioco; la limitazione, anche se funzionale a perseguire scopi di interesse generale, non potrà mai andare oltre quel contenuto. Al riguardo, il ragionamento della Corte lascia, invero, insoddisfatti.

Ma procediamo con ordine.

<sup>25</sup> Il riferimento è alla sentenza dell’11 novembre 2011 n. 303. Rispetto a coloro i quali ritengono inappropriato il richiamo a tale pronuncia perché la norma in parola contempla altresì la trasformazione del contratto di lavoro in un contratto a tempo indeterminato (v., per tutti, SANTONI, *Relazione al Convegno su “I licenziamenti illegittimi: tecniche sanzionatorie e Corte costituzionale (dopo C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194)”*, cit., si può obiettare che, se ciò non è discutibile, lo è invece fare conseguire a questa affermazione la necessità che l’indennità debba coprire integralmente il danno subito dal lavoratore. Infatti, nel momento in cui la Corte sostiene che *medio tempore*, ossia tra la scadenza del termine illegittimamente apposto e l’instaurazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, il lavoratore deve comunque essere risarcito in maniera forfettaria, afferma, concettualmente, il carattere non interamente satisfattivo dell’indennità risarcitoria.

<sup>26</sup> Per tutti, cfr. GALGANO, *Sub art. 41* in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, II, Artt. 41- 44, Zanichelli, Il Foro Italiano, 1982, p. 4 ss.

<sup>27</sup> VENEZIANI B., *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori: spunti per una ricerca*, in *DLM*, 2016, p. 236.



5. *Il ragionamento della Corte: quello che c'è ...*

Innanzitutto la Corte, nell'affrontare la legittimità del meccanismo di quantificazione dell'indennità, ne contesta la "rigidità" in quanto non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio. Ciò, – secondo la Corte – determinando una tutela uniforme per tutti lavoratori con la stessa anzianità, non risponde alla necessità di personalizzare il pregiudizio subito dagli stessi. Infatti – scrive la Consulta – "è un dato di comune esperienza, ampiamente comprovato dalla casistica giurisprudenziale, che il pregiudizio prodotto, nei vari casi, dal licenziamento ingiustificato, dipende da una pluralità di fattori. L'anzianità di servizio, certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti"<sup>28</sup>. Il giudice delle leggi, insomma, ripropone la sua contrarietà alle normative improntate agli automatismi, che riconduce ad una violazione del principio di uguaglianza se non sorretti da ragionevolezza<sup>29</sup>, nel caso di specie non rinvenibile.

Dopodiché fa un passo ulteriore, affermando che l'indennità debba: a) costituire un "adeguato" ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo; b) risultare "dissuasiva" rispetto al comportamento del datore di lavoro. Caratteristiche, queste, già deducibili dal nostro sistema ordinamentale e che oggi – afferma la Consulta – risultano indubbiamente rafforzate – lo si accennava prima – in quanto ricavabili altresì dal disposto dell'art. 24 della Carta Sociale europea, là dove si fa riferimento a un "congruo indennizzo", nonché dalla relativa giurisprudenza del Comitato sociale europeo.

Al fine poi di evitare un vuoto legislativo, valorizzando una lettura sistematica, la Consulta rinviene i criteri per garantire l'adeguatezza e la dissuasività in alcune disposizioni già esistenti dedicate alla quantificazione del danno relativo alla perdita del posto di lavoro: e cioè negli articoli 8 della legge 604/1966 e 18, co. 5, della l. 300/70.

Sul richiamo e il conseguente utilizzo di tali criteri il dibattito si è da subito infervorato.

In primo luogo si è discusso circa la loro vincolatività in ragione del tipo di sentenza pronunciata dal giudice delle leggi, ovvero sia sentenza additiva o ablativa. Opzione, quest'ultima, evidentemente più rispondente alla

<sup>28</sup> Punto II della decisione.

<sup>29</sup> Sulla specifica questione, più di recente, v. MEDICO, *op. cit.* spec. pp. 7-9.

scelta fatta dalla Corte che rimette al giudice il compito di quantificare l'indennità<sup>30</sup>.

Vi è da segnalare che, secondo una parte della dottrina, sebbene la decisione si presenti “formalmente” come una sentenza ablativa, il giudice sarebbe comunque vincolato al rispetto di quei criteri richiamati nel corpo della sentenza, in quanto la motivazione integrerebbe il dispositivo<sup>31</sup>. A me pare, però, che, indipendentemente dal tipo di soluzione sulla qualificazione della sentenza, nel momento in cui il giudice è chiamato a decidere, pure in assenza di indicazioni esplicite nel dispositivo, dovrà innanzitutto riferirsi ai criteri desumibili in chiave sistematica dall'evoluzione della disciplina dei licenziamenti, ossia a quelli richiamati dalla stessa Corte che, nel caso di specie, supporta il giudice nella sua decisione<sup>32</sup>. Ciò tuttavia non esclude che, in assenza di uno specifico intervento legislativo, il giudice, qualora sul piano sistematico desumesse altri criteri potrebbe a essi fare riferimento.

In secondo luogo ci si è interrogati circa l'esistenza di una possibile gerarchia tra i criteri indicati dalla Corte; in particolare sulla possibilità che l'anzianità di servizio debba essere considerata prioritaria. Ciò si dedurrebbe – ad avviso di alcuni – da considerazioni sia di ordine formale, visto il tenore dell'espressione “innanzitutto”<sup>33</sup>, sia di ordine sistematico, in quanto la legge delega utilizza l'anzianità di servizio come criterio privilegiato. Seguendo tale opinione, l'anzianità, benché considerata illegittima quale unico criterio, manterrebbe comunque un rilievo preponderante<sup>34</sup>.

In verità, a me sembra che né l'una né l'altra considerazione sia in grado di supportare l'esistenza di una gerarchia tra i criteri in gioco. Basti qui ricordare, com'è stato già evidenziato, che il termine “innanzitutto” implica la presa in considerazione prioritaria da un punto di vista logico ma non di

<sup>30</sup> PINELLI, Relazione al Convegno su “I licenziamenti illegittimi: tecniche sanzionatorie e Corte costituzionale (dopo C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194)”, cit.

<sup>31</sup> Così CARINCI MT., *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona.IT”, n. 378, 2018, pp. 14-16.

<sup>32</sup> In questa pronuncia, insomma, com'è stato scritto, “i giudici costituzionali ci offrono il volto più apprezzabile del cd. costituzionalismo”, MAZZOTTA, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor. Il lavoro nel diritto*, 2018, p. 6

<sup>33</sup> Punto 15 della sentenza.

<sup>34</sup> In tal senso, DEL PUNTA, Intervento al Seminario “Le conseguenze del licenziamento illegittimo dopo la sentenza della Corte costituzionale”, cit.

importanza<sup>35</sup>. Ma è soprattutto la valorizzazione in chiave sistematica di una molteplicità di criteri che incide sull'entità del pregiudizio causato da licenziamento ingiustificato, proposta dallo stesso giudice delle leggi, a spingere in senso opposto.

Infine, dei criteri richiamati dalla Corte si è discusso sull'idoneità a determinare il pregiudizio subito dal lavoratore.

Molti di essi probabilmente possono essere utili ai fini della dissuasività dell'indennità (si pensi al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa e dell'attività economica), ma su quello della sua adeguatezza non ci dicono nulla, perché nulla hanno a che vedere con il concreto pregiudizio subito dal lavoratore. Considerazioni diverse possono farsi per il criterio dell'anzianità e, forse, per la "condizione delle parti" e per il loro "comportamento" (quest'ultimo qualora lo si riferisca alla fase successiva dell'estinzione del rapporto).

In sintesi, vi è più di un dubbio che i criteri richiamati dalla Corte siano adeguati a determinare il pregiudizio subito dal lavoratore.

A mio avviso, tuttavia, il punto decisivo non è tanto questo. Vi è piuttosto un difetto di impostazione nel ragionamento della Corte che merita maggiore attenzione. Come prima accennato, il punto decisivo, nella logica del bilanciamento, finisce per essere il contenuto essenziale del diritto. Ebbene, su di esso la Corte non offre indicazioni.

6. *Segue ... e quello che ci sarebbe potuto essere: il rilievo della tutela "occupazionale"*

Non vi è dubbio che i singoli Stati godono di una certa discrezionalità nello stabilire in quale modo operare la quantificazione dell'indennità da riconoscere al lavoratore arbitrariamente licenziato: possono cioè, a seconda dei diversi contesti produttivi, economici e sociali, valutare quanto sia necessario spingere verso la libertà di iniziativa economica e "indirettamente" sostenere la libertà d'impresa e quanto tutelare i lavoratori. Ma è altrettanto certo che i legislatori non sono del tutto liberi perché, comunque, non possono andare al di sotto del contenuto essenziale del diritto sancito, per il licenziamento arbitrario, tanto dall'art. 4 della nostra Costituzione quanto

<sup>35</sup> CARINCI MT., *op. cit.*, p. 15.

dall'art 24 della Carta Sociale europea (riveduta). Se è vero che, la struttura dei principi, come di molti diritti, è tale da rendere difficile pensare che tutto quello “che ci sta dentro possa essere davvero necessario, affinché gli uni e gli altri possano trovare effettiva realizzazione”<sup>36</sup>, è, al contempo, da ritenere che una parte di questo tutto sia intangibile, pena la stessa esistenza del diritto. Infatti è quanto affermano, sia pure con varianti semantiche, documenti internazionali e Carte costituzionali<sup>37</sup>, nonché le Alte Corti<sup>38</sup>.

C'è allora da chiedersi come individuare in concreto il contenuto essenziale di quella tutela.

In verità, non manca chi ha provato a dare risposta alla domanda sul piano del nostro ordinamento, individuando, sulla base della giurisprudenza della Corte costituzionale, nella necessaria giustificazione del licenziamento e nella tutela obbligatoria il contenuto essenziale del diritto a non essere licenziati arbitrariamente<sup>39</sup>. La Corte in realtà, nella sua giurisprudenza in materia, al contenuto essenziale del diritto non fa riferimento. Ma, al di là di questo aspetto, la tesi appena richiamata non è pienamente soddisfacente perché l'attenzione in generale sulla tutela obbligatoria dice poco se non si individua un nucleo minimo e intangibile del suo valore economico. In altre parole, se la concreta misura dell'indennità può anche essere assai ridotta, appare arduo considerare non intaccato il contenuto essenziale del diritto a non essere licenziati in modo arbitrario.

A meritare attenzione, allora, è anzitutto, l'“adeguatezza” dell'indennizzo.

Sappiamo bene che la perdita del rapporto di lavoro, oltre al danno diretto e immediato prodotto dal mancato svolgimento della prestazione di lavoro e

<sup>36</sup> MORRONE A., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Ed. Annali*, 2008, II, 72.

<sup>37</sup> Lo ricorda GROPPi, *Sub art. 52*, in BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO (a cura di), *L'europa dei diritti*, il Mulino, 2001, p. 355. L'A., oltre all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali – dove, come si ricorderà, si afferma: “eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà” –, richiama, tra gli altri, l'art. 26 della Dichiarazione del Parlamento Europeo del 1989, l'art. 19, co. 2, della Costituzione tedesca del 1949, l'art. 53, co. 2, della Costituzione spagnola del 1978, l'art. 18, co. 3, della Costituzione portoghese.

<sup>38</sup> In riferimento alla nostra Corte Costituzionale, v., per tutte, C. Cost. 9 maggio 2013 n. 85, in cui il giudice delle leggi, riferendosi al bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, sostiene che “il punto di equilibrio (...) deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità re di ragionevolezza tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale(...)”.

<sup>39</sup> Così, ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, 2006, p. 158.

della perdita della retribuzione in sé e per sé, può determinare pure ulteriori e derivati danni: da quelli strettamente scaturenti dal venir meno della retribuzione (classico il riferimento a eventuali difficoltà concernenti contratti di mutuo precedentemente stipulati) sino alla lesione della dignità della persona. Danni che una tutela risarcitoria per equivalente, portata avanti secondo i canoni del risarcimento tipico del diritto civile, dovrebbe arrivare a coprire.

La stessa affermazione può farsi nel caso nostro? Evidentemente no. Il legislatore nazionale, nell'operare il bilanciamento reso possibile dalla tecnica indennitaria, potrà anche disconoscere i danni appena indicati: potrà valutarli, nella sua discrezionalità, sulla base del giudizio di congruità, in relazione al contrapposto bene della libertà d'impresa.

C'è però un limite oltre il quale, altrettanto evidentemente, il legislatore nazionale non può andare: non può disconoscere il danno per la perdita di ciò che il diritto a non essere licenziati “senza un valido motivo” tutela, per logica deduzione, *prima di ogni altro aspetto: la sussistenza del rapporto di lavoro nella sua immediatezza e concretezza*. Opinando diversamente il diritto in parola *si svuota del tutto*, nel contenuto e nelle finalità. In altri termini l'ordinamento garantisce il diritto a non essere licenziati arbitrariamente in quanto mira, con ogni evidenza, a evitare, in primo luogo, la privazione dell'*occupazione per il lavoratore: è questo il bene che intende direttamente proteggere*. Se l'operazione di bilanciamento del legislatore arriva a sacrificare questo bene, per logica deduzione, v'è da ritenere che il diritto in parola, inevitabilmente, risulti compresso nel suo contenuto essenziale.

Quindi, in termini assiologici ciò che viene tutelato è il valore dell'occupazione. In termini concreti, il contenuto essenziale del diritto in parola si sostanzia nella tutela dell'occupazione nella sua immediatezza: più esplicitamente, una volta consentita la produzione dell'effetto estintivo del licenziamento, nel tempo necessario per trovare una nuova occupazione. Tradotto in termini economici – imposti dal tipo di tutela prescelta – ciò significa nella retribuzione mensile del lavoratore moltiplicata per il numero di mesi necessari per trovare nuova occupazione. Questa è la misura del valore giuridicamente vincolante dell'indennità. Al di sotto di essa, il legislatore nazionale, nell'operazione di bilanciamento non potrà scendere.

Ampliando il discorso, il legislatore nazionale, nell'operazione di bilanciamento, può certamente prediligere il rimedio risarcitorio a quello riparatorio perché ritenuto più adatto a rafforzare le opportunità di ingresso nel mercato del lavoro, sul presupposto di una correlazione tra riduzione della

tutela contro il licenziamento e incremento dell'occupazione<sup>40</sup> – come hanno in sostanza fatto la l. 92/2012 e il d.lgs. 23/2015<sup>41</sup> ed ha finito per affermare la stessa Corte per giustificare la disparità di trattamento tra coloro che sono stati assunti prima e dopo il 7 marzo 2015 –; ma il legislatore non potrà mai, comunque, prescindere dal suindicato contenuto essenziale del diritto a non subire un licenziamento ingiustificato.

Ciò non significa, si badi, che non possa prevedersi un *range* per l'indennità monetaria, anzi, credo che l'impostazione delineata potrebbe soddisfare anche l'esigenza di certezza del diritto, altresì contenuta nei criteri della l.d. 183/2014 e della quale parte della dottrina denuncia la scomparsa<sup>42</sup>. V'è però da ritenere che, in questo caso, la *certezza* per il datore di lavoro, avendo egli pur sempre compiuto un atto vietato dall'ordinamento, consisterà non nella conoscenza dell'esatta quantificazione del costo del suo comportamento illegittimo, ma in una previsione “di massima” di cui lo stesso potrà tenere conto. Più precisamente, nel tempo massimo ritenuto necessario per trovare una nuova occupazione.

La motivazione a supporto di un determinato limite si presenta, tra l'altro, adesso più che mai necessaria in considerazione del fatto che, rispetto alla loro previsione, il Comitato sociale europeo, come ci viene ricordato dalla stessa sentenza della Consulta, si è espresso negativamente<sup>43</sup>. E la Consulta, sebbene non attribuisca a quelle decisioni alcuna vincolatività, ne riconosce però pur sempre l'“autorevolezza”. Sicché, lo scostamento da essa andrebbe almeno motivato.

<sup>40</sup> Sull'esistenza o meno di una tale correlazione il dibattito è tutt'ora acceso, v. per tutti: BLANCHARD O., *European unemployment: the evolution of facts and ideas*, in *Economic policy*, 2006; BOERI T., VAN OURS J., *The economics of imperfect labor markets*, Princeton University Press, 2008; DEL PUNTA R., *Economic challenge to labour law in LYON-CAEN A.*, PERULLI A. (a cura di), *Valutare il diritto del lavoro, Evaluer le droit du travail. Evaluate labour law*, Cedam, Padova, 2010; BRANCACCIO E., *Antiblancharchard. Un approccio comparato allo studio della macroeconomia*, FrancoAngeli, 2012, spec. 101 ss.; SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL*, 2014 I, p. 344 ss.; RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il Jobs Act*, in *Pietro Ichino Newsletter*, n. 344, 11 maggio 2015.

<sup>41</sup> Sul punto v. *retro* par. 3.

<sup>42</sup> DE LUCA TAMAJO, *Intervento al Seminario “Le conseguenze del licenziamento illegittimo dopo la sentenza della Corte costituzionale”*, cit.

<sup>43</sup> Si tratta della decisione del 31 gennaio 2017, *complaints* n. 107/2014 riguardante l'ordinamento Finlandese e, in particolare, la normativa che pone un tetto massimo al risarcimento del lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato (punto 14 della decisione della Corte costituzionale).

### 7. Segue. *Contenuto essenziale del diritto e libertà d'impresa*

Veniamo, infine, al tema bilanciamento/contenuto essenziale e libertà d'impresa, considerata non solo né tanto come veicolo per l'aumento dell'occupazione, sulla base del presupposto che una maggiore duttilità organizzativa si riverberi positivamente sul quest'ultima, bensì come situazione giuridica meritevole, di per sé, di tutela, come stabilito dall'art 41 della nostra Carta e dagli articoli 15 e 16 della Carta dei diritti fondamentali.

Prescindendo da più generali considerazioni in merito al rilievo della libertà d'impresa sul piano ordinamentale, nel caso di specie non v'è dubbio che essa emerga in maniera negativa, esprimendosi attraverso un comportamento censurato dall'ordinamento: il datore di lavoro che licenzia un lavoratore senza un valido motivo viene meno ad un preciso precetto. Sottesa a questa valutazione, evidentemente, c'è la considerazione secondo la quale non vi è alcuna correlazione diretta tra licenziamento arbitrario ed esercizio dell'attività d'impresa: più esplicitamente, se alla base del licenziamento non vi è un motivo per l'ordinamento meritevole, perché mai dovrebbe venire in gioco il contenuto essenziale della libertà d'impresa? Per l'ordinamento evidentemente l'impresa può senz'altro evitare il licenziamento, così non esponendosi ad alcuna sanzione e pregiudizio. Se diversamente opta per un'altra soluzione, è arduo ritenere che possa porsi un problema di sua tutela minimale. Ragionando diversamente, nell'ottica del bilanciamento, in comparazione con altri diritti sarebbe non la libertà d'impresa, bensì una sua espressione *negativa*: ciò che l'impresa, per l'ordinamento, *non* può fare.

Al riguardo è eloquente l'esempio prima fatto: bilanciamento tra riduzione della tutela contro il licenziamento e tutela della libertà d'impresa in quanto (in ipotesi) favorevole all'occupazione, quindi, in sostanza, al diritto al lavoro. Così configurata, allora, la tutela della libertà d'impresa è strumentale. E v'è da ritenere che il grado della sua tutela rientri in una valutazione strettamente "politica" espressa dalla congruità dell'indennizzo: sarà il legislatore a decidere, nell'ambito di una scelta politica, in che misura "colpire" l'impresa per sostenere l'occupazione.

### 8. *Sentenza 194/2018 versus d.lgs. 23/2015: la questione delle piccole imprese*

Un ultimo punto sul quale è utile soffermarsi attiene alle ripercussioni

della pronuncia della Corte sulle altre norme contenute nel d.lgs. 23/2015 e, in particolare, su quella riferita al licenziamento nelle piccole e medie imprese.

Da questa sentenza non è possibile desumere l'incostituzionalità degli articoli 4 e 6 del d.lgs. n. 23/2015. In riferimento al primo, attinente ai vizi formali e procedurali, non si rinviene un esplicito richiamo al sistema di calcolo di cui all'art 3, co.1; tuttavia, l'aver ancorato la quantificazione dell'indennità agli anni di servizio del lavoratore pone indubbiamente un problema di compatibilità di tale norma con i principi enucleati dalla Corte: ma questo sarà una valutazione che spetterà nuovamente alla stessa qualora venga sollecitata in tal senso<sup>44</sup>.

Né è possibile desumere l'incostituzionalità dell'art. 6 in tema di offerta di conciliazione, giacché in questo caso è centrale l'accordo delle parti. Nondimeno è indiscutibile che la sentenza 194 sia destinata ad avere un riflesso *di fatto* sulla concreta operatività della procedura di conciliazione<sup>45</sup>, in quanto l'articolo "funzionava" perché l'art. 3, nella sua versione originaria, consentiva una deducibilità certa dei costi, oggi non più automaticamente prevedibile.

Diverso è il discorso in riferimento a quelle norme che, nel determinare la quantificazione dell'indennità, rinviano esplicitamente all'art. 3, co. 1, come accade per gli articoli 10 sui licenziamenti collettivi e 9 in tema di piccole imprese. Quest'ultima disposizione, come si accennava, merita qualche considerazione in più, in virtù del fatto che le indennità previste per tali licenziamenti non solo sono calcolate secondo la stessa tecnica dichiarata incostituzionale, ma anche perché la misurazione avviene entro valori significativamente ridotti, con un tetto massimo che giunge a sole sei mensilità.

Su questo piano, peraltro, i problemi non sorgono oggi. Come noto, non poche voci in dottrina, nonostante la diversa opinione della Corte Costituzionale<sup>46</sup>, hanno sempre criticato la netta distinzione di tutele tra imprese medio/grandi e piccole imprese<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> GIUBBONI, *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Foro It.*, in corso di pubblicazione.

<sup>45</sup> Così CARINCI MT, *op. cit.* 26

<sup>46</sup> Sul punto v. C. Cost., 22 gennaio 1974, n. 55; C. Cost., 8 gennaio 1986, n. 2; C. Cost. 23 febbraio 1996, n. 44. Per la legittimità della riduzione della soglia numerica per le imprese agricole, cfr. C. Cost., 19 giugno 1975, n. 152.

<sup>47</sup> Per tutti, VARDARO, *Licenziamenti individuali*, in LISO, RUSCIANO (a cura di), *La revisione della normativa, sul rapporto di lavoro*, Guida, 1987, vol. II, 615; ALLEVA, *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in CARINCI F. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le*



Sulla questione si è già pronunciato il Tribunale di Genova nell'ambito di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo<sup>48</sup>. Per quanto qui interessa, il giudice, riprendendo la censura del meccanismo automatico basato sull'anzianità di servizio di cui al primo comma dell'art. 9 e non considerando ostativo il requisito dimensionale di cui all'art. 18, l. 300/70, applica i criteri richiamati dalla sentenza della Corte costituzionale. Tuttavia il giudice non si discosta dai limiti indicati dallo stesso art. 9 che, come appena ricordato, sono alquanto bassi, pure nel valore massimo<sup>49</sup>. Ed è adesso questa la questione che andrà necessariamente affrontata. La marcata evoluzione della tutela contro il licenziamento arbitrario comporta che la rilevanza giuridica acquisita dal suo contenuto essenziale non consente più, oggi, regole adottate in passato.

*leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene 1991, 6; GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1995, 328.

<sup>48</sup> Trib. Genova del 21 novembre 2018.

<sup>49</sup> Valori, come si è già ricordato, ritenuti sì adeguati dalla stessa Corte in caso di risarcimento del danno per il lavoratore a tempo determinato, ma al quale, però, è altresì riconosciuta la trasformazione del rapporto di lavoro.

**Key words**

Licenziamento ingiustificato, tutela, risarcimento del danno, bilanciamento, contenuto essenziale del diritto, tutela occupazionale.

Unjustified dismissal, protection, compensation for damage, balance, the essence of the right, employment protection.