

**Bruno Caruso**

**Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità (tra illegittimità a formazione progressiva ed esigenza di razionalizzazione legislativa)**

**Sommario:** **1.** Il contratto a tutele crescenti e l'illegittimità costituzionale parziale. **2.** La sentenza 194/2018 della Corte costituzionale non chiude i giochi. Le critiche (perduranti e ancora attuali) alle tutele crescenti. **3.** La disciplina italiana dei rimedi contro il licenziamento come nuova occasione di dialogo tra le Corti supreme nelle relazioni interordinamentali. Gli esiti possibili e le ricadute sistemiche delle nuove questioni sollevate dai giudici italiani. **4.** Il merito delle ordinanze: "il grano e l'oglio" nell'ordinanza Europea del Tribunale di Milano. **5.** La doppia pregiudizialità presa sul serio. La Corte d'appello di Napoli: una sola fattispecie di licenziamento, due ordinanze pregiudiziali. **5.1.** Il merito della ordinanza di remissione alla Corte costituzionale. **5.2.** La questione di pregiudizialità europea. **6.** Per una razionale ri-organizzazione unitaria del regime rimediale della disciplina del licenziamento in Italia. La parola al legislatore. **6.1.** Il licenziamento per colpa soggettiva del lavoratore. Ripristinare le due ipotesi rimediali della legge Fornero nel licenziamento disciplinare. **6.2.** Il licenziamento per ragioni economiche. Per un rimedio unitario, di tipo meramente indennitario. **6.3.** Violazione di obblighi formali. Per una manutenzione ordinaria del sistema rimediale.

*1. Il contratto a tutele crescenti e l'illegittimità costituzionale parziale*

Non era difficile prevedere che la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018<sup>1</sup> non avrebbe posto la parola fine alla critica giurisprudenziale (e dottrinale) diffusa nei confronti di quel vero e proprio simbolo delle ri-

<sup>1</sup> La sentenza 194/2018 (del tipo abrogativo semplice, non additiva, né manipolativa) contiene, notoriamente, una motivazione molto lunga, articolata e densa anche perché si confronta, puntualmente, con l'ordinanza di remissione del Tribunale di Roma (B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *DRI*, 2018, 2, p. 483 ss.) altrettanto complessa.

forme renziane del lavoro che è il contratto a tutele crescenti<sup>2</sup>. Si tratta di un provvedimento ormai accerchiato da più parti: dalla politica, che già ne annuncia una nuova modifica<sup>3</sup>; dallo stesso legislatore che ne ha operato una

<sup>2</sup> I commenti dottrinali alla sentenza della Corte costituzionale sono ormai numerosi e non è, dunque, possibile riferirne in dettaglio; alcuni di essi si assestano sulla medesima posizione e utilizzano, a volte, le stesse argomentazioni. Sostanzialmente essi possono raggrupparsi in tre categorie, all'interno delle quali si evidenziano sfumature diverse di accenti e di dettaglio non certamente trascurabili per *esprit de finesse* e conseguenti ricadute: alla fine sono proprio queste sfumature che identificano il soggettivo apporto del commentatore, ma non è possibile darne conto, come sarebbe, invece, dovuto in un commento disteso dedicato soltanto alla sentenza. Una prima posizione è di condivisione, il che non esenta l'autore da qualche critica; pur in un contesto argomentativo di plauso della complessiva e articolata posizione della Corte, la dichiarazione di forte empatia e condivisione, tuttavia, non esime il commentatore da evidenziare alcuni tratti di criticità (la parte vuota del bicchiere mezzo pieno): si tratterebbe, secondo questa posizione, di un importante segnale (una vera svolta) nel percorso di un recupero assiologico della disciplina. Il che non avrebbe impedito, sulla base di ulteriori argomenti critici non utilizzati dalla Corte, un ulteriore sforzo demolitivo con riguardo soprattutto alla distinzione tra discipline e regimi protettivi in ragione del tempo. Da tale posizione si distingue quella simmetricamente contraria: si mettono in rilievo soprattutto le contraddizioni, o lo scarso coraggio della sentenza; soprattutto oggetto di critica è l'argomentazione consequenzialista non portata fino in fondo in termini di verifica effettiva, mediante la quale – a prescindere dai richiami ai propri precedenti sul *fluire* del tempo – la Corte giustifica la distinzione tra il prima e il dopo con l'obiettivo di incremento occupazionale che l'alleggerimento del regime rimediabile avrebbe dovuto produrre. Si tratterebbe pertanto di un'occasione perduta per una demolizione più strutturale delle tutele crescenti, anche se, in questa prospettiva, si evidenzia che la sentenza potrebbe produrre ulteriori effetti abrogativi inerziali a probabile geometria variabile su altre disposizioni del d.lgs. 23/2105 che prevedono analoghi dispositivi automatici, in primo luogo l'indennizzo nelle imprese minori. Alla fine, comunque, secondo questa posizione, la sentenza 194 realizzerebbe un'operazione timida e reticente che lascia evidenti spazi a chi intende continuarne la demolizione, pur riconoscendosi che un primo passo è stato compiuto (il bicchiere mezzo vuoto). Infine, una posizione, a volte moderatamente, a volte più radicalmente, critica, ma di segno opposto alla precedente, nel senso dell'inopportunità di merito della sentenza anche per gli effetti di ulteriore complessificazione del quadro regolativo che essa produrrebbe e con riguardo soprattutto all'effetto di aumento dell'incertezza del costo economico del licenziamento, nella misura in cui si ripristinerebbe una discrezionalità giudiziaria, per molti aspetti, imprevedibile (secondo altri questo effetto non si dovrebbe produrre in ragione del riferimento ai criteri di quantificazione che la stessa Corte richiama nella motivazione ma non nel dispositivo). È evidente che questa posizione critica scaturisca invece da un giudizio positivo su una riforma che si considera(va) bilanciata e agganciata soprattutto al valore preminente della certezza del diritto. Addirittura, in tal senso, secondi alcuni la sentenza della Corte sarebbe affetta da provincialismo.

<sup>3</sup> Non risulta che nel programma dell'attuale compagine governativa “giallo rossa” ci sia un organico progetto di riforma delle tutele crescenti anche per la presenza nella maggioranza

prima riforma – con il decreto dignità – ampliando il *range* del risarcimento possibile (da un minimo di 6 a un massimo di 36 mensilità)<sup>4</sup>, riforma che aveva già anticipato, quasi in contemporanea, la medesima pista correttiva su cui si è inserita anche la Corte costituzionale; dalla Corte di cassazione che ha inteso “appiattare” il significato di fatto materiale contestato (con onere della prova a carico del lavoratore) sulla nozione giurisprudenziale di insussistenza del fatto, inteso nel senso di irrilevanza disciplinare ancorché materialmente sussistente<sup>5</sup>; e ciò secondo quanto già stabilito dalla stessa Suprema Corte per l’art. 18 versione Fornero<sup>6</sup>. Soprattutto dalla Corte costituzionale, con la citata sentenza 194, che si è confrontata non solo con una disposizione contingente (con effetto di riscrittura per sottrazione dell’art. 3 comma 1 del d.lgs. n. 23/2015), ma che ha inteso inviare un messaggio al legislatore che costituisce una “pietra miliare” sull’equilibrio indefettibile tra la sovrastruttura valoriale del diritto, e del diritto del lavoro in particolare, e le contingenze strutturali, importanti ma pur sempre tali, dell’economia.

Un segnale forte la Consulta lo ha inviato anche sul rapporto tra potere del legislatore e discrezionalità giudiziaria da preservare sempre, ma soprattutto in ragione del potere di adattamento, in termini di giustizia ed equità, della decisione alla concreta situazione che solo il giudice può esercitare<sup>7</sup>.

di deputati vicini al *leader* che si è intestato la riforma del *Jobs Act* nella passata legislatura; è pertanto probabile che un eventuale intervento si ridurrebbe ad anticipare l’eventuale sentenza della Corte di giustizia con riguardo ai licenziamenti collettivi, oggetto della questione di pregiudizialità (*infra* § 4).

<sup>4</sup> Art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (*Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>5</sup> Si v. Cass. 8 maggio 2019, n. 12174. Per un commento parzialmente critico, sin d’ora, si v. MARESCA, *Licenziamento disciplinare e sussistenza del fatto contestato nella giurisprudenza della Cassazione* (nota a Cass. 8 maggio 2019, n. 12174, Cass. 9 maggio 2019, n. 12365 e Cass. 28 maggio 2019, n. 14500), in *DRI*, 2019, 3, p. 946 ss. Pure PISANI, *Sussistenza in astratto e insussistenza in concreto della giustificazione del licenziamento: nuovo criterio di distinzione tra comma 4 e comma 5 dell’articolo 18?* (nota a Cass. 20 dicembre 2018, n. 33027), in *DRI*, 2019, 3, p. 954 ss.; AMOROSO, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo: fatto contestato* (art. 18, quarto comma, l. 20 maggio 1970, n. 300) *versus fatto materiale contestato* (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 20), in *ADL*, 2017, 4-5, p. 890 ss.; SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018.

<sup>6</sup> Il *leading case* è costituito da Cass. 20 settembre 2016, n. 18418.

<sup>7</sup> In termini più strettamente tecnici riferiti agli effetti applicativi della sentenza, giustamente, una puntuale e attenta dottrina (NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la*

Al di là dell'effetto abrogativo della norma sull'automatismo dell'indenizzo/risarcimento (la Corte, si è notato, non distingue), la sentenza produce come risultato l'eliminazione di ogni possibilità, anche per il futuro, che il legislatore possa tornare indietro, introducendo nuovamente regole che traducano meccanicamente in norme le ragioni dell'economia, bypassando il potere di agguadagnazione della magistratura<sup>8</sup>; in questo caso l'inversione di tendenza rispetto a ripetuti e meno efficaci tentativi legislativi – si pensi al Collegato lavoro – di imbrigliare la discrezionalità giudiziale, è oltremodo evidente e in linea con un tendenziale disfavore della Corte costituzionale nei confronti di operazioni legislative di rigida forfettizzazione<sup>9</sup>. Inoltre, la Corte approfitta pure per ricordare – anche se in questo caso il risultato è oggetto di diffuse critiche di “poco coraggio”<sup>10</sup> – che il rimedio contro il

*sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale*, in *LD*, 2019, 2, p. 293 ss.) fa notare che non si può parlare di personalizzazione del danno, posto che la Corte richiama i parametri legali, a cui il giudice dovrebbe in ogni caso riferirsi come canone direttivo del giudizio di adattamento, fissati in varie norme: art. 8 della l. n. 604/1966; lo stesso comma 5 dell'art. 18. Coglie il punto MARCESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *DRI*, 2019, 1, p. 228 ss., che avanza personali consigli interpretativi inviati a chi dovrà applicarli.

<sup>8</sup> Lo sottolinea correttamente NOVELLA, *op. cit.*

<sup>9</sup> In un intervento molto equilibrato a commento della sentenza n. 194/2018, CESTER (*Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, 2019, 2, p. 164) cita i precedenti in tal senso della Corte costituzionale: C. Cost. 19 aprile 2018, n. 77, in materia di spese processuali, e C. Cost. 11 novembre 2011, n. 303, sulla indennità forfettaria per il caso del contratto a termine illegittimo.

<sup>10</sup> Ma in questo caso CESTER, *op. ult. cit.*, p. 173, ha fatto argutamente notare che la Corte più di questo non poteva fare: non poteva riproporre la reintegra come orizzonte costituzionale necessario se non al prezzo di smentire se stessa (C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 46); ciò in ragione del fatto che la *property rule* (il diritto alla reintegra) non è stato costituzionalizzato [con chiari argomenti spiega il perché ARNONE, *La giustizia e l'efficienza nelle tutele contro il licenziamento*, 2016 <https://www.pietroichino.it/?p=53204>] e, volenti o nolenti (ma *contra* già ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'unione Europea*, in *DLRI*, 2012, 4, p. 619 ss.; ID. *Le fonti di diritto internazionale nella sentenza n. 194/2018*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, I seminari della Consulta giuridica CGIL, n. 2, Ediesse, 2019, p. 101 s.; sullo stesso filone di pensiero SARACINI, *op. cit.*, pp. 14 e 72 ss.), i regimi legali di tutela di altri paesi europei si assestano su una *liability rule* più o meno intensa (si v. sin d'ora la seria ricerca comparata a cura di PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014). Ciò ancorché in deroga ai principi di diritto comune dei contratti che, all'illegittima rottura del vincolo negoziale, fanno seguire la riparazione, se non sempre in forma specifica, tendenzialmente *per integrum* (è la posizione critica, molto ben argomentata, di L. ZOPPOLI, *Il licen-*

licenziamento non può scendere sotto una certa soglia senza mettere in discussione la stessa portata riparatoria e quindi l'effettività della tutela rimediabile apprestata. Onde la forte valorizzazione del diritto sovranazionale sulla effettività e dissuasività del rimedio – concetti che rinvierebbero in effetti a tecniche regolative diverse<sup>11</sup> – con il riferimento, più per ragioni di equilibrio ordinamentale delle fonti<sup>12</sup> che di merito dei disposti normativi, dell'articolo

*ziamento “de-costituzionalizzato”*: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina ma non architetta, in *DRI*, 2019, 1, p. 277 ss.). Tutto ciò posto, secondo Cester, il combinato disposto tra l'intervento del legislatore e la norma di risulta, dopo l'intervento abrogativo della Corte, finirebbe per costituire una norma incostituzionale creata dalla stessa Corte, dato che non si giustificerebbe una tutela sino a un massimo di 24 mesi per i licenziati in regime Fornero e sino a 36 mesi per i licenziati in regime di *Jobs act* (per certi versi ancora più forte rispetto al regime di reintegrazione attenuata con esercizio del diritto di opzione 12+ 15, ben al di sotto del tetto delle 36 mensilità), con la differenza tuttavia non di poco conto, trascurata dall'Autore, che solo nel primo caso almeno la quota dell'opzione è certa, a disposizione della parte, e non modulabile dal giudice.

<sup>11</sup> Si rinvia alla proposta di L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 293 ss. Finalizzata a valorizzare la riparazione integrale del danno pure SARACINI, *op. cit.*

<sup>12</sup> La Corte Costituzionale aderisce all'approccio restrittivo della Corte di giustizia sull'art. 30 della Carta di Nizza, secondo LO FARO (*La Carta e le Corti dieci anni dopo: a che punto siamo?*, in *RGL*, 2019, 2, p. 343 ss.; ID. *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta?*, in *DLRI*, 2018, 4, p. 761 ss.), volutamente tirato da quest'ultima in ballo ogniqualvolta si tratta di diritti sociali, per cui la protezione contro il licenziamento deducibile dall'art. 30 della Carta, pur rientrando astrattamente nella competenza dell'unione Europea (art. 153, § 4, del TFUE), non sarebbe richiamabile per sindacare la conformità europea di norme domestiche in virtù dell'art. 51, primo comma, della CDFUE, che limiterebbe il richiamo diretto negli ordinamenti nazionali, per la mancanza di una disciplina europea di attuazione. L'argomento è contestabile [si v. PEDRAZZOLI, *Commento all'art. 30*, in MASTROIANNI, POLLICINO, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, p. 570 ss; pure ALES, *La dimensione ‘costituzionale’ del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.INT - 129/2016; BALLESTRERO, *A proposito di rimedi: l'improbabile resurrezione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2017, 3-4, p. 495 ss.] sulla base della semplice constatazione (e anche non scomodando la dottrina dei poteri impliciti o dell'effetto utile) che non sono poche le direttive che si occupano di licenziamento: divieto di licenziamento in occasione di rifiuto del part-time o di trasferimento di azienda, o divieto di licenziamento per ragioni discriminatorie o di tutela della maternità; ma pure in ragione del fatto che la stessa ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma si occupava del licenziamento per giustificato motivo oggettivo che, in molti ordinamenti europei, è unificato sotto l'egida del licenziamento per ragioni economiche e che, nella forma del licenziamento collettivo, è notoriamente oggetto di una delle prime direttive di armonizzazione sociali, di cui si occupa per altro il Tribunale di Milano, che solleva la questione di pregiudizialità (*infra* § 4 ss.)

24 della Carta sociale<sup>13</sup> piuttosto che dell'art. 30 della Carta europea dei diritti fondamentali<sup>14</sup>.

La Corte costituzionale in perfetta sincronia, anche cronologica, con il legislatore del decreto dignità ha, dunque, con la sua sentenza, concluso l'opera di parziale demolizione a partire proprio da dove lo stesso legislatore del decreto dignità non aveva invece osato intervenire; vale a dire sulla rigidità, a tutto scapito della giustizia nel caso concreto, della determinazione del quantum: tra il valore della certezza del costo del licenziamento e la giustizia rimediale ancorata all'equità in concreto, la Corte sceglie quest'ultima. Tra Blanchard e Gadamer, o Paolo Grossi<sup>15</sup>, la Corte opta per il filosofo o lo storico e non per l'economista.

Nel complesso, con riguardo al ruolo giocato dalla Corte nella saga costituzionale molto italiana del regime di tutela contro il licenziamento illegittimo<sup>16</sup>, si tratta forse di una sentenza che si arruola, ma con toni

<sup>13</sup> Sottolinea correttamente l'importante valorizzazione, per la prima volta in Italia, dell'art. 24 della Carta sociale europea da parte della Corte costituzionale nella sentenza 194/2018 (ma anche in C. Cost. 13 giugno 2018, n. 120, sulla libertà di associazione sindacale nelle forze armate), LAZZARI, *Sulla Carta Sociale Europea quale parametro interposto ai fini dell'art. 117, comma 1, Cost.: note a margine delle sentenze della Corte Costituzionale n. 120/2018 e n. 194/2018*, in *Federalismi.it*, 20 febbraio 2019, p. 2 ss. Una forte rivalutazione anche contenutistica della Carta sociale anche in FONTANA, *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*.INT - 132/2016.

<sup>14</sup> Sul punto del richiamo alle norme internazionali e sovranazionali si sofferma ampiamente ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato*, cit., che giustifica in qualche modo la posizione della Corte sulla base di un argomento di ragion pratica: vale a 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. Critica invece su questo passaggio della sentenza è BALLESTRERO (*La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 2019, 2, p. 255 ss.), in ragione dell'argomento che in gioco verrebbe, piuttosto che la questione della "porta di ingresso" in carenza di diritto derivato, quella del primato del diritto europeo (in particolare di una disposizione della Carta). Posizione in astratto condivisibile, salvo il fatto che tale primato, una volta acquisito, giustifica pure che la Corte di giustizia, sulla base di quel principio, sia poi legittimata a mettere "i piedi (non della misura di Cenerentola) nel piatto" anche dei nostri principi costituzionali, fatti salvi i, teorici, controllimiti (la citazione è tratta da BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *LD*, 2008, 2, p. 371 ss.).

<sup>15</sup> È del grande storico del diritto, Presidente emerito della Corte costituzionale, l'idea del diritto come *invenzione* prodotta attraverso l'attività di concretizzazione tarata sul caso da risolvere, attraverso l'adattamento della norma al fatto della vita: GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017, p. 125 ss.

<sup>16</sup> La ripercorre, cercando di evidenziare le contraddizioni di tale percorso, FONTANA, *La*

certamente sommessi ed eleganti, nel filone di protagonismo politico, se non proprio di “suprematismo giudiziale”, inaugurato da tempo dalla Corte e criticato di recente dalla dottrina gius-costituzionalistica in chiave di “sconfinamento politico”, non certo unanimemente<sup>17</sup>. Ma il gioco, c’era da aspettarsi, non si è chiuso con la sentenza della Corte.

2. *La sentenza 194/2018 della Corte costituzionale non chiude i giochi. Le critiche (perduranti e ancora attuali) alle tutele crescenti*

Le critiche alla riforma Renzi si sono concentrate sul regime rimediale; la riforma, notoriamente, ha solo indirettamente e di riflesso riguardato la fattispecie così come del resto il precedente della riforma Fornero<sup>18</sup>. Si tratta di un sistema che ha fortemente e irragionevolmente indebolito la soluzione – *ex post* giudicabile intermedia ed equilibrata – della precedente riforma attuata con la l. n.92/2012, tutta interna e non alternativa all’art. 18. E che soprattutto interviene in una fase in cui la stessa giurisprudenza invia segnali, a volte squilibrati, di riassetto dei contenuti della stessa fattispecie giustificativa del licenziamento (la giusta causa e il giustificato motivo oggettivo) in senso diametralmente opposto a quel che avveniva al tempo del c.d. paternalismo giudiziario<sup>19</sup>: si pensi alla forte e indiscriminata rivalutazione, a favore del datore di lavoro – specie in alcuni settori<sup>20</sup> – del rapporto

*Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 382/2018.

<sup>17</sup> Spiega con dovizia di riferimenti culturali il termine suprematismo, adattato alla posizione recente della Corte su varie questioni, MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, in QC, 2109, 2, p. 251 e ivi la pronta replica di BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Sul%20ruolo%20della%20Corte%20costituzionale.pdf>; si veda pure, a giustificazione storica e politica della posizione “evolutive”, “creativa” e di “attivismo giudiziario” della Corte, CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in QC, 2019, 4, p. 777 ss.

<sup>18</sup> Sulle ricadute delle modifiche rimediali sulle fattispecie legittimanti il licenziamento, già TULLINI, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in ADL, 2015, 4/5, p. 801 ss.

<sup>19</sup> B. CARUSO, *Valori e tecniche nel diritto del lavoro che cambia*, di prossima pubblicazione negli Atti del convegno, tenutosi a Firenze il 20 e 21 settembre 2019, *Valori e tecniche del diritto del lavoro*.

<sup>20</sup> Si rinvia a MURENA, *Fiducia e subordinazione. Il lavoro bancario*, Giappichelli, 2017.

di fiducia soggettiva; onde l'asseverata rottura giustificerebbe il licenziamento "a prescindere" e al di là delle complessive condizioni di contesto che suggerivano un tempo valutazioni più ragionate e temperate<sup>21</sup>; ovvero alla rimodulazione del giustificato motivo oggettivo con attenzione maggiore all'interesse di impresa e alle c.d. ragioni "egoistiche" – meno moralisticamente – di profitto ed efficienza aziendale<sup>22</sup>.

Gli storici ci diranno se il contratto a tutele crescenti ha avuto soprattutto il significato di un messaggio simbolico, consequenziale all'avventuristica scelta di mettere nell'angolo le organizzazioni sindacali praticando la disintermediazione sul piano politico, sociale oltre che giuridico; onde, soprattutto, l'eliminazione della fattispecie di reintegrazione debole affidata alla valutazione di proporzionalità della contrattazione collettiva<sup>23</sup> (e posto che, nel mondo delle imprese, non si considerava, in quella fase, certo urgente un nuovo intervento sull'art. 18). Ovvero se si è trattato di una sorta di resa di

<sup>21</sup> Contro l'utilizzo della fiducia nel contratto e nel rapporto di lavoro come semplificato modo di ragionare della giurisprudenza, già NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, 116, p. 622 ss. Al contrario della previsione dell'Autore circa un progressivo superamento del ricorso alla fiducia, la giurisprudenza ha semmai accentuato le semplificazioni ivi denunciate, arrivando a soluzioni abnormi, sino al punto di giustificare il licenziamento in seguito a un comportamento di un lavoratore in una procedura sindacale interna di nomina di RSA, comportante riverberi nella relazione fiduciaria, per le sue modalità – presunta falsificazione di un verbale sindacale – sino al punto da giustificare il licenziamento per venir meno dell'affidamento futuro (ove il probabile comportamento futuro non affidabile, in tutta probabilità, sarebbe stata l'attività sindacale del lavoratore licenziato): si v. TEBANO, *Costituzione di RSA: a chi spetta controllare la regolarità del procedimento?*, nota a Trib. Termini Imerese, 16 febbraio 2018, in *DRI*, 2018, 4, p. 1235. Sul discutibile e corrivo recupero dell'elemento fiduciario anche nell'apprezzamento dell'addebito al fine di valutare la rilevanza disciplinare del comportamento, Cass. 20 dicembre 2018, n. 33027, con nota di PISANI, *op. cit.*; pure Cass. 15 ottobre 2019, n. 26023.

<sup>22</sup> Notoriamente il punto di svolta in tal senso viene considerata Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, anche se in effetti non si tratta di vero e proprio cambiamento ma certamente di oscillazione del pendolo della giurisprudenza della Cassazione a favore di un riempimento della classe (utilizzando la concettualizzazione di PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit.) giustificato motivo oggetto, con una sequela di motivi (sottoclasse) che tengono più in considerazione le ragioni economiche e organizzative dell'impresa piuttosto che del lavoratore. Da quella sentenza la giurisprudenza della Suprema corte di Cassazione si è in maggioranza orientata su questa posizione, giustificando per esempio il recesso anche per maggiore efficienza gestionale e aumento della redditività: da ultimo, Cass. 11 novembre 2019, n. 29099; Cass. 28 marzo 2019, n. 8661, sul *Giustlavorista.it*. Sul tema si v. il volume del gruppo Freccia rossa, a cura di PERULLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017.

<sup>23</sup> *Infra*, § 6 e ss.

conti finale tra i “falchi”, teorici della riduzione del licenziamento a una scelta aziendale suscettibile soltanto di valutazione in termini costo/opportunità e di relativo equilibrio; e colombe, favorevoli a un compromesso giuridico, comunque ragionevole, tra le esigenze aziendali di governare, entro un quadro anche di certezze economiche oltre che normative, le dinamiche di flessibilità in uscita e altrettanto legittime esigenze di protezione del lavoratore non solo nel mercato ma anche nel rapporto. Ciò anche per non obliare del tutto la valenza sistemica (anche di tutela sindacale effettiva) del rimedio contro il licenziamento illegittimo, e dalla sua portata dissuasiva, non solo di quello odioso e quindi nullo, perché discriminatorio, ma anche di quello semplicemente illegittimo e dunque annullabile perché non sufficientemente o irragionevolmente giustificato.

La Corte costituzionale, lo fa intendere tra le righe<sup>24</sup>, si mostra consapevole che la rottura del contratto di lavoro a iniziativa del datore di lavoro, e soprattutto con riguardo a situazioni di inadempimento e non di impossibilità sopravvenuta<sup>25</sup> ha effetti comunque traumatici<sup>26</sup>, sulla controparte anche quando dotata di un certo potere negoziale altrimenti non si giustificerebbe la tutela apprestata dalla giurisprudenza e dalla contrattazione collettiva in termini di valutazione di giustificatezza anche al licenziamento del dirigente che il legislatore invece ritiene sottratto, tranne che per la fattispecie della nullità, al controllo causale. Ciò perché il contratto di lavoro non è un mero contratto di statico scambio tra poste patrimoniali (energie *v.* retribuzione); è invece un contratto relazionale che implica il coinvolgimento della persona e della sua dignità e sicurezza nel tempo<sup>27</sup>; si tratta di beni spesso

<sup>24</sup> Sicuramente nei punti 9.1. e 11 della pronuncia; si legge in quest'ultimo punto: “In una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio”.

<sup>25</sup> La Corte non sempre coglie questa distinzione della fattispecie di licenziamento su cui, allo scopo della giustificazione della differenziazione dei rimedi, invece insiste, in modo persuasivo, PEDRAZZOLI, *Commento all'art. 30*, cit.; ID., *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, in *DLRI*, 2014, 1, p. 3 ss.; pure B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit.

<sup>26</sup> È la lettura della motivazione della sentenza di PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo* [http://www.treccani.it/enciclopedia/il-valore-del-lavoro-e-la-disciplina-del-licenziamento-illegittimo\\_%28altro%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/il-valore-del-lavoro-e-la-disciplina-del-licenziamento-illegittimo_%28altro%29/); più critica, in termini di insufficienza di motivazione e di effetti abrogativi, invece, per questo profilo, BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura*, cit.

<sup>27</sup> B. CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo*

vulnerati dal fatto stesso della rottura del contratto, al di là della motivazione che la sorregge, e quindi dalla perdita del posto di lavoro che ne deriva, a cui nessuna indennità o ausilio di disoccupazione per quanto alta e duratura può porre rimedio effettivo: il licenziamento, soprattutto quando motivato non da ragioni di razionalità ed efficienza aziendale, ma da fatti e comportamenti di addebito soggettivo, è in sé un trauma di cui il diritto deve farsi carico e non solo in ragione delle sue conseguenze

3. *La disciplina italiana dei rimedi contro il licenziamento come nuova occasione di dialogo tra le Corti supreme nelle relazioni interordinamentali. Gli esiti possibili e le ricadute sistemiche delle nuove questioni sollevate dai giudici italiani*

Proprio in questo filone di pensiero – che potrebbe preludere a futuri rimaneggiamenti del contratto a tutele crescenti (*infra*, § 6) – si inseriscono l’ordinanza del Tribunale di Milano del 5 agosto 2019 (est. Pазienza) con cui si solleva la questione di pregiudizialità europea davanti alla Corte di giustizia<sup>28</sup> salutata con favore da un comunicato della Filcams e della

e industria 4.0, in *DLRI*, 2108, 1, p. 106; sui cambiamenti del diritto del lavoro, in generale, si rinvia all’ampia disamina di PESSI, *Il diritto del lavoro e la Costituzione: identità e criticità*, Cacucci, 2019, cap. XXIV.

<sup>28</sup> Interessante in generale, a proposito dell’attitudine dei giudici italiani a fare riferimento nelle loro decisioni alla Carta di Nizza, considerando tale fonte come parte integrante del sistema legale, lo studio statistico di SCIARRA, GOLIA, *Italy: New Frontiers and Further Developments*, in corso di pubblicazione in Bobek, Prassl (eds.), *The European Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Hart/Bloomsbury, dal quale si evince una maggiore propensione delle corti di ultima istanza a fare riferimento alla Carta rispetto a quelle di prima istanza, comprese le giurisdizioni amministrative – che vi fanno meno riferimento – nettamente superate comunque dalla Corte Costituzionale. Tra il primo dicembre del 2009 e il 13 dicembre 2018, periodo di riferimento del *report*, la Carta di Nizza è stata invocata dalla Corte in 110 su 2.761 decisioni, pari al 3,984% dei casi. Le questioni pregiudiziali del Trib. di Milano sono massimate in *DRI*, 2019, 4, con breve commento critico di FERRANTE, *Licenziamento collettivo e lavoro a termine “stabilizzato”*: il *Jobs Act* viene rinviato alla Corte di giustizia europea, p. 1: “1) Se i principi di parità di trattamento e di non discriminazione contenuti nella clausola 4 della direttiva 99/70/CE sulle condizioni di impiego ostino alle previsioni normative dell’art. 1, secondo comma e dell’art. 10 del D.lgs 23/15 che, con riferimento ai licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, contengono un duplice regime differenziato di tutela in forza del quale viene assicurata nella medesima procedura una tutela adeguata, effettiva e dissuasiva ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti in data antecedente al 7 marzo 2015, per i quali sono

Cgil<sup>29</sup>; e la, ancor più eclatante, doppia ordinanza della Corte d'appello di Napoli 27 novembre 2019 (Presidente Diani, est. Pezzullo)<sup>30</sup> che solleva contemporaneamente<sup>31</sup> – per motivi in parte identici, in parte adattati anche lessicalmente – una nuova questione di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale basata su due motivi<sup>32</sup> e ben quattro questioni di pregiudizialità

previsti i rimedi della reintegrazione ed il pagamento dei contributi a carico del datore di lavoro e introduce, viceversa, una tutela meramente indennitaria nell'ambito di un limite minimo ed un limite massimo di minore effettività ed inferiore capacità dissuasiva per i rapporti di lavoro a tempo determinato aventi una pari anzianità lavorativa, in quanto costituiti precedentemente a tale data, ma convertiti a tempo indeterminato successivamente al 7 marzo 2015"; 2) "Se le previsioni contenute negli artt. 20 e 30 della Carta dei diritti e nella direttiva 98/59/CE ostino ad una disposizione normativa come quella di cui all'art. 10 del d.lgs. 23/15 che introduce per i soli lavoratori assunti (ovvero con rapporto a termine trasformato) a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, una disposizione secondo cui, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, diversamente dagli altri analoghi rapporti di lavoro costituiti in precedenza e coinvolti nella medesima procedura, la reintegrazione nel posto di lavoro e che introduce, viceversa, un concorrente sistema di tutela meramente indennitario, inadeguato a ristorare le conseguenze economiche derivanti dalla perdita del posto di lavoro e deteriore rispetto all'altro modello coesistente, applicato ad altri lavoratori i cui rapporti hanno le medesime caratteristiche con la sola eccezione della data di conversione o costituzione". Per un commento favorevole, invece, DE MICHELE, *L'ordinanza del Tribunale di Milano sull'incompatibilità del Jobs act con la normativa Ue dei licenziamenti collettivi*, in *LG*, 2019, I, p. 1022 ss.

<sup>29</sup> Cfr.: *Jobs Act: Cgil, Tribunale di Milano rinvia a Corte giustizia europea disciplina licenziamenti collettivi*, pubblicato il 19/08/2019, in <http://www.cgil.it/jobs-act-cgil-tribunale-di-milano-rinvia-a-corte-giustizia-europea-disciplina-licenziamenti-collettivi/>.

<sup>30</sup> Per quel che consta ancora inedite.

<sup>31</sup> Così tecnicamente nel provvedimento: "La Corte dispone ai sensi dell'art. 23 comma 2 della legge 11 marzo 1953 n. 87 la trasmissione degli atti di causa alla Cancelleria della Corte Costituzionale. Dispone con separata ordinanza, per i motivi ivi indicati, la trasmissione degli atti alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 TFUE". Nel leggere in parallelo il testo delle due ordinanze, e il meccanismo dei rinvii interni, sembrerebbe invertito l'ordine con cui la Corte d'appello napoletana presenta il rinvio (prima alla Corte costituzionale e poi alla Corte di giustizia); sembra infatti che la Corte d'appello prima abbia formulato la questione di pregiudizialità e poi su quel tracciato abbia adattato la parallela questione di costituzionalità.

<sup>32</sup> La Corte di appello solleva due questioni di costituzionalità. La prima più rilevante nel merito "Sulla non manifesta infondatezza della violazione dell'art. 10 del d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23, sia unitariamente che nel combinato disposto con l'art. 3 del d.lgs. 23/15, con riferimento agli articoli 3, 10, 35, 2° co. e 111, 1° co, Cost., nella parte in cui, irragionevolmente, introducono in violazione dei vincoli derivanti dall'adesione all'Unione Europea e ai trattati internazionali, un concorrente regime sanzionatorio inefficace rispetto al danno subito con la illegittima perdita del posto di lavoro e con attenuata efficacia deterrente del licenziamento illegittimo, intimato per violazione dei criteri di scelta in una stessa procedura attuativa della direttiva 98/59/CE in contrasto con l'art. 24 della Carta Sociale Europea, con l'art. 30 della Carta dei

davanti alla Corte di giustizia europea<sup>33</sup>. Anche in tal caso il plauso della Cgil, attraverso un comunicato, non si è fatto attendere<sup>34</sup>. A conferma dell'assedio a cui sono sottoposte le tutele crescenti anche il Tribunale di Bari ha sollevato questione di legittimità costituzionale ma su questione diversa<sup>35</sup>.

Occorre subito premettere che tutte le ordinanze su cui si concentra questo saggio – così come già l'ordinanza del Tribunale di Roma che ha dato luogo alla sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale – assumono una prospettiva olistica del licenziamento e dei suoi rimedi. Non c'è alcuna distinzione tra licenziamenti per ragioni soggettive e per ragioni oggettive; c'è una critica, non troppo velata, all'approccio dello spezzettamento rimediabile già della Fornero; si contesta chiaramente il modello regolativo del legislatore che considera la reintegra ipotesi residuale e il risarcimento ipotesi di *default*<sup>36</sup>. Il paradigma olistico consente ai giudici rimettenti l'unitarietà di approccio e la coerenza argomentativa interna, ma ne costituisce, come si dirà, una intrinseca debolezza, sia in termini di *policy*, sia in termini di valutazione di coerenza con i principi costituzionali ed europei "supremi".

Le ordinanze in oggetto assumono, in ogni caso, un significato che va al di là del merito delle questioni di costituzionalità e di pregiudizialità eu-

diritti fondamentali dell'Unione Europea con riferimento anche agli artt. 20 e 21 e 47 del medesimo trattato". La seconda per eccesso di delega e violazione dell'art. 76 Cost.

<sup>33</sup> *Infra* § 5.

<sup>34</sup> Si v. *La Corte di appello di Napoli «boccia» il Jobs Act*, in <https://www.rassegna.it/articoli/licenziamenti-la-corte-di-appello-di-napoli-boccia-il-jobs-act>.

<sup>35</sup> Mentre si completava il saggio, da fonte giornalistica si è appresa la notizia secondo cui pure il Tribunale di Bari (ordinanza del 18 aprile 2019, Gazzetta Ufficiale del 4 dicembre 2019) ha sollevato – come c'era invero da aspettarsi dopo la sentenza 194 della Consulta – la questione di legittimità costituzionale delle tutele crescenti, con riguardo al risarcimento con calcolo automatico per i vizi della motivazione e le violazioni procedurali. In proposito si v. FALASCA, *Licenziamenti altro rinvio alla Consulta*, Il sole 24 ore, 11 dicembre 2019, "in primo luogo, il tribunale di Bari rileva un possibile contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza, in quanto il meccanismo di calcolo automatico del risarcimento ancorato alla sola anzianità è identico a quello contenuto nella prima versione dell'articolo 3 e poi dichiarato incostituzionale [...]. Inoltre, la norma sarebbe in conflitto con il principio di ragionevolezza, perché – al pari del sistema contenuto nell'articolo 3 – il meccanismo del calcolo automatico non viene giudicato adeguato a prevenire i licenziamenti carenti di motivazione oppure affetti da vizi di forma".

<sup>36</sup> Forte propugnatore di questa tesi è, come noto, Arturo Maresca, che l'ha sostenuta in vari interventi ma pure la dottrina critica propugnatrice dell'approccio monista. Si tratta di una tesi condivisa, esplicitamente e con dovizia di argomentazioni, da un importante intervento delle Sezioni Unite della Cassazione: Cass., SS. UU., 27 dicembre 2017 n. 30985, sulla violazione del principio di immediatezza.

ropea sollevate e concentrate sul sistema rimediabile nell'ipotesi di licenziamenti collettivi, di cui si dirà nel merito (*infra* § 4 e 5). Il Tribunale di Milano e la Corte d'appello di Napoli si schierano a favore della tesi secondo la quale è riservato al giudice nazionale il ruolo di giudice europeo il quale può – senza passare necessariamente dal vaglio di costituzionalità accentrato della Corte costituzionale – sollevare prioritariamente, quando ne ricorrano le condizioni, una questione di pregiudizialità europea. E ciò non soltanto quando occorre interpretare il reale significato di una disposizione dell'ordinamento europeo in relazione a una disposizione domestica sospetta di contrarietà a essa. Ma anche quando la medesima disposizione sia sospettata di infrangere contemporaneamente diritti protetti dall'ordinamento europeo e diritti che ricadono pure sotto l'ombrello protettivo della Costituzione italiana: la c.d. doppia pregiudizialità. Entrambi i giudici di merito si appoggiano sulla Corte UE in *Global Starmed Ltd*<sup>37</sup> e aderiscono alla tesi giusta la quale le garanzie apprestate dalla Carta di Nizza, insieme a quelle della Costituzione italiana, finiscono per generare un concorso di rimedi giurisdizionali che arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e che dunque, per definizione, esclude ogni preclusione in ragione del fatto che i giudici devono comunque scandagliare la “migliore” tutela dei diritti che l'ordinamento integrato offre anche in ossequio di una certa interpretazione dell'art. 53 della Carta di Nizza (il principio della concorrenza delle tutele sancite nelle varie carte e del massimo livello di protezione possibile dei diritti)<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> C. Giust. 20 dicembre 2017, causa C-322/16, *Global Starmed Ltd c. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato*. In realtà il Tribunale di Milano dedica al pronunciamento della CGUE ampio spazio (pag. 29; pag. 45 ss.), mentre la Corte d'appello di Napoli si limita a richiamarla nel punto 23, citando però l'ancora più recente sentenza della Grande camera, C. Giust. 24 ottobre 2018, causa C 234/17, *XC, YB, ZA*, e la precedente C. Giust. 11 settembre 2014, causa C 112/13, *A. c. B e altri* (punti 22-24); la Corte di appello si confronta, invece, più direttamente con la Corte costituzionale n. 269/2017, appoggiandosi alla sua recente più giurisprudenza in particolare alla ordinanza C. Cost. 10 maggio 2019, n. 117, che sembra aver chiuso praticamente la partita.

<sup>38</sup> Tale posizione è condivisa da autorevole dottrina costituzionalista, si v. gli innumerevoli interventi di Ruggeri, impossibile da selezionare. Si v. pure, con dovizia di argomenti, CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme*, 2019; <https://www.giustiziainsieme.it/it/news/29-main/europa-corti-internazionali/591-giudice-comune-e-diritti-protetti-dalla-carta-ue-questo-matrimonio-s-ha-da-fare-o-no>. Nello stesso senso, ma più duttile e sofisticata, la posizione di MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights and Constitutional Duels in Europe: An Italian Perspective on Case 269/2017 of the Italian Constitutional Court and Its Aftermath*, in *ECLR*, 2019, p. 18 ss.

Non si possono dare che per conosciute, a tale proposito, tutte le articolazioni dell'interessante dibattito tra costituzionalisti e studiosi di diritto europeo, in chiave soprattutto di giustizia costituzionale sui potenziali conflitti e sul modello di dialogo tra le Corti nelle relazioni interordinamentali. Si può solo sinteticamente accennare al fatto che tutto ruota intorno a quella particolare tecnica di motivazione della Consulta attraverso i c.d. *obiter dicta* contenuti nelle motivazioni, a mo' di messaggi nella bottiglia, sul cui significato ed effetto la dottrina discute in termini di teoria di giustizia costituzionale. E tutto nasce dall'ormai famoso *obiter* della sentenza n. 269 del 2017<sup>39</sup>

<sup>39</sup> I famosi *obiter* di C. Cost. 14 dicembre 2017, n. 269 sono contenuti nei punti 5.1. e 5.2. Con la sentenza n. 269/2017 la Corte sembrava proporre la tesi giusta la quale soltanto per "altri profili", diversi da quelli di costituzionalità il giudice di merito potesse rivolgersi alla Corte di giustizia senza passare dal controllo accentrato, con la sentenza n. 20/2019 (C. Cost. 21 febbraio 2019, n. 20) la stessa Corte si è poi premurata di chiarare che "resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria"; con la sentenza n. 63 (C. Cost. 21 marzo 2019, n. 63) la Corte ribadisce quanto affermato con la 20/2019, circa la piena libertà e autonomia del giudice di merito di rivolgersi in qualunque momento alla Corte di giustizia ovvero operare come giudice di prime cure dell'ordinamento comune, disapplicando direttamente la norma che ritiene in contrasto con la disposizione europea *self executing*. La dottrina che attribuisce alla Corte questo significativo passo indietro richiama la tesi formulata dalla Corte di giustizia in *Global starnet*, causa C 322/16, e il passaggio al punto 21 della pronuncia, che altro non fa che ribadire la dottrina *Simmmenthal*: "Occorre ricordare che un giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria a tale diritto, ma anche inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo, previsti dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale. Infatti, l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, investito di una controversia disciplinata dal suddetto diritto, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di permettergli di stabilire se una norma nazionale sia compatibile o no con quest'ultimo". In tal senso pure *Åkerberg Fransson* C-617/10, (Grande Sezione) del 26 febbraio 2013; "secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale" Per i molti commenti sulla sentenza n. 269 della Consulta, si veda la lista pubblicata sul sito della Consulta <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>. Per una collocazione della sentenza della Con-

– per molti commentatori assolutamente decontestualizzato con riguardo alla questione sollevata dal giudice rimettente (una sorta di fulmine a ciel sereno) – espressione della dottrina “Barbera”<sup>40</sup>; dottrina che, invero, sosteneva più l’opportunità di un ridimensionamento del controllo diffuso dei giudici italiani, attraverso la disapplicazione, piuttosto che la necessità di un controllo accentrato delle questioni implicanti la doppia pregiudizialità<sup>41</sup>.

Si tratta, a ogni modo, di un *obiter* in parte ridimensionato dalla stessa Corte, sempre attraverso un altro *obiter*, contenuto nella successiva sentenza n. 20 del 2109 (dall’obbligo dei giudici di passare prima dalla Corte costituzionale al mero “invito”) e in larga misura ormai superato con la sentenza n. 63 del 2019<sup>42</sup> alla quale una parte della dottrina attribuisce invece il significato di opportuno passo indietro della Corte rispetto all’*obiter* della 269/2017<sup>43</sup>. In effetti, con quest’ultimo, la Corte aveva inteso seguire un dop-

sulta nell’importante dibattito europeo sul dialogo (conflitto) tra Corti supreme nazionali e Corte di giustizia UE, v. MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights*, cit. p. 18 ss., che tendono a sdrammatizzare il potenziale conflitto tra Carte e Corti facendo leva proprio sul principio dell’unità della differenza, anche con riguardo ai diritti, sotteso all’art. 53 della CDFUE.

<sup>40</sup> A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, QC, 2018, I, pp. 149-171; la dottrina Barbera ha suscitato anche una dialettica interna alla scuola: si v. il citato saggio di MORRONE, *op.cit.*, p. 258 ss. I termini della questione di giustizia costituzionale in gioco sintetizzati da C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il «cammino comunitario»*: invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2017/11, che ha aperto l’importante dibattito.

<sup>41</sup> La vivacità del dialogo della dottrina costituzionalista sul punto è testimoniata dallo scambio “dalliano” tra ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po’)*. In dialogo con il Ruggerpensiero sul tema della doppia pregiudizialità, in *Consulta online*, 26 novembre 2019, III, e RUGGERI, *Caro Roberto, provo a risponderti sulla “doppia pregiudizialità” (così mi distraigo un po’ anch’io...)*, in *Consulta on line*, 9 dicembre 2019, III.

<sup>42</sup> E con l’ancor più recente ord. C. Cost. 10 maggio 2019, n. 117/2019 (giudice relatore F. Viganò, di cui l’importante contributo dottrinario: VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in QC, 2019, 2, p. 481 ss.): con tale coppia di decisioni, la n. 63/2019 e la n. 117/2019, la Corte costituzionale è praticamente tornata a lasciare i giudici italiani liberi di scegliere “*whether to “fly to Luxembourg” or “take a train to Rome”*”, e fermo il potere di disapplicazione se la norma viene comunque ritenuta in conflitto con la Carta di Nizza: così MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights*, cit., p. 9. In effetti, come puntualizzano gli autori, con l’ordinanza n. 117/2019 “*the Italian Constitutional Court has made it clear that the convergence of the two different catalogues of rights cannot be directly enforced at the national level because the internal law implements mandatory provisions of EU law, holding that a preliminary ruling becomes a necessity when national authorities lack such a margin of discretion. In such a situation, a preliminary ruling should be made by Constitutional Court itself (as it did on this occasion) before reviewing the constitutionality of a national implementing act*”.

<sup>43</sup> In tal senso la dottrina, soprattutto studiosi di diritto europeo (ma certamente, critico

pio risultato: evitare la deriva verso un controllo diffuso di valutazione della norma interna rispetto a quella di rango costituzionale; e spingere verso l'armonizzazione tra diritti di matrice comunitaria e diritti costituzionali presenti nella costituzione domestica<sup>44</sup>.

Le questioni in gioco – al di là delle suggestioni dialettiche tra sostenitori dell'una e dell'altra tesi – sono, da un lato, quelle del primato del diritto europeo e della Corte di giustizia come Corte dei diritti, e non solo della corretta interpretazione delle norme europee, “senza se e senza ma”; nonché quelle dell'opportunità di una sorta di approccio “shopping” delle Carte e delle Corti supreme da parte del giudice di merito, in ragione della maggiore intensità della protezione che di volta in volta si ritiene che “quella Carta o quella Corte” siano in grado di fornire al diritto che si intende tutelare<sup>45</sup>, onde la teorizzazione di un controllo di costituzionalità europea diffuso anche attraverso la disapplicazione e la interlocuzione diretta del giudice di merito con la Corte di giustizia. Dall'altro, la posizione, accusata di venature di neo “patriottismo costituzionale” e di implicito “suprematismo”<sup>46</sup> (alla quale invero non può ricondursi la “dottrina Barbera” se correttamente riletta)<sup>47</sup> che

sulla 269, RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euorunitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017, in RDC, 2017, 3, p. 1 ss.)*. Si v. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, p. 1 ss.; in particolare sulla 117, RUGGERI, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta online*, 2019, II, p. 242 ss.; CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 4; ANZON DEMMIG, *Applicazioni virtuose della nuova “dottrina” sulla “doppia pregiudizialità” in tema di diritti fondamentali (in margine alle decisioni nn. 112 e 117/2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 6. Più problematico SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Osservatorio AIC*, 2019, 6.

<sup>44</sup> V. VITALE, *I recenti approdi*, cit., p. 4: la Corte cost. “già nella precedente sentenza 269, aveva [...] esplicitamente rilevato che il nuovo meccanismo ivi inaugurato per la risoluzione delle antinomie tra norme e ordinamenti era indirizzato “anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla [...] Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali”, quali richiamate dall'articolo 6 TUE e dall'articolo 52 della Carta di Nizza”.

<sup>45</sup> Si v. soprattutto CONTI, *Giudice comune*, cit.

<sup>46</sup> MORRONE, *op. cit.*; BARBISAN, *Prime riflessioni per un patriottismo costituzionale italiano*, in *DP*, 2019, 2, p. 341 ss.

<sup>47</sup> Si vedano le sempre lucide considerazioni di BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale*, cit.

non si accontenterebbe più, a dire dei suoi critici, della dottrina dei contro-limiti, ma che affermerebbe una nuova stagione del controllo accentrato di costituzionalità da parte della Corte costituzionale sui diritti, ancorché su di essi insistano profili di contrarietà alle disposizioni europee; si ridurrebbe così, soprattutto il diritto europeo *non self-executing* – compresa la parte della Carta dei diritti non attuata – a valenza quasi di norme interposte; con la conseguenza che, con riguardo a esse, solo la Corte costituzionale potrebbe operare il controllo di costituzionalità di norme interne ritenute in contrasto<sup>48</sup>; e ciò proprio per evitare le incertezze, le ridondanze e le inefficienze, anche in chiave di tutela e di risultati di integrazione europea, del controllo diffuso azionato dai giudici di merito<sup>49</sup>. È proprio il caso di una disposizione della Carta europea non attuata come per appunto l'art. 30 sui licenziamenti individuali, malgrado la “spremitura” di norme attuative, effettuata da Pedrazzoli<sup>50</sup>.

Il Tribunale di Milano e, più esplicitamente, la Corte di appello di Napoli si confrontano con l'*obiter*, contestandolo esplicitamente<sup>51</sup> e rivendicando

Una difesa “oltranzista” della sent. 269 e della dottrina Barbera, in GUAZZAROTTI, *Un “atto ininterrotto dell'usucapione” delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, [www.forumcostituzionale](http://www.forumcostituzionale) 2017.

<sup>48</sup> Ex art. 11 e 117 primo comma della Costituzione, allo stesso modo di quanto stabilito con le celeberrime sentenze gemelle (C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e Cost. 24 ottobre 2007, n. 349) per i diritti derivanti da disposizioni di diritto internazionale (la Convenzione EDU ma anche la Carta sociale).

<sup>49</sup> I saggi di R. Bin e di A. Barbera citati e le domande precisate da C. CARUSO, *op. cit.* Fortemente critica sul piano di argomenti in punto di diritto europeo l'attuale giudice della Corte di giustizia ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale” e la difficile applicazione della sentenza 269/17 della Corte costituzionale italiana*, in *Federalismi.it*, pp. 1 ss.

<sup>50</sup> *Supra* nota 12.

<sup>51</sup> Immediatamente dopo la sentenza n. 269/2017 della Consulta, la Corte di Cassazione ha assunto tre posizioni diverse: di apparente adeguamento ma sostanziale contestazione della sentenza della Corte, di aperta contestazione e di non confronto: con riguardo a questa triplice posizione, la metafora geometrica utilizzata da ROSSI, *Il “triangolo giurisdizionale”*, cit. Sugli orientamenti della Suprema corte *post-269*, si rinvia a MASTROIANNI, *Da Tarico a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Corte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, I, <http://www.osservatoriosullefonti.it>; PICCONE, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di “sutura” post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Diritticomparati.it*, 16 marzo 2018; RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass., Il sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, in *Consultaonline.it*, 2018, I, p. 82 ss.; TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questionegiustizia.it*, 12 marzo 2018.

la piena autonomia della pregiudizialità europea attraverso la dottrina *Global Starnet*<sup>52</sup>. Il risultato più eclatante – e in perfetta linea con le acquisizioni della dottrina del primato del diritto europeo e della piena concorrenza delle due pregiudiziali<sup>53</sup> – è la formale e contemporanea, per la prima volta per quel che consta, doppia pregiudizialità sollevata dalla Corte d'appello di Napoli per motivi convergenti ma diversamente modulati nelle due ordinanze (infra § 5).

#### 4. *Il merito delle ordinanze: “il grano e l’oglio” nell’ordinanza Europea del Tribunale di Milano*

Il contenuto dell’ordinanza del Tribunale di Milano è di grande interesse, ma rischia di costituire, per eccesso di zelo, un’occasione perduta. I fatti sono chiari e avrebbero consentito certamente di sollevare in maniera oltremodo efficace la questione di pregiudizialità europea senza alcun bisogno di fornire alibi alla Corte di giustizia per affermare la sua incompetenza sulle regole endostatali sui licenziamenti individuali<sup>54</sup>, di recente ribadita nel caso *Hernandez*, nel caso *Ploclava* e antecedentemente nel caso *Polier*<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> La pronuncia *Global Starnet* non è certamente una replica alla 269 della Corte costituzionale, essendo stata pubblicata solo qualche giorno dopo il pronunciamento della Consulta. È quanto si evince dal botta e risposta tra Romboli e Ruggeri negli scritti citati alla nota 41.

<sup>53</sup> Si v. le posizioni di VITALE, *op. cit.*; ROSSI, *op. cit.*

<sup>54</sup> Su questi e su altri orientamenti pregiudizialmente “anti diritti sociali” della Corte di giustizia UE, si v. gli argomenti di LO FARO (*La Carta e le Corti dieci anni dopo*, cit.; ID., *L’Europa sociale senza la Carta*, cit.), per sostenere, in modo forse eccessivamente unilaterale ancorché non scervo da coerenza argomentativa, la impraticabilità della via giudiziale (soprattutto se il veicolo è targato “Corte di giustizia europea”) ai diritti sociali fondamentali nello spazio europeo.

<sup>55</sup> C. Giust. 5 febbraio 2015, causa C-117/14, *Grima Janet Nisttahuz Poclava c. Jose María Ariza Toledano*, punto 41; C. Giust. 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Víctor Manuel Julian Hernández e altri c. Regno di Spagna e altri*, punti 36 e 46; C. Giust. 16 gennaio 2008, causa C-361/07, *Olivier Polier c. Najar EURL*, ord., punto 13. Tali pronunciamenti, si ricorda, sono richiamati in un ampio contesto discorsivo della sentenza della C. Cost. 194/2018 tutto teso a dimostrare l’impossibilità di fondare il proprio pronunciamento sull’art. 30 della Carta di Nizza, da cui le ricordate critiche dirette di BALLESTRERO e indirette di ORLANDINI (*supra*, nota 14); sul punto pure PONTERIO, *Il ruolo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), cit. Sulle sentenze *Poclava* e *Florescu* della CgUe e sugli spunti interpretativi, da esse emergenti, sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, si v. DELFINO, *Ancora sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: Poclava vs Florescu?*, in *DLRI*, 2018, p. 183 ss. Come già ricordato, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 194,

I fatti. In sede di opposizione a un giudizio di licenziamento secondo il rito Fornero il Tribunale solleva la pregiudiziale europea relativamente a un caso di licenziamento collettivo comminato, secondo il remittente, in violazione dei criteri di scelta. Nella fase sommaria il Tribunale aveva reintegrato tutti i lavoratori che avevano impugnato il licenziamento collettivo per lo stesso motivo, a eccezione della ricorrente assunta a termine prima del 7 marzo 2015, data di entrata in vigore delle tutele crescenti, ma il cui rapporto di lavoro era stato convertito successivamente a quella data e alla quale pertanto, per espressa disposizione della legge<sup>56</sup>, non si sarebbe potuto applicare né il rito speciale, né la tutela reintegratoria debole<sup>57</sup>, ma solo la tutela indennitaria nel rito del lavoro ordinario.

Si tratta del verificarsi del “caso di scuola” illustrato dai critici del Jobs act come ipotesi di lapalissiana violazione del principio di eguaglianza: lavoratori coinvolti nella medesima situazione di esubero, a cui si applica la medesima procedura di licenziamento, destinatari di una medesima pronuncia di illegittimità, in ragione di un identico motivo (violazione dell’art. 5 comma 1 l. n. 223/1991, sui criteri di scelta) riconducibile quindi a un’unica

“sdogana” per la prima volta l’art. 24 della Carta sociale europea, come norma interposta, per fondare la sua decisione. Il Tribunale di Milano, nell’ordinanza in commento, avanza critiche alla posizione della Corte, considerando il richiamo contenuto nelle spiegazioni dell’art. 30 Carta di Nizza all’art. 24 dirimente; tale argomento critico nei confronti della Corte cost. non appare persuasivo, posto che la Corte pone un problema di applicabilità dell’art. 30 in ragione dell’art. 51, primo comma, secondo cui “le disposizioni della presente carta si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione”. Che poi l’art. 30 della Carta, essendo diritto dell’Unione, renda tale ragionamento un puro enigma logico è un altro discorso: si v. PEDRAZZOLI, *Commento all’art. 30*, cit. La Consulta con la sentenza 194, in effetti, altro non fa che appoggiarsi all’indirizzo della Corte di giustizia prima rilevato, posto che allo stato manca una normativa di attuazione europea sui licenziamenti individuali, e non considera sufficiente l’art. 30, con riguardo ai suoi contenuti, come parametro di misurazione della costituzionalità delle norme interne vagliate: l’ampio richiamo della Corte all’art. 24 della Carta sociale dimostra invece che, sul piano dei contenuti, in particolare per quel che concerne i profili rimediali, essa dimostra di leggere l’art. 30 della Carta di Nizza proprio alla luce dell’art. 24. Sui profili di rilievo inter-ordinamentale della sentenza 194, v. DELFINO, *La Corte costituzionale e il contratto a tutele crescenti nella prospettiva degli ordinamenti sovranazionali*, in *Giustiziacivile.com*, 2019, 5, p. 1 ss.

<sup>56</sup> Art. 1 comma 2 d.lgs. n. 23/2015: “Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all’entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato”.

<sup>57</sup> Art. 10 d.lgs. 23/2015: “In caso di licenziamento collettivo (in) [...] violazione delle procedure richiamate all’articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all’articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all’articolo 3, comma 1”.

fattispecie di illegittimità di fatto e di diritto, a cui il giudice, per obbligo di legge, è costretto ad applicare *simultaneamente* due regimi processuali e due regimi rimediali diversi: le tutele crescenti del Jobs act e la reintegrazione debole della Fornero; il rito processuale ordinario e il rito Fornero. E ciò non solo e non tanto in ragione della diversa data di assunzione, ma per l'unica e decisiva circostanza che tutti i lavoratori reintegrati erano stati assunti con contratto standard, la lavoratrice – probabilmente per caso, per sfortuna, per voluta macchinazione datoriale, o per qualunque altra ragione anche legittimamente tecnico produttiva, non è dato sapere – con contratto a termine poi convertito successivamente al 7 marzo 2015. Quest'ultima è una differenza di rilievo rispetto al caso della Corte di appello di Napoli, in tutto identico al caso milanese tranne per il fatto che la medesima procedura di licenziamento collettiva aveva prodotto la differenziazione dei regimi di tutela in ragione del fatto che la lavoratrice licenziata era stata assunta dopo il 7 marzo 2015 in seguito a cessione di appalto, con assunzione immediata e diretta che, come è noto, produce comunque l'effetto della novazione contrattuale e quindi dell'applicazione del nuovo regime rimediale previsto dal Jobs act.

Nel caso oggetto di rinvio del Tribunale meneghino, si inserisce – oltre al profilo della violazione del principio di parità di trattamento previsto dall'art. 20 della Carta di Nizza – anche il profilo della violazione del principio di non discriminazione, meta principio europeo esplicitato in generale dall'art. 21 della Carta, ma specificato, con riguardo ai lavoratori a tempo determinato, dall'art. 4 dell'Accordo europeo sul contratto a termine allegato alla direttiva 1999/70/CE. Il richiamo all'art. 4 della direttiva sul contratto a termine rende particolare la pregnanza europea della questione sollevata, in ragione della notoria sensibilità della Corte di giustizia sia per il profilo specifico divieto di discriminazione contenuto nella direttiva, sia perché la Corte considera i principi di parità e di non discriminazione metaprincipi dell'ordinamento europeo (*Mangold, Küçükdeveci, Dansk Industri*)<sup>58</sup>.

<sup>58</sup> Si v. sul punto PICCONE, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato* [http://www.questionegiustizia.it/articolo/parita-di-trattamento-e-principio-di-non-discriminazione-nell-ordinamento-integrato\\_15-02-2017.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/parita-di-trattamento-e-principio-di-non-discriminazione-nell-ordinamento-integrato_15-02-2017.php): sul riferimento della Corte costituzionale n.194 al principio di parità, come parametro di giudizio, rispetto al principio di non discriminazione per età (un'occasione mancata secondo le autrici), il contributo di M. BARBERA, GUARRIELLO, *It is not our task, is it? Self-restraint and judicial activism in two judgments of the CJEU and the Italian Constitutional Court*, paper presentato alla *Conference on EU Equality*

La situazione del contratto a termine convertito – in virtù dell'accanimento regolativo, invero ottuso, del legislatore del *Jobs act* – viene, irragionevolmente equiparata a una ipotesi di nuova assunzione allo scopo della scelta del regime rimediale applicabile (su questo il giudice di Milano spende parole, invero, efficaci): onde il lavoratore, in ragione della natura del proprio contratto originario (a termine) subisce, a detta del Tribunale, una evidente discriminazione indiretta vietata a norma delle disposizioni prima richiamate.

Se il Tribunale si fosse limitato a queste – si ribadisce – efficaci argomentazioni (“il grano”)<sup>59</sup>, la Corte di giustizia sarebbe stata inchiodata a valutare la disposizione incriminata<sup>60</sup> alla luce del ferreo combinato disposto costituito dal trittico degli articoli 20 e 21 della Carta di Nizza e dell'art. 4 della direttiva sul contratto a termine, oltre che della direttiva 98/59/CE sui licenziamenti collettivi; non si sarebbero certamente sollevati dubbi circa la competenza della Corte di giustizia, non venendo direttamente in gioco l'art. 30 della Carta (riferito al regime del licenziamento individuale e privo allo stato attuale di disposizioni europee di attuazione, per quanto si possano “spremere” altre disposizioni, secondo la posizione di M. Pedrazzoli).

L'art. 10 del *Jobs act* è una norma rimediale, ma riferita alla diversa fattispecie dei licenziamenti collettivi regolata dalla 223/91 attuativa della direttiva 98/59/CE, ancorché adotta la medesima tecnica della legge sui licenziamenti individuali: è inserita formalmente in quel contesto, ma fa sostanzialmente corpo con la legge attuativa della direttiva sui licenziamenti collettivi.

Il giudice milanese, invece, non si accontenta di questo e in lunghissimi passaggi dell'ordinanza<sup>61</sup> si attesta su argomentazioni che sembrano più rivolte in generale alla nuova disciplina dei licenziamenti *tout court*, piuttosto che al caso specifico del licenziamento collettivo e del contratto a termine. L'operazione del giudice milanese è chiara; approfittare del problema specifico per ottenere dalla Corte di giustizia almeno tre risultati:

Ottenere una sentenza che suoni critica della decisione della Corte co-

*Law in Europe: A New Generation*, European University Institute, Firenze 10-11 Ottobre 2019, anche sui passi indietro della Corte di giustizia in materia di *age discrimination*, rispetto a *Mangold*, nel caso *Abercrombie*.

<sup>59</sup> Che fanno capolino praticamente soltanto a pagina 34 dell'ordinanza del giudice milanese.

<sup>60</sup> V. art. 1, comma 2, e art. 10 del d. lgs. n. 23/2015.

<sup>61</sup> Soprattutto, ma non solo, nelle pagine 29-33 di Trib. Milano 5 agosto 2019.

stituzionale n. 194/2018; in altri termini, l'ordinanza – letta nel suo complesso – finisce per costituire un invito alla Corte europea a farsi arbitra di una *querelle* di diritto interno e ad assumere quasi un ruolo di “super corte costituzionale”, o corte suprema di secondo grado, come se fossimo già in un ordinamento europeo di tipo federale, con corti supreme statali e una corte federale a cui spetta l'ultima parola<sup>62</sup>: lunghissimi passaggi critici sono dedicati alla sentenza 194/2018 della Corte costituzionale utilizzando per intero l'armamentario della dottrina critica, soprattutto nei confronti di quei passaggi argomentativi con cui la Consulta, con riferimento al regime del licenziamento individuale, ha legittimato il doppio regime rimediale in ragione del fluire del tempo e alla sua giustificazione teleologica con riguardo al fine occupazionale (per riportare l'ambito del discorso dal piano interno a quello europeo, il giudice si limita a citare *Mangold*). Con ciò il giudice meneghino mostra di non intendere non solo il delicato equilibrio inter ordinamentale che un sistema ancora *in fieri* e multilivello, come quello europeo, presenta; ma pare altresì poco avvertito della prudenza che mostra la Corte di giustizia quando è tirata per la giacca a decidere questioni ad accentuato tasso di tradizione costituzionale interna e a confrontarsi, su questo piano, *vis a vis* con le Corti costituzionali domestiche (la saga Taricco *docet*).

Il secondo risultato perseguito dal Tribunale milanese è di ottenere una sentenza (*mission impossible*) che di fatto estenda il contrasto delle disposizioni interne con le norme e i principi europei richiamati, dall'art. 10 e 1 comma 2 del d.lgs. n.23/2015, all'art. 3 (in contrapposizione con l'art. 18 comma 4), senza alcuna distinzione tra regime di tutela del licenziamento individuale, soggettivo e oggettivo e regime del licenziamento collettivo (anche qui oglio). Come si vedrà, lo stesso risultato è perseguito, indirettamente e meno esplicitamente, e pertanto più sottilmente, dalla ordinanza della Corte di appello di Napoli. In quest'ultimo caso, infatti, – proprio per evitare ogni possibile commistione e dare alibi, in tal senso, alla Corte di giustizia – si formula la doppia pregiudizialità, dando comunicazione a quest'ultima di tale scelta<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> In ciò, in effetti, il Tribunale milanese è giustificato dal fatto che la Corte di giustizia tende a riservarsi questo ruolo tramite il viatico della teoria del primato. Questione, quello del rapporto tra le Corti, in punta di teoria costituzionale e ordinamentale, davvero complessa per essere solo sfiorata in questa sede. Si rinvia ai saggi contenuti nel numero 3 del 2019 di *DPCE* di: Dani (introduzione), Massa, Di Martino, Saitto, Guazzarotti, Faraguna, Fasone, Mangia, Méndez e alle conclusioni di Bin.

<sup>63</sup> App. Napoli 27 novembre 2019 (ordinanza pregiudiziale europea, punto 18).

Terzo obiettivo perseguito dal giudice milanese (anche in tal caso “oglio” e *mission even more impossible*) è quello che ormai – per consolidato orientamento della Corte costituzionale domestica – non è possibile ottenere da quest’ultima<sup>64</sup>: il riconoscimento da parte della Corte di giustizia – sulla base di una lettura in combinato disposto dell’art. 30 della Carta di Nizza, dell’art. 24 della Carta sociale e dell’art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982<sup>65</sup> – della reintegrazione come rimedio ideale, perché effettivamente dissuasivo e integralmente riparatorio, per qualunque tipologia di licenziamento: individuale o collettivo, per inadempimento soggettivo, per inidoneità oggettiva, per ragioni economiche e/o organizzative. Il licenziamento illegittimo come fattispecie ontologicamente olistica a cui dovrebbe corrispondere un rimedio, la reintegrazione nel posto di lavoro, altrettanto, sebbene tendenzialmente, olistico (fatte salve micro eccezioni al margine, piccole imprese, dirigenti e così via).

Il Tribunale di Milano, trovandosi davanti a un caso di laboratorio per stimolare una pronuncia di probabile illegittimità delle tutele crescenti su un profilo parziale, ma certamente dubbio e per molti versi fondato (grano), eccede, dunque, per *hybris* e fornisce alla Corte di giustizia – che forse non aspetta altro<sup>66</sup> – un perfetto alibi per una pronuncia di incompetenza. La Corte viene infatti chiamata, di fatto, a dirimere una *querelle* di diritto interno: la complessiva garanzia rimediale delle tutele crescenti nei confronti di ogni tipo di licenziamento, a partire da quelli individuali che è tale solo se reintegratoria e non differenziata. Alla fine, quel che chiede sostanzialmente il giudice alla Corte di giustizia (l’intera argomentazione è curvata su questo risultato) è una pronuncia interpretativa non di una norma, ma di un sistema giuridico – la tutela rimediale contro il licenziamento *tout court* – che dovrebbe, invece, ispirarsi al rimedio deterrente in assoluto, la tutela in forma specifica, o integralmente riparatoria del danno. Tutto ciò secondo quanto previsto, a suo dire, dall’art. 24 della Carta sociale aggiornata, riletta in combinato disposto con l’art. 30 della Carta di Nizza in virtù delle spie-

<sup>64</sup> Per questo profilo le due ordinanze di pregiudizialità europea, quella dei giudici napoletani e quella del giudice milanese, si muovono, invero, in parallelo, come si dirà (*infra* § 5).

<sup>65</sup> Fonte internazionale quest’ultima, richiamata solo dal giudice milanese, e che la Consulta, nella motivazione della 194, non ha espressamente preso in considerazione perché non recepita in Italia.

<sup>66</sup> Almeno nelle pessimistiche valutazioni di LO FARO (*La Carta e le Corti dieci anni dopo*, cit.; ID., *L’Europa sociale senza la Carta*, cit.).

gazioni contenute in quest'ultima e giusta l'interpretazione che, dello stesso art. 24, dà il Comitato Europeo dei diritti sociali, quantomeno in alcune sue decisioni<sup>67</sup>. Un'argomentazione fortemente suggestiva, ad alto valore simbolico, ma a bassa probabilità di accoglimento.

Tale approccio tracimante del giudice milanese, non esclude ovviamente che la Corte di giustizia possa rimettere le cose a loro posto, circoscrivendo il proprio giudizio alla fattispecie di fatto in gioco e alle norme che in realtà rilevano (il grano). Vale a dire l'effettivo contrasto dell'art. 1 comma 2 (riguardante il lavoro a tempo determinato) e dell'art. 10 (appartenente al corpo della regolazione del licenziamento collettivo), con l'interpretazione coerente di principi europei (gli artt. 20 e 21) della Carta fondamentale, ma anche l'art. 30 (norma incompleta qualora la si ritenesse, comunque, riferibile, come in effetti si ritiene, anche ai licenziamenti collettivi) e i diritti nascenti dal diritto europeo derivato (l'art. 4 della direttiva sul contratto a termine e il divieto di discriminazione, e la direttiva sui licenziamenti collettivi).

In altri termini, una siffatta interpretazione di fondamentali disposizioni dell'ordinamento europeo osta a una norma interna come quella risultante dal combinato disposto dell'art. 10 e dell'art. 1 comma 2 del d.lgs. 23/2015 che, in un caso di sincronico licenziamento collettivo comminato a diversi lavoratori e dichiarato illegittimo per un unico motivo (nella specie violazione dei criteri di scelta ex art. 5 della l. 223/91) produca conseguenze diverse, sia di carattere rimediabile sia di carattere processuale, per i singoli lavoratori per il solo fatto che uno di essi sia stato assunto con contratto a termine poi convertito dopo una certa data.

5. *La doppia pregiudizialità presa sul serio. La Corte d'appello di Napoli: una sola fattispecie di licenziamento, due ordinanze pregiudiziali*

Più raffinato, come si accennava, l'approccio, soprattutto con riguardo alla strumentazione messa in campo, della Corte di appello di Napoli. Anche in tal caso gli strali sono rivolti contro il sistema rimediabile del Jobs Act con riguardo, formalmente, al regime del solo licenziamento collettivo. Anche il

<sup>67</sup> Comitato Europeo dei Diritti Sociali (Ceds) reclamo 31 gennaio 2017, *Finnish Society Social Rights c. Finland*, C. 106/14. Da ultimo, sull'utilizzo della giurisprudenza del Ceds nel discorso della Corte cost., si v. FORLATI, *Corte costituzionale e decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *LD*, 2019, 4, p. 597 ss.

tal caso si contesta la irragionevolezza della difformità dei rimedi scaturente da un unico, sincronico ma plurimo, atto di licenziamento. Anche in tal caso l'orizzonte a cui guarda la Corte di appello è il rimedio della reintegra, nel doppio effetto integralmente riparatorio ed effettivamente dissuasivo e deterrente, che i giudici ritengono fortemente rivalutato dalla giurisprudenza del CEDS sull'art. 24 della Carta sociale aggiornata<sup>68</sup>.

La Corte partenopea, tuttavia, prova a non incappare nei rischi in cui sembra incorrere il Tribunale di Milano: cioè di sollevare, in via di fatto, davanti alla Corte di giustizia un atipico giudizio di appello contro la sentenza 194 della Corte costituzionale, cercando magari di indurre la Corte europea ad allargare il perimetro del giudicato sino a provocare un pronunciamento tombale, non limitato alla disciplina rimediabile sul licenziamento collettivo, ma esteso anche al regime del licenziamento individuale vigente in Italia. Per non correre un tale rischio, e in ossequio rigoroso alla teoria della doppia e contestuale pregiudiziale (“*dual preliminary*” *situation*)<sup>69</sup>, la Corte napoletana “biforca” i percorsi e, con una argomentazione a Y (argomenti in parte comuni, in parte diversi), articola le questioni sollevate di fronte alle due Corti supreme, affina e adatta gli argomenti e le richieste<sup>70</sup>. Si tratta di argomentazioni possibilmente – almeno nei *desiderata* della Corte d'appello remittente – convergenti nel risultato, ma differenti nel percorso in ragione della strutturale natura multilivello dell'ordinamento europeo.

Ovviamente, una tale attenzione<sup>71</sup> non pone al riparo da possibili esiti dei due paralleli giudizi instaurati in termini di inammissibilità più o meno

<sup>68</sup> App. Napoli 27 novembre 2019 e, più specificamente, pp. 56, 70 della ordinanza di remissione alla Corte di giustizia e seconda questione di pregiudizialità e punti 85 e, soprattutto, 86 della ordinanza di remissione alla Corte costituzionale.

<sup>69</sup> Riferimenti alla teoria della doppia pregiudiziale in nota 15, all'intervento di RUGGERI, *Caro Roberto, provo a risponderti*, cit., p. 683.

<sup>70</sup> Secondo un certo indirizzo della Corte di giustizia (C. Giust. 22 giugno 2010, causa C-188/10, C-189/10, *Aziz Melki, Selim Abdeli* e C. Giust. 11 settembre 2014, causa C-112/13, *A c. B e altri*), il giudice nazionale avrebbe potuto adire prima la Corte suprema domestica, restando comunque libero di sottoporre successivamente il caso alla Corte europea o addirittura di disapplicare la norma dopo lo scrutinio di costituzionalità favorevole, se considerata in conflitto con l'ordine europeo. La Corte napoletana ha preferito invece percorrere la strada della pregiudizialità sincronica; per più ampi ragguagli si rinvia a MARTINICO, REPETTO, *Fundamental Rights*, cit. *passim*.

<sup>71</sup> La questione di costituzionalità è articolata in 109 punti, la questione pregiudiziale europea in 87 punti.

manifesta, incompetenza, infondatezza o manifesta infondatezza, cioè sino al rigetto nel merito di entrambi.

Vale tuttavia osservare che, in assenza di qualsivoglia meccanismo di coordinamento formale e/o informale dei percorsi decisionali tra le due Corti supreme e in mancanza di una corsia preferenziale presso la Consulta per le questioni di simultanea pregiudizialità<sup>72</sup>, l'esito in termini di priorità di giudizi e di effetti consequenziali è rimesso al caso.

Tutto ciò certamente finisce per generare un tasso ulteriore di incertezza oltre quello che normalmente segue a una questione di pregiudizialità singolarmente innescata presso una delle due Corti supreme. Ciò in ragione del fatto che non può essere escluso, in astratto almeno, un corto circuito decisionale tra le due Corti, posto che, come nel caso, nella scommessa della Corte d'appello remittente ci possa essere anche il pensiero recondito di due pronunce opposte: di conformità europea e illegittimità costituzionale; o, viceversa, di legittimità costituzionale e illegittimità europea. Ma una possibilità di conclamato conflitto sulla disciplina del licenziamento appare oltremodo improbabile, soprattutto perché si sono appena spenti i fari sul caso Taricco e non è pensabile che una delle due Corti, chiamate simultaneamente a pronunciarsi sulla medesima disciplina, abbia voglia di riaccenderli su un altro tema di possibile conflitto che, nell'immaginario giuridico collettivo nazionale, costituisce ancora un nervo scoperto.

In assenza di meccanismi espliciti di coordinamento degli esiti della doppia pregiudiziale si può, allora, ragionevolmente prevedere che il coordinamento avvenga in via di fatto: una Corte attende l'esito del giudizio dell'altra per poi provvedere conseguentemente.

Qualora fosse la Corte costituzionale ad attendere il giudizio della Corte di giustizia certamente si avrebbe sul piano pratico (ben altrimenti complesso sarebbe, infatti, il discorso teorico ordinamentale)<sup>73</sup> l'effetto di evitare, in caso di accoglimento della Corte di giustizia, la disapplicazione diffusa; ciò nella

<sup>72</sup> Proposta sostenuta da RUGGERI, *Caro Roberto*, cit., p. 685.

<sup>73</sup> Con riguardo al profilo di giustizia costituzionale che la doppia, sincronica, pregiudiziale solleva, occorre rilevare che i teorici del monismo ordinamentale del sistema europeo non potrebbero non considerare logicamente prioritario il pronunciamento della Corte di giustizia in ragione del primato del diritto dell'UE. I teorici della natura ancora plurale dell'ordinamento europeo, invece, considerando separati i due sistemi di controllo di costituzionalità, arriverebbero probabilmente a conclusioni opposte: la Corte europea non potrebbe che attendere e prendere atto del pronunciamento della corte domestica e successivamente dar seguito, solo se passata indenne dal controllo di costituzionalità, al controllo di conformità della norma denunciata.

misura in cui, sulla base del pronunciamento della Corte europea, la Corte domestica si facesse carico di rendere *erga omnes* la dichiarazione di invalidità della norma non conforme. Diversa la possibilità in caso di pronuncia di conformità della Corte di giustizia: la Corte potrebbe essere indotta, come probabile, a seguire le orme della Corte europea pur mantenendo del tutto intatto un autonomo spazio per vagliare la legittimità, nell'ordinamento interno, della denunciata disciplina.

### 5.1. *Il merito della ordinanza di remissione alla Corte costituzionale*

Con l'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale la Corte d'appello non torna direttamente "alla carica" sulle tutele crescenti e sul diverso regime rimediabile in ragione del fluire del tempo, il che avrebbe rischiato di dar luogo a una pronuncia di manifesta infondatezza, a causa del precedente pronunciamento della Consulta sul medesimo punto. Il caso è formalmente diverso da quello su cui si già è pronunciata già la Corte con la sentenza 194, stimolata dal Tribunale di Roma, a margine dell'impugnazione di un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (il che non ha impedito alla Corte costituzionale di incidere anche sul licenziamento per inadempimento).

La Corte d'appello si concentra sul combinato disposto degli artt. 10, 3 del d.lgs. 23/2015 e 5 della legge 223/91<sup>74</sup>, sottolineando un'ulteriore irrazionalità (rispetto al caso già deciso dalla Corte costituzionale con la sentenza 194) derivante dal fatto che i diversi regimi di tutela andrebbero applicati contemporaneamente e sincronicamente: stessa crisi aziendale, stesso licenziamento collettivo, stessa illegittimità (violazione dei criteri di scelta) ma due regimi di tutela diversi a lavoratori licenziati contestualmente in ragione della data di assunzione (in questo caso per successione di appalto dopo il 7 marzo 2015); diversità di regimi sia sostanziale sia processuale: indennitario (sino a 24 mesi in ragione della data di assunzione anteriore all'entrata in vi-

<sup>74</sup> In verità al punto 31 si fa riferimento all'art. 1, comma 2, per uno dei tanti refusi di cui è costellata l'ordinanza, norma sulla conversione del contratto a termine, che sembra non rilevare nella fattispecie (al contrario che in quella del Tribunale di Milano); nel caso oggetto della decisione della Corte d'appello di Napoli, la fattispecie è di fine appalto e non di conversione di contratto a termine; probabilmente il richiamo deve intendersi come nel punto 38, all'art. 2, comma 2, che fa riferimento alle modalità di calcolo dell'indennità (retribuzione utile per il TFR, anziché ultima retribuzione globale di fatto).

gore del decreto dignità, 12 luglio 2108) e con rito ordinario per la ricorrente; reintegratorio debole per gli altri, con rito processuale accelerato.

La Corte di appello<sup>75</sup> è consapevole che sul doppio regime in quanto tale (in realtà triplice dopo i rimaneggiamenti *more tempore* intervenuti), giustificato solo dalla data di assunzione, la Corte costituzionale si è già pronunciata negando il profilo di incostituzionalità, ma affida l'improbabile *revirement* a tre nuovi argomenti:

L'insussistenza nel caso del licenziamento collettivo dell'elemento giustificativo teleologico, utilizzato dalla Consulta nella 194, dell'incremento occupazionale (un licenziamento collettivo per definizione non può generare incremento occupazionale in quanto sortisce da una situazione di crisi).

La sincronicità della situazione (da licenziamento collettivo) con effetti diseguali per i singoli lavoratori coinvolti con una particolare irragionevolezza in questo caso del fluire del tempo come fattore di distinzione<sup>76</sup>.

L'accentuazione della irragionevolezza della scelta dovuta al fatto che il diverso regime rimediabile non si limita soltanto alla differenza tra indennizzo e tutela reintegratoria, ma si estende a effetti collaterali apparentemente minori ma altrettanto vulneranti di norme e principi costituzionali: il *quantum* dell'indennizzo non più riferito all'ultima retribuzione globale di fatto ma alla retribuzione utile per il calcolo del TFR (secondo la Corte di Napoli riducibile, potenzialmente, a quantità irrisorie dalla contrattazione collettiva); la perdita dei contributi pensionistici; la collocazione del rischio della durata del processo sul lavoratore in ragione del mutamento del rito<sup>77</sup>; il possibile effetto di *age discrimination* scaturente della stessa sentenza della Cort. Cost. 194 la quale, allo scopo del calcolo dell'indennità, indica, come criterio prioritario (secondo la Corte remittente), l'anzianità di servizio, con penalizzazione dei più giovani (argomento molto utilizzato anche nella pregiudiziale europea). Non a caso la batteria delle norme costituzionali richiamate, e asseritamente violate, è molto ampia: gli articoli 3, 4, 24, 35, 38, 41, 111 oltre che, per i profili indotti di violazione delle norme dell'ordinamento europeo, gli artt. 10 e 117 primo comma. In ragione di tale ultimo profilo, molti argomenti sono ripresi<sup>78</sup>, alcuni di peso altri in parte adattati, nella pregiudiziale europea<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> App. Napoli 27 novembre 2019, punto 44 della motivazione.

<sup>76</sup> Punti 46-48 dell'ordinanza.

<sup>77</sup> Punto 58 e punti 63 e ss., ove una forte rivalutazione del rito Fornero.

<sup>78</sup> Dal punto 68 in avanti.

<sup>79</sup> Tralasciando, perché meno rilevante, la seconda questione relativa all'eccesso di delega:

Il punto focale dell'ordinanza di rimessione – che costituisce la base della Y della doppia pregiudiziale – non è tanto, e non è solo, la diversità di regimi applicati contestualmente in ragione del tempo; quanto la diversa portata protettiva dei due rimedi in sé considerati, reintegratorio e indennitario, con la individuazione del primo quale rimedio effettivo, deterrente e integralmente riparatorio; al punto che la Corte articola<sup>80</sup> un ragionamento discutibile non solo in punto di legittimità costituzionale, ma di stessa di *policy*. La Corte partenopea si spinge, infatti, a giustificare sul piano assiologico il regime reintegratorio anche nel caso di violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi, perché considerato l'unico in grado di «dissuadere il datore di lavoro dall'esercizio, in occasione di una crisi aziendale, del potere di recesso in *forma arbitraria*, ma non necessariamente discriminatoria assicurando una pienezza di tutela [quella reintegratoria *nda*] in ragione degli interessi costituzionali che entrano in gioco nella procedura di licenziamento collettivo».

Se l'interesse a cui fa riferimento la Corte partenopea è il mantenimento del posto di lavoro *in astratto* (l'art. 4 della Costituzione), evidentemente il giudice del merito sbaglia bersaglio, nella misura in cui trascura che il rimedio reintegratorio alla violazione dei criteri di scelta, in una situazione di crisi acclarata, come orizzonte massimo può conseguire che anziché “Tizio” venga licenziato “Caio”; dunque, alla fine, soltanto un prolungamento del tempo di durata della gestione della crisi, a seguito di aggiustamento o, più prudentemente, di rinnovo della procedura; il che potrebbe comportare nocimento alla possibilità stessa di ripresa dell'azienda, onde ulteriori licenziamenti. Se la crisi è reale – e il giudice non può, comunque, sindacarne il motivo – una riduzione di posti di lavoro, alla fine, *in concreto*, ci sarà in ogni caso. La disciplina europea sui licenziamenti collettivi, per come recepita dal legislatore italiano, pone, come ricordava Massimo D'Antona<sup>81</sup>, soltanto oneri

secondo il giudice, la legge delega n. 183/2014, facendo riferimento al licenziamento economico aveva inteso lasciar fuori il licenziamento collettivo. L'aspetto che sembra contraddittorio, per questo profilo, è che, dopo aver sostenuto la separazione nell'atto di delega tra licenziamento collettivo e individuale, per giustificare la questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega, l'ordinanza tende a ricostruire unitariamente, e criticamente, il sistema rimediale per provocare una dichiarazione di incostituzionalità “tombale”.

<sup>80</sup> Dal punto 56 e seguenti dell'ordinanza.

<sup>81</sup> D'ANTONA, *I licenziamenti per riduzione di personale nella l. 223/91*; ID. «Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91, ora in B. CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, Giuffrè, p. 869 e p. 883 e ss.

procedurali di informazione e concertazione (la possibilità di ricorrere a misure alternative anche su impulso delle organizzazioni sindacali) e inserisce il controllo di merito del sindacato che si sostituisce a quello del giudice sulle ragioni del licenziamento<sup>82</sup>. In una procedura di licenziamento collettivo, la crisi aziendale, che determina la riduzione di attività e dell'occupazione, e dunque il licenziamento, è 'in sé' giustificata; l'esercizio del potere di riduzione è in sé razionale e non limitabile come riconosciuto dalla stessa Consulta nel 1994<sup>83</sup>, posto che la procedura altro non fa che proceduralizzare un potere datoriale altrimenti libero; tale ricostruzione è ormai diritto vivente giurisprudenziale, malgrado alcuni tentativi contrari operati dalle corti di merito e sconfessati sempre dalla Cassazione<sup>84</sup>.

Non c'è, allora, spazio, per definizione, per un uso "arbitrario" del potere datoriale: se il criterio di scelta fosse, direttamente o indirettamente, discriminatorio il licenziamento sarebbe nullo in sé, non per violazione dei criteri di scelta *ex art. 5 della l. 223/91*. La scelta di chi licenziare, altrimenti libera, è proceduralmente vincolata dal legislatore per fini sociali (art. 41 secondo comma, Cost.), ma rientra pienamente nell'ombrello di copertura dell'art. 41 primo comma. Non a caso il legislatore non oblitera le esigenze tecnico produttive e organizzative e, anzi, le mette in posizione paritaria (in concorso) con quelle sociali e soltanto nel caso in cui la contrattazione collettiva non abbia individuato altre priorità che non escludono affatto la possibile prevalenza dei criteri produttivi su quelli sociali.

Lo Stato, poi, si fa carico di sostenere finanziariamente misure conservative alternative al licenziamento (la Cigs, il Fis, il contratto e l'assegno di solidarietà) che consentano all'impresa di ridurre l'impatto sociale di una scelta, comunque, legittima, ovvero di intervenire a valle della crisi aziendale, con gli ammortizzatori sociali passivi e, possibilmente e ancor meglio, con efficaci politiche attive di ricollocazione<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Si v. sul punto un accenno al dibattito dottrinale e ai riflessi di armonizzazione dei sistemi europei generati dalla direttiva in PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, pp. 19-20, 26.

<sup>83</sup> C. Cost. 30 giugno 1994, n. 268.

<sup>84</sup> Per l'orientamento maggioritario secondo cui il sindacato giudiziale non può riguardare i motivi specifici di riduzione del personale (cioè la sussistenza di effettive esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva), ma soltanto la legittimità e la correttezza della procedura, in relazione agli artt. 4 e 5 della l. 223 del 1991, né tantomeno può portare alla prospettazione di diversi assetti organizzativi o diverse scelte imprenditoriali, Cass. 26 novembre 2018, n. 30550; App. Roma 20 maggio 2019, n. 2150 e App. Roma 4 aprile 2019, n. 1532.

<sup>85</sup> Come fa notare PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., pp. 7-8, lo stato predispone ovunque

Onde è notorio che quasi sempre il controllo del giudice sui criteri di scelta non è certo finalizzato ad evitare l'utilizzo arbitrario del potere di scelta, ma a sindacare vizi meramente formali sulla (irrisolta legislativamente) concorrenza dei criteri sociali e tecnico produttivi e sulle priorità aziendali, ovvero sugli ambiti e le unità produttive di riferimento (in caso di strutture complesse) su cui applicare i criteri di scelta tecnici e sociali: quasi sempre, in tali casi, si tratta di modalità di applicazione dei criteri su cui i giudici non concordano, ovvero che palesano errori marchiani da parte delle imprese.

Se ciò è vero, appare evidente come la violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi possa giustificare<sup>86</sup>, sul piano della regolamentazione, l'opportunità di una sanzione meramente risarcitoria: un costo ulteriore a carico dell'impresa (oltre a quello dell'indennità di preavviso e del finanziamento Nاسpi già per legge a carico dell'impresa che decida di licenziare), che funga da assicurazione privata nel mercato del lavoro, del lavoratore ingiustificatamente licenziato (sino a 36 mesi dopo il decreto dignità come riconosce, *en passant*, la stessa Corte di appello).

La deterrenza a carico del datore di lavoro in crisi, di una ulteriore somma, non certamente irrisoria ormai, a titolo di risarcimento, non va pertanto sottovalutata. Che su tali somme possano essere anche calcolati i contributi o che esse debbano essere calcolate sulla base dell'ultima retribuzione di fatto percepite dal lavoratore, si può pure discutere: si tratta di ritocchi riformatori e di messa a punto regolativa, affidabili a un intervento razionalizzatore del legislatore (*infra* § 6), ma non certo a una ulteriore sentenza demolitoria della Consulta a cui non si può certamente affidare il ruolo di affinare la regolamentazione a colpi di sentenze che, a pezzi e bocconi, individuino la regola politicamente equilibrata: non sarebbe certamente questa anomala funzione para-legislativa quel che il legislatore costituente ha inteso affidare alla Corte cost., nel complessivo equilibrio dei poteri, con il controllo incidentale.

misure di sicurezza sociale per far fronte anche al licenziamento economico per ragioni legittime in ragione della fondamentale dimensione di *welfare* che lo permea quale rischio sociale. L'Autore considera socialmente marginale, in quanto riferito a situazioni peculiari, il licenziamento per inadempimento e invece centrale l'ipotesi, in quanto fisiologica, del licenziamento per ragioni economiche. Su questa sovrapposizione della valutazione statistica su quella assiologica, si dissente per le ragioni che si diranno *infra* § 6.

<sup>86</sup> A prescindere dall'ipotesi del licenziamento orale che richiama una arbitrarietà a monte della scelta produttiva, onde la sanzione reintegratoria prevista anche dall'art. 10 del d. lgs. 23/2015.

Il tema è, alla fine, sempre quello sollevato teoricamente da Marcello Pedrazzoli<sup>87</sup> e in qualche modo perseguito con qualche sbavatura tecnica, ma nulla di più, dalla riforma Fornero e, nel caso del licenziamento collettivo, modificata ragionevolmente dal Jobs Act; nessun ordinamento considera, e può considerare, la reintegra o la riparazione integrale del danno come rimedio olistico per ogni fattispecie di licenziamento invalido: per inadempimento, per inidoneità oggettiva, e per impossibilità sopravvenuta; si tratta di fattispecie di invalidità che giustificano rimedi non solo strutturalmente diversi, ma anche dissuasivamente gradati.

### 5.2. La questione di pregiudizialità europea

Nella ordinanza europea la Corte d'appello si preoccupa nell'*incipit* di spiegare<sup>88</sup>, oltre che comunicare alla Corte di giustizia, il fondamento della doppia pregiudizialità costituzionale ed europea ("profili simili non pienamente sovrapponibili")<sup>89</sup> e il diverso obiettivo perseguito nella dimensione ordinamentale multilivello (l'"espunzione delle norme denunciate dall'ordinamento nazionale e l'interpretazione delle norme sovranazionali primarie, al fine di consentire [...] l'esercizio delle facoltà che l'adesione al Trattato consente"). Già questo, come rilevato, costituisce un profilo di sicuro interesse e oggetto di riflessioni plurime in punto di giustizia costituzionale che non possono essere riprese in questa sede.

L'ordinanza si articola poi in quattro pregiudiziali. Le prime tre sono in qualche modo sovrapponibili: l'interpretazione dell'art. 30 della Carta di Nizza, in chiave tutela effettiva, adeguatezza, proporzionalità e deterrenza, come limite esterno e parametro di valutazione per misurare l'aderenza del

<sup>87</sup> PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., p. 20: "gli è che quando nel bilanciamento di principi costituzionali, accanto al diritto al lavoro gioca quello alla libertà di iniziativa, difficilmente espressioni come "riduzione o trasformazione di attività e lavoro" sono atte ad indurre una selezione univoca. Quando, ad esempio, fra i possibili obiettivi sottostanti alla decisione imprenditoriale, si distingue fra quello di salvare l'impresa e/o la sua concorrenzialità, e quello di aumentarne il rendimento, accrescendo il profitto, *quid juris?* Il percorso argomentativo diventa accidentato; e la pretesa di trarre nei due casi conclusioni opposte sul piano del trattamento normativo è inevitabilmente controvertibile".

<sup>88</sup> Punto 17 ss.

<sup>89</sup> "Doppia rilevanza di possibile conflitto, potendo contemporaneamente incidere su un piano costituzionale interno e su diritti e principi sanciti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione".

diritto interno a quello europeo, contro ogni tipo di licenziamento e in particolare con riguardo al licenziamento collettivo regolato dalla direttiva 98/59/CE. Secondo la Corte di Napoli, un'interpretazione dell'art. 30, comprensivo del richiamo all'art. 24 della Carta sociale per come riletta dal Comitato (seconda e terza pregiudiziale), osta a un regime di tutela contro il licenziamento collettivo come quello italiano che sia solo parzialmente risarcitorio e non reintegratorio o integralmente risarcitorio.

La Corte di appello ritiene<sup>90</sup> – in implicita ma chiara contrapposizione, in questo caso, al consolidato indirizzo della Corte costituzionale italiana (sentenza n. 46/2000)<sup>91</sup> – che alla luce del quadro europeo di tutela effettiva contro il licenziamento, prima delineato, non esista una piena e discrezionale autonomia dei singoli paesi in materia di rimedi al licenziamento (*rectius* ad ogni tipo di licenziamento). Ciò perché i caratteri di tutela effettiva secondo lo standard europeo ritenuto massimo, e integrante un diritto fondamentale (di fatto si teorizza una sorta di costituzionalizzazione europea del rimedio della reintegra per ogni tipo di licenziamento), costituiscono il contenuto essenziale della tutela contro il licenziamento illegittimo. Con la quarta pregiudiziale, effettivamente autonoma dalle prime tre, la Corte introduce – in tal caso in aperto contrasto con la decisione della Corte costituzionale 194/2018 – l'argomento della violazione dei principi di non discriminazione e parità di trattamento e del diritto alla sicurezza sociale (art. 20, 21 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) – ma anche di tutela effettiva ex art. 47 della Carta – con riguardo ai due regimi di tutela differenti in ragione del fluire del tempo; e introduce pure la suggestione della *age discrimination* con riguardo al *vulnus* che il sistema rimediario italiano finirebbe per produrre sui giovani in ragione del criterio dell'anzianità di servizio (stranamente la Corte non considera neppure, né mette al corrente la Corte di giustizia, che nel sistema italiano di licenziamento collettivo proprio il criterio dell'anzianità – di servizio o anagrafica – è uno di quelli normalmente utilizzati nella scelta di chi licenziare, sempre a svantaggio dei più, relativamente e comparativamente, giovani).

Al contrario del Tribunale di Milano la curvatura delle questioni di pregiudizialità direttamente ed esplicitamente sul regime del licenziamento col-

<sup>90</sup> P. 63 della ordinanza pregiudiziale europea.

<sup>91</sup> Per questo orientamento invece ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento*, cit.; ID. *Le fonti di diritto internazionale*, cit.

lettivo, dovrebbe mettere al riparo la sollevata questione dai rischi di dichiarazione di incompetenza da parte della Corte di giustizia, ma pare evidente che l'obiettivo perseguito dalla Corte di appello sia una sorta di effetto domino: se la Corte di giustizia dovesse accettare le pregiudizialità europea la ricaduta (e lo sconvolgimento) sull'intero impianto delle tutele crescenti, e persino sulla Fornero, sarebbe evidente. Dopo di che il Giudice delle leggi non potrebbe che prenderne atto per evitare il conflitto ordinamentale e adeguarsi (non pare proprio che la tutela risarcitoria, a quel punto, possa essere rivendicata come controlimita ordinamentale da parte della Corte costituzionale in ossequio alla sua giurisprudenza).

6. *Per una razionale ri-organizzazione unitaria del regime rimediabile della disciplina del licenziamento in Italia. La parola al legislatore*

La previsione di scrive è che né la nuova questione di legittimità costituzionale, né le due questioni di pregiudizialità europea sollevate dai giudici italiani alla fine sortiscano gli effetti tellurici sulle tutele crescenti a cui sono mirate. Troppo recente e chiaro, nella sua finalità di mediazione anche politica, l'equilibrio raggiunto dai giudici costituzionali, sia con la sentenza 194, sia con le pronunce precedenti sulla non configurabilità del rimedio della reintegrazione come diritto fondamentale di rilevanza costituzionale. Troppo resta la Corte di giustizia ad impegnarsi su questioni di rilievo domestico più che europeo come quello del regime rimediabile interno; e ciò malgrado le recenti e forti aperture del Comitato Europeo dei Diritti Sociali la cui giurisprudenza non pare, tuttavia, sino ad ora entrata in dialogo diretto con la Corte di giustizia. Troppo recente, poi, il caso Taricco perché le Corti possano aprire un nuovo fronte di conflitto che non rimarrebbe, in questo caso, materia riservata agli addetti ai lavori per la ricaduta che avrebbe, data l'incandescenza della materia, sull'opinione pubblica e sugli equilibri interni di governo.

Tutto ciò non solo non sottrae spazio ma conferma l'opportunità che la parola ritorni al legislatore: a un legislatore saggio e non mosso da atteggiamenti iconoclastici che volesse giocare, anche d'anticipo, rispetto al giudizio incardinato davanti alle Corti supreme (magari togliendo loro le castagne dal fuoco).

I giudizi pendenti, e che vanno moltiplicandosi, costituiscono, infatti,

sollecitazioni forti per un intervento di razionalizzazione di una disciplina che, come da più parti si sostiene<sup>92</sup>, ha subito tanti e tali rimaneggiamenti da apparire troppo frammentata, sfilacciata e alla fine incerta, con quel che ne segue in termini di prevedibilità degli effetti e conseguente disagio per gli operatori<sup>93</sup>.

Il punto di partenza non può che essere un ritorno allo spirito della Fornero e non certo all'art. 18 dello Statuto, come vorrebbe la Cgil<sup>94</sup>, ma con una radicale rimessa in discussione del Jobs act con riguardo al regime rimediabile del licenziamento disciplinare. Alla presa d'atto della diversità morfologica (duale in Italia, triadica altrove)<sup>95</sup> della fattispecie giustificativa del licenziamento non può che corrispondere una diversificazione dei rimedi (in primo luogo reintegratorio e indennitario) con ulteriori possibili sotto-classi differenziali (forti e deboli) non tali tuttavia da frammentare eccessivamente il quadro come, in effetti, con la stessa riforma Fornero è avvenuto.

<sup>92</sup> In tal senso DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, 3, p. 637, che, a proposito dei regimi rimediabili, parla di una selva intricata di ben 12 diversi regimi sanzionatori. Secondo TUCCI e la tabella presentata su *Il sole* 24 ore del 11 luglio 2018, i regimi sarebbero 13: *Caos normativo, per i licenziamenti i regimi di tutela salgono a 13*. Secondo altri schemi circolanti nel web, sarebbero addirittura 15 dopo gli ultimi cambiamenti: <https://www.dirittolavoro.com/2019/07/22/le-diverse-conseguenze-dei-licenziamenti-illegittimi-nel-vigente-ordinamento/>.

<sup>93</sup> Sono interessanti i risultati che emergono dal fascicolo presentato dalla Commissione di certificazione dell'Università Roma 3, ove si analizzano gli scostamenti degli indennizzi decisi dai giudici di merito per licenziamenti individuali in regime di tutele crescenti (dopo la sentenza della Corte n. 194) rispetto a quel che sarebbero dovuti essere sulla base dell'applicazione del criterio aritmetico, obbligato, dell'anzianità di servizio: il dato cumulativo, già interessante in sé, è che, nelle 37 sentenze prese in considerazione (certamente non un campione avente valore statistico ma solo indicativo), si sono irrogate condanne per 263 mensilità rispetto alle 123,8 mensilità che si sarebbero invece dovute irrogare con il criterio matematico: praticamente più del doppio. Altrettanto interessante è il dato che i giudici utilizzano con grande parsimonia il potere di determinazione dell'indennizzo nel massimo (il risarcimento maggiore è di 15 mensilità) e ciò sembrerebbe una tendenza ancora in atto, anche dopo l'entrata in vigore del decreto dignità che ha, com'è noto, aumentato il massimo rispetto alle tutele crescenti (ma qui i casi analizzati sono molto limitati e quindi poco significativi in assoluto). Pare comunque importante riprendere, sistematicamente, questa tipologia di ricerca, con metodo interdisciplinare, sui "fatti" anche nell'ambito degli studi giuslavoristici, così come avvenne nella fase del rinnovamento del metodo: si fa riferimento alle ricerche dei gruppi bolognesi e baresi e alle indagini sull'applicazione giurisprudenziale dello Statuto coordinate da T. Treu alla fine degli '60 e all'inizio degli anni '70 del secolo scorso.

<sup>94</sup> Si v. la proposta contenuta nella Carta dei diritti universali del lavoro della Cgil, art. 83.

<sup>95</sup> Si rinvia alla citata ricerca comparata curata da PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, cit.

6.1. *Il licenziamento per colpa soggettiva del lavoratore. Ripristinare le due ipotesi rimediali della legge Fornero nel licenziamento disciplinare*

Come si è già rilevato, la differenza morfologica tra licenziamento per cause soggettive e per ragioni *lato sensu* economiche è strutturale. Il licenziamento per ragioni soggettive sarà pure statisticamente relegato al margine rispetto al licenziamento per ragioni economiche come ricorda Marcello Pedrazzoli, ma rimane “costituzionalmente pericoloso” come ebbe a scrivere F. Mancini<sup>96</sup>. A prescindere dal licenziamento nullo perché discriminatorio o ritorsivo, su cui la convergenza dei sistemi europei a favore del rimedio ripristinatorio pieno è stata oggetto di rilevazione comparata, il nodo lasciato aperto dalla riforma Fornero è il licenziamento soggettivo illegittimo perché sproporzionato. Un fatto intenzionale implicante una infrazione di poco momento, un inadempimento non notevole ancorché disciplinarmente rilevante, genera comunque l’efficacia del licenziamento ma un indennizzo, oggi, non certamente di scarso rilievo nel massimo, e con applicazione prudente dei giudici di merito anche dopo la sentenza n.194 della Consulta<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, Giuffrè, 1965, p. 95. Tesi poi ripresa da D’ANTONA (*La reintegrazione nel posto di lavoro*, p. 87, ora in B. CARUSO, SCIARRA, cit.), secondo il quale il licenziamento disciplinare è capace “di spiegare all’interno di una relazione privata una efficacia tale da mettere in pericolo libertà e diritti fondamentali della persona”, ove il riferimento alla posizione di NATOLI, *Sicurezza, libertà e dignità del lavoratore nell’impresa*, in *DL*, 1956, p. 10 ss., che mette in rilievo i profili di sicurezza esistenziale che la disciplina a tutela del licenziamento illegittimo per colpa presenta.

<sup>97</sup> Se si eccettua la limitata rilevazione della Commissione di certificazione dell’università di Roma 3 (*supra*, nt. 93), mancano ancora rilevazioni sistematiche sugli orientamenti giurisprudenziali in termini di *quantum* dell’indennizzo. Da quel limitatissimo campione, come si accennava, risulta tuttavia che i giudici di merito sembrano orientati a contenere gli indennizzi nel massimo pur giungendo, dopo la sentenza della Consulta n. 194, ad attestarsi su somme superiori a quelle previste con il sistema matematico delle tutele crescenti. Quel che si evince è che, in alcuni casi, i giudici utilizzano certamente anche il criterio del comportamento delle parti e in particolare del datore di lavoro nel caso di licenziamento per inadempimento per innalzare la quantificazione dell’indennizzo, cfr.: Trib. Venezia 9 gennaio 2019 (ma di un solo mese rispetto al criterio matematico dell’anzianità); App. Firenze 14 gennaio 2019 (11 mensilità aggiuntive); Trib. Cosenza 2 febbraio 2019 (tre mensilità aggiuntive); App. Roma 25 febbraio 2019 (6 mensilità aggiuntive); Trib. Milano 26 febbraio 2019 (due mensilità aggiuntive); Trib. Roma 9 aprile 2019 (4 mensilità aggiuntive); Trib. Caltanissetta 5 aprile 2019 (appena una mensilità aggiuntiva); Trib. Venezia 12 giugno 2019 (10 mensilità aggiuntive, 14 in tutto, in un caso di licenziamento non solo sproporzionato, ma su cui lo stesso Tribunale dubita circa la reale sussistenza del fatto contestato; con addebito, tuttavia, della insufficienza della prova della insussistenza – prova negativa – sul lavoratore).

E tuttavia non è sufficiente, per l'effetto ripristinatorio del rapporto, che il giudice lo dichiari illegittimo sulla base della ponderazione degli interessi e della valutazione delle circostanze di fatto in varie guise attenuanti la responsabilità. In tale situazione – al contrario di altri ordinamenti ove i Tribunali possono ordinare la ricostituzione del rapporto (Gran Bretagna, Germania) – al giudice italiano questa possibilità non è data. In regime di Jobs Act a una infrazione lieve, contestata e accertata, può seguire il trauma della interruzione del rapporto<sup>98</sup>, in alcuni luoghi di lavoro ove il datore adotti una *policy* disciplinare rigorosa, con il giudice che valuta, di volta in volta, e secondo parametri non del tutto liberi ma “orientati”, il *quantum* di risarcimento, variabile entro un range ormai elevato; in altri no, se il datore decide di non seguire il medesimo rigore e applicare il principio di proporzionalità (a una infrazione lieve non corrisponderà la sanzione massima ma una sanzione conservativa, come è giusto che sia).

È proprio questo il meccanismo che fa sostenere alla parte della dottrina più schierata a favore del Jobs Act – e, invero, anche a un indirizzo giurisprudenziale importante, ma non certo maggioritario<sup>99</sup> – che la sanzione ripristinatoria da “sole” del sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo sia stata ridimensionata al ruolo di “pianetino”: una tutela al margine del sistema. Con la conseguenza, ermeneuticamente importante, che considerando la tutela obbligatoria basica (quella forte) meccanismo *default*, essa andrebbe applicata in tutte le ipotesi in cui dal sistema non risulti chiaro quale sia la tutela applicabile: licenziamento in ragione del trasferimento di azienda o di ramo; licenziamento connesso alla mancata accettazione della trasformazione del lavoro in *part time* o viceversa e così via; limitando, in tal modo, il rinvio al rimedio ripristinatorio contenuto nell'art. 18 primo comma e nell'art. 2 d.lgs. n. 23/2015 (altri casi di nullità previste dalla legge, con l'aggiunta dell'avverbio “espressamente” nelle tutele crescenti).

Tale ipotesi interpretativa potrebbe forse avere un qualche fondamento guardando alle tutele crescenti – ove è evidente l'intenzione del legislatore di ridimensionare in maniera decisiva il rimedio della reintegra e indebolire lo stesso sistema indennitario – ma questo non è certamente vero per la riforma Fornero, ove sistematicamente è molto chiara invece l'intenzione di un riequilibrio ragionevole del sistema, non certo di un drastico ridimen-

<sup>98</sup> Il caso di Trib.Venezia 12 giugno 2019, citato alla nota precedente, palesemente iniquo.

<sup>99</sup> La già citata sentenza della Cassazione: Cass., SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985.

sionamento della tutela ripristinatoria a favore di quella indennitaria, attuato invece con il *Jobs Act*.

Il sistema della legge Fornero agisce certamente su un punto importante con riguardo al licenziamento per colpa: disancora la tutela ripristinatoria dal principio di proporzionalità della fattispecie e lo fa in maniera tale da porre al riparo, come la stessa Consulta ha riconosciuto, tale cambiamento da profili di costituzionalità (l'argomento del *fluire del tempo* non è stato fatto proprio dalla Corte costituzionale nella sentenza 194).

La riforma Fornero, in ossequio al principio del bilanciamento, tuttavia “compensa” questo importante ridimensionamento della regola della proporzionalità legale nel licenziamento (fissata, in generale, per il potere disciplinare dall'art. 2106 del c.c.), con la valorizzazione della regola della proporzionalità di fonte negoziale, fissata cioè dall'autonomia collettiva, la cui violazione consente al giudice il ripristino del rapporto<sup>100</sup>.

Basta solo questa ipotesi per smentire la tesi della tutela obbligatoria come regola *default* nel sistema Fornero: un fatto non ritenuto grave dall'autonomia collettiva (non tale da giustificare il licenziamento come sanzione proporzionata), anche se disciplinarmente rilevante, non solo non può determinare il licenziamento legittimo, ma nel caso di dichiarazione di illegittimità per violazione del disposto contrattuale, consente al giudice di dichiararne anche l'inefficacia (sistema della reintegra debole: art. 18, comma 4).

In altri termini, la regola della proporzionalità, allo scopo della reintegra, con la riforma Fornero, viene trasferita dal piano della regola generale e astratta del precetto legale (art. 2106 c.c.) e della conseguenziale sussunzione dei fatti disciplinari nel principio legale di proporzionalità in concreto, al piano, non meno rilevante giuridicamente, ma certamente più dipendente dalla precisione descrittiva (a volte invero carente e fonte di incertezza)<sup>101</sup>

<sup>100</sup> Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro perché “il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”, annulla il licenziamento e dispone la reintegrazione debole o attenuata.

<sup>101</sup> Nei contratti collettivi la descrizione dell'infrazione, allo scopo della graduazione delle sanzioni (sino al licenziamento), fa spesso riferimento al connotato/requisito del tutto generico della “gravità” del medesimo comportamento per determinare il tipo di sanzione che circolarmente rinvia poi all'accertamento dei fatti operato dal giudice e conseguentemente al suo

della fattispecie di infrazione di origine contrattuale collettiva e della predisposizione della relativa sanzione.

Un tale sistema certamente ha il potenziale limite, rispetto al sistema della proporzionalità legale con effetti ripristinatori, di duplicare la valutazione e la calibratura della regola di proporzionalità (prima da parte dell'autonomia collettiva, poi da parte del giudice). La regola della proporzionalità convenzionale, inoltre, risulta – quanto a efficienza e precisione descrittiva della norma allo scopo della certezza dell'operazione sussuntiva – dipendente dalla “qualità” del codice disciplinare inserito nei contratti collettivi; intendendosi per qualità una selezione ragionevolmente discreta e adeguatamente descrittiva, oltre che prescrittiva, delle fattispecie di infrazione e delle relative sanzioni con riguardo al grado della colpa e della responsabilità. Si tratta, invero, di codici, nella migliore delle ipotesi, non certamente in grado di assumere e imbrigliare per intero la complessa realtà dei comportamenti di inadempimento, anti-giuridici e intenzionali, nelle mutevoli e complesse realtà dei palcoscenici di vita reale che sono diventati, soprattutto oggi, i luoghi di lavoro; né in grado di tarare e misurare e descrivere con assoluta esattezza il diverso grado della colpa allo scopo della giusta sanzione.

L'apparato rimediabile, congegnato dalla legge Fornero, tuttavia costituisce certamente un sistema in grado di evitare la disparità di trattamento derivante dal medesimo fatto lieve, disciplinarmente rilevante, (ma *non* sanzionato dal contratto collettivo con il licenziamento) che produce, in un caso (regime Fornero), un licenziamento invalido ed inefficace (non applicandosi, allo scopo della reintegra, la regola della proporzionalità legale con riguardo al fatto contestato, ma solo quella convenzionale) e, in uno simile, un licenziamento invalido ma efficace (non applicandosi nel regime del Jobs Act, allo scopo della reintegra, né la regola della proporzionalità legale né quella convenzionale).

Tale palese differenziazione di trattamento di casi uguali viene evitata nella misura in cui – come consentito nel sistema Fornero al netto dal Jobs Act – a integrazione del sistema rimediabile legale, risulti operativo (meglio ovviamente se razionalmente dettagliato) un sistema convenzionale adeguato di rilevazione del grado della colpa e della responsabilità, con riferimento alle diverse infrazioni e sanzioni disciplinari, in grado di indirizzare la valutazione di proporzionalità del giudice anche con riguardo alla “qualità” del rimedio e non solo al quantum dell'indennizzo.

Ciò certamente avverrebbe in maniera più adeguata di quanto in effetti

succede oggi – laddove si applica, sempre più residualmente, in ragione del fluire del tempo, il regime Fornero – se gli attori sociali vi avessero fatto consapevolmente da sponda, adeguando, con regolazioni più precise, i contratti e i codici e tendenzialmente coordinandoli per evitare differenziazioni eccessive tra settori produttivi.

Va peraltro rilevato, in via generale, che proprio l’aver espunto il principio di proporzionalità legale dalle ipotesi di inefficacia di licenziamento illegittimo ha costretto i giudici più sensibili a tale principio, originariamente, a inventarsi la teoria del fatto giuridico, comprensivo del giudizio di proporzionalità<sup>102</sup> e – dopo la inequivocabile presa di posizione della Corte di Cassazione sulla inconferenza della valutazione di proporzionalità in concreto con riguardo all’accertamento della sussistenza del fatto allo scopo della individuazione del rimedio – ad attestarsi sulla frontiera della rilevanza disciplinare del fatto materiale<sup>103</sup>: se il fatto “sbiadisce” oltre un certo limite quanto a pregnanza disciplinare e se comunque non superi, a una valutazione di primo acchito, la soglia dell’inadempimento notevole (la proporzionalità in astratto)<sup>104</sup>, esso anche se sussistente, si “smaterializza” sino a entrare nel buco

convincimento. Difficilmente i contratti collettivi scandiscono e circoscrivono con precisione i contorni delle fattispecie di infrazione alle quali collegare in via gradata la tipologia delle sanzioni o l’intensità di esse.

<sup>102</sup> La sentenza simbolo, in tal senso, fu Trib. Bologna 15 ottobre 2012, una delle prime già all’indomani della legge Fornero. Si trattò di un orientamento, anche dottrinale (si v. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 4/5, p. 785 ss.), che probabilmente contribuì a produrre l’irrigidimento successivo del legislatore del *Jobs act*.

<sup>103</sup> La prima, meno meditata, sul fatto materiale fu Cass. 6 novembre 2014, n. 23669; poi, a ristoro di un maggior equilibrio interpretativo, Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745 e Cass. 26 maggio 2017, n. 13383 e, con riguardo al *Jobs act*, Cass. 8 maggio 2019, n. 1274 (laddove si afferma l’applicabilità della reintegra anche nelle ipotesi in cui il fatto pur sussistente non presenti profili di illiceità). Secondo i recenti *arrêt* della Suprema corte, orientamento che si può considerare ormai consolidato, un fatto contestato deve avere i crismi minimi della condotta disciplinare: se esso non soltanto non è stato commesso o non è stato commesso con intenzione (forza maggiore), ma costituisce una condotta disciplinarmente irrilevante a giudizio insindacabile del giudice (non supera la soglia minima della rilevanza) il fatto non sussiste anche se sia materialmente avvenuto: a questo approdo della Cassazione ha contribuito anche la lucida ed equilibrata messa a punto della teoria del fatto disciplinare sussistente elaborata da DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare contestato, clausole elastiche “fatto” contestato*, in *ADL*, 2015, 2, p. 279 ss.

<sup>104</sup> Secondo una tesi ciò avverrebbe perché è rimasta invariata la fattispecie di giustificato motivo soggettivo che fa riferimento all’inadempimento notevole: AMOROSO, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 895, secondo cui la riforma Fornero avrebbe scisso in due sottoclassi il concetto prima unitario di proporzionalità. Sul piano logico, la verifica della pro-

nero dell'insussistenza, dove scompare come fatto legittimante il licenziamento e riappare, alchemicamente, in una diversa composizione chimica: come (non) fatto che giustifica anche il rimedio reintegratorio (debole); ciò vale, secondo la Suprema Corte, sia per il regime Fornero sia per le tutele crescenti<sup>105</sup>.

Ora è evidente che tanto più la irrilevanza disciplinare del fatto diventa l'unico viatico (oltre i casi limite di licenziamento nullo perché discriminatorio) per consentire il ripristino del rapporto, tanto più tale spazio, oggettivamente limitato, è destinato a dilatarsi, soprattutto a opera di giudici di merito riluttanti a seppellire in modo indolore la regola di proporzionalità in astratto – specie nel regime delle tutele crescenti –, con il rischio di operazioni di vera e propria smarginatura dei confini di tale spazio della irrilevanza: se l'inadempimento non è notevole, il fatto non sussiste e quindi non c'è giustificato motivo<sup>106</sup>.

Il ricorso a tale evidente forzatura è in qualche modo giustificato dall'abolizione della seconda ipotesi di reintegrazione debole operata dalle tutele crescenti, abolizione che ha infranto il ragionevole equilibrio raggiunto invece dalla legge Fornero, che consentiva la reintegrazione anche nelle ipotesi di violazione in concreto della regola della proporzionalità in ragione di una valutazione in tal senso da parte dell'autonomia collettiva (il fatto meritevole solo di sanzione conservativa).

Con il Jobs act si è, pertanto, realizzato uno scostamento di asse verso la

porzionalità in astratto precederebbe la verifica della proporzionalità in concreto con riguardo alla costellazione dei comportamenti concreti, delle attenuanti, delle circostanze di contesto e così via: tale mancanza di proporzionalità in concreto dà luogo comunque a un licenziamento illegittimo ma efficace. Secondo l'Autore una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3, comma 1, del *Jobs Act* non dovrebbe condurre a modificare questo schema di lettura, malgrado il tentativo del legislatore di ricondurre alla tutela indennitaria anche le ipotesi in cui il fatto materiale contestato si presenti in sé quale violazione della regola della proporzionalità in astratto.

<sup>105</sup> Cass. 8 maggio 2019, n. 12174, con nota parzialmente critica di MARESCA, *Licenziamento disciplinare e sussistenza*, cit., p. 952 ss., in ragione del fatto che, nella motivazione della sentenza, non risulterebbe chiaro se il fatto contestato (l'abbandono del posto per una pausa volontaria, motivato dalla durata eccessiva del turno di lavoro) fosse privo del requisito dell'inadempimento notevole e perciò privo di ogni rilevanza disciplinare, ovvero se avesse dato luogo ad un inadempimento pur sempre notevole ma non tale da giustificare il licenziamento per il gioco delle attenuanti (la durata del turno); in tal caso dovendosi applicare soltanto la sanzione indennitaria.

<sup>106</sup> Che è poi il senso ultimo della critica di Maresca alla sentenza prima citata, allorché richiama la Corte ad una maggiore attenzione alla reale dinamica del fatto.

non protezione riconducibile a tre potenziali *vulnera*<sup>107</sup>: a) la scarsa dissuasività dell'indennizzo economico a cui si è posto riparo con il combinato disposto dell'intervento del legislatore stesso e della Consulta; b) La differenziazione delle tutele in ragione del fluire del tempo, questione riaffidata alla valutazione delle Corti supreme, qualora la materia non fosse loro sottratta da ulteriore intervento razionalizzatore del legislatore; e, infine, c) l'eliminazione del rimedio della reintegrazione in regime debole, nel caso in cui il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi.

È lungo la direttiva della regolazione della proporzionalità in concreto in via convenzionale che un intervento del legislatore sul licenziamento per colpa può contribuire a riequilibrare l'asse della protezione nel licenziamento costituzionalmente sensibile e ri-operare un bilanciamento più corretto. La disciplina di quel che rimane del contratto a tutele crescenti, per questa parte, va abrogata non per ripristinare il vecchio articolo 18, ma per tornare al bilanciamento equilibrato, operato dalla legge Fornero<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> Più in generale va detto che se indubbiamente, in vigenza dell'art. 18, nella versione statutaria originaria - anche per l'effetto di cumulo di fattori a esso esterni (una giurisprudenza eccessivamente paternalistica, l'inefficienza del processo del lavoro, l'univocità del rimedio reintegratorio)-, l'asse era troppo spostato a favore della tutela, non tanto del lavoro in astratto, ma di comportamenti di *moral hazard* dei lavoratori (lo scarso rendimento che si manifesta con comportamenti difficilmente sanzionabili e perseguibili: l'assenteismo tattico o l'abuso della legge 104), il bilanciamento operato con il *Jobs act* e le tutele crescenti è risultato sproporzionato con riguardo al licenziamento per inadempimento. Ciò è avvenuto non solo in ragione dei nuovi dispositivi tecnici in sé considerati, quanto perché, contemporaneamente alla loro entrata in vigore, si sono assestati alcuni effetti sistemici di cambiamento, innestati in precedenti stagioni regolative che hanno prodotto effetti di allentamento della tutela, in contemporanea alla stagione del *Jobs act*. E' sufficiente richiamare il maggior costo di accesso alla giustizia, lo spostamento sul lavoratore del rischio di durata del processo, la stretta sulla condanna alle spese - di fatto posta a carico della parte processuale debole - ma anche un ripensamento giurisprudenziale diffuso di maggiore attenzione alle esigenze dell'impresa e di maggior rigore nei confronti di comportamenti di *moral hazard* o moralmente ritenuti non commendevoli, anche di tipo *extra-lavorativo*, per esempio l'uso di sostanze stupefacenti in privato (ragioni quindi di cambiamento culturale nel senso di un maggior rigore: il lavoratore ricorrente non più considerato appartenente ad una classe svantaggiata e che merita, comunque, un *quid pluris* di tutela, ma rientrante in un mero aggregato di individui più liberi ma anche più responsabili e quindi più soli); l'uso a volte poco controllato del fattore fiducia soggettiva come impropriamente integrativo della fattispecie giustificativa del recesso maggiore (l'inadempimento gravissimo).

<sup>108</sup> Comprensivo anche del rito speciale, a tutela della durata del processo, il cui rischio grava ormai sul lavoratore, come ha evidenziato la Cassazione con la recentissima Cass. 13 settembre 2019, n. 22929.

Tale ritorno dovrebbe avvenire non solo in nome del ripristino di un bilanciamento fra poteri datoriali e diritti del singolo lavoratore, ma in nome di una riaffermata centralità della regolazione affidata all'autonomia negoziale collettiva – soprattutto su materie costituzionalmente sensibili – come integrazione del precetto legale, rinverdendo la tradizione dello schema devolutivo e di integrazione virtuosa di fonti, tipico del diritto del lavoro nella tradizione italiana.

### *6.2. Il licenziamento per ragioni economiche: per un rimedio unitario, di tipo meramente indennitario*

La medesima esigenza di cambiamento del Jobs Act, e di ritorno alla Fornero, non vale con riguardo al licenziamento economico, sia nella variante individuale sia collettiva.

In tal caso va ribadita, in via generale, l'opportunità del modello dualistico (reintegra attenuata e delimitata per i licenziamenti per colpa e indennizzo per il licenziamento economico) affermatosi definitivamente e opportunamente con il Jobs act in modifica della Fornero, sistema questo, come è noto, che prevedeva due incongruità rispetto al modello dualistico puro: la reintegra per manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo e la reintegra per il licenziamento collettivo in violazione dei criteri di scelta, oggetto quest'ultimo delle ordinanze di remissione prima esaminate.

Marcello Pedrazzoli, negli interventi più volte richiamati, con grande efficacia e con dispiegamento di tutta la potenza di fuoco dell'uso corretto del metodo comparato, ha dimostrato non solo l'opportunità assiologica<sup>109</sup>,

<sup>109</sup> “Ne viene che quando la decisione determina pur lecitamente la perdita del posto di lavoro, l'imprenditore deve farsi carico, in una qualche misura, delle conseguenze sociali che colpiscono il lavoratore. In tal modo potrebbe realizzarsi la sintesi auspicata fra la dimensione di *welfare* e la risposta non sanzionatoria richiesta dal licenziamento (lecito) per ragioni obiettive. Invero, il diritto di iniziativa economica non può essere inteso come diritto inviolabile ma come diritto sociale fondamentale, il cui contenuto varia storicamente in ragione della costituzione economica materiale. Si apre allora la possibilità di sviluppare un apprezzamento di norme ad alta valenza ermeneutica (artt. 2, 4, 35, c. 1, 41, c. 2, Cost.): norme mai abbastanza scandagliate e comunque da interrogare alla luce delle precomprensioni imposte dai disastri sociali nell'epoca della finanziarizzazione e del liberismo oltranzisti. In conclusione, avendo la caratteristica di essere un rischio pregiudizievole *tout court*, al licenziamento per motivi economico-oggettivi il lavoratore è esposto anche in conseguenza del lecito esercizio del diritto di iniziativa economica. Essenzialmente questo lo rende un istituto distinto; e la distinzione è segnata questo sembra indicare il riscontro comparato dai beni costituzionali che vengono rispettivamente in gioco

ma anche la copertura in termini di bilanciamento di valori costituzionali in gioco del rimedio indennitario nel licenziamento economico<sup>110</sup>, oltre che l'efficacia pratica/welfarista di tale rimedio in tutte le ipotesi in cui il giudice ritiene illegittimo il licenziamento economico; l'autore si spinge sino al punto, se non si è inteso male, di giustificare anche, in qualche modo, una versione attenuata della teoria del *firing cost*. Tale teoria economica<sup>111</sup> non è proponibile per ragioni economiche e giuridiche: economicamente non conviene neppure all'impresa, che sarebbe costretta a sostenere un costo ulteriore anche nel caso di licenziamento legittimo; si porrebbe, sul versante del lavoratore potenziale ricorrente, in contrasto con l'art. 24 della Cost.

Vale per altro rilevare, in termini di *policy*, che la tutela indennitaria attualmente apprestata dall'ordinamento in tutte le ipotesi di licenziamento economico illegittimo<sup>112</sup> (sino a un massimo di 36 mensilità nel sistema del *Jobs act*, 24 nel sistema della Fornero, *a latere* le incertezze della “manifesta” insussistenza in quest'ultimo caso) pare rimedio adeguatamente protettivo. Si deve però osservare che il doppio regime indennitario nel licenziamento economico che si è venuto di fatto a creare dopo il decreto dignità (da 12 a 24 e da 6 a 36 mensilità), sia suscettibile di necessaria razionalizzazione normativa: o si opta per un regime indennitario o si opta per un altro, non ha proprio senso mantenerli entrambi (e questo vale anche per le ipotesi in cui si accerti la sussistenza del fatto contestato con violazione della regola della

nei due casi, e dalle gerarchie ed equiordinazioni che si verificano quando si procede al loro bilanciamento”, così PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., p. 50.

<sup>110</sup> “Nei licenziamenti [...] dovuti invece a ragioni di tipo obiettivo-economico (ovviamente quelli che siano tali, e non quelli che si rivelino nascondere il motivo soggettivo), siamo di fronte a beni di rango costituzionale fra loro in rapporto di regola/eccezione, ovvero di diritto e suo limite. In tal caso vengono in gioco interessi e valori che possono confliggere (*in primis*, quelli collegati al “diritto al lavoro” e al diritto di “iniziativa economica privata” i quali, osservando gerarchie e/o stabilendo equivalenze, ammettono il loro bilanciamento. A me pare – continua l'Autore – che, nel caso di licenziamento per motivi di tipo oggettivo-economico, gli interessi tutelati negli artt. 4 e 41, cc. 1 e 2, Cost. si bilancino in guise per cui, all'esercizio pur legittimo della libertà accede l'obbligo di proporre al lavoratore che perde il posto un ristoro o indennizzo”: PEDRAZZOLI, *Regole e modelli*, cit., p. 39.

<sup>111</sup> Si rinvia a B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit.

<sup>112</sup> Dalla violazione degli obblighi di *repêchage*, sino alla violazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo e, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, anche nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, nonché degli obblighi procedurali previsti dalla legge 223/91, in particolare gli artt. 4 comma 12 e 5 comma 1, richiamati dall'art. 10 del d.lgs. 23/2015.

proporzionalità in concreto anche nel regime disciplinare. La scelta tra i due regimi indennitari ovviamente attiene al tasso di dissuasività che si intende incorporare nella sanzione, affidata comunque al giudice nella determinazione in concreto (e si è visto che i giudici sembrano fare un uso parco del massimo)<sup>113</sup>.

Quel che vale la pena semmai ripristinare, come già nel regime Fornero, è il sistema della conciliazione obbligatoria a monte della irrogazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo che, secondo molti osservatori, aveva dato buona prova di sé in funzione deflattiva.

### 6.3. *Violazione di obblighi formali. Per una manutenzione ordinaria del sistema rimediale*

La *querelle* sulla scarsa efficacia rimediale legata a taluni vizi procedurali (particolarmente grave la violazione del principio di immediatezza) è stata sdrammatizzata dall'intervento di mediazione ortopedica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione<sup>114</sup>. Sembra, infatti, non contestabile, in linea di principio e di bilanciamento necessario, l'opportunità di rimedi meno pesanti, e di natura in ogni caso indennitaria, per vizi procedurali realmente tali (l'errore formale datoriale, "in purezza").

L'ipotesi più grave di violazione di principi procedurali con ricadute su diritti fondamentali di certezza, affidamento, tutela dall'abuso, difesa, tutti sussunti nei corollari di immediatezza della contestazione e tempestività della sanzione nel licenziamento disciplinare, è stata infatti ricondotta dalla SS.UU. della Cassazione – non certo con ragionamento logico lineare – nell'area del rimedio per ingiustificatezza<sup>115</sup>. Ne deriva l'applicazione della tutela indennitaria forte nel regime della Fornero, addirittura molto forte nel regime del Jobs Act, in ragione della modifica del decreto dignità e dell'abrogazione del sistema di determinazione automatica delle mensilità. Si tratta di una tutela di maggior favore ovviamente non invocabile da coloro cui si applica

<sup>113</sup> In effetti il doppio sistema è persino ambiguo nella portata dissuasiva: è più dissuasiva una sanzione più alta nel minimo o più alta nel massimo? Il legislatore dovrebbe decidersi.

<sup>114</sup> La più volte citata sentenza delle Sezioni unite: Cass., SS.UU., 27 dicembre 2017, n. 30985.

<sup>115</sup> E non della insussistenza del fatto, secondo una ipotesi che pareva più coerente e formulata da un'altra sezione della Cassazione (Cass. 31 gennaio 2017, n. 2513; sul punto si rinvia a B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare*, cit.).

formalmente il regime Fornero: il che segnala una ulteriore esigenza di razionalizzazione normativa<sup>116</sup>, che non può non provenire dal legislatore, in ragione degli effetti di sbilanciamento alla rovescia delle tutele usufruibili sotto il regime Fornero, oggi per certi versi minori rispetto a quelle del regime del Jobs act dopo il duplice trattamento della Corte e del legislatore.

Sempre con riguardo al regime rimediabile per vizi formali e procedurali è probabile che diventi necessario, dopo l'intervento della Consulta, una rivisitazione della tutela indennitaria, sull'art. 4 del Jobs act (inevitabile per l'aspetto del regime automaticamente crescente, qualora non lo si ritenesse implicitamente abolito dalla pronuncia 194/2018). Il tema è già portato davanti alla Consulta dal Tribunale di Bari<sup>117</sup>.

Potrebbe essere anche oggetto di riflessione se il limite delle 12 mensilità, che era in qualche modo tarato sul tetto delle 24 mensilità del risarcimento forte, sia in regime Fornero sia nel regime di Jobs act, sia ora proporzionalmente adeguato al nuovo massimo di 36 mensilità per i vizi sostanziali: a parere di chi scrive, e contrariamente da quel sembra pensare il Tribunale che ha rimesso la questione alla Consulta, non c'è alcun motivo per gravare oltre il limite quantitativo delle 12 mensilità l'errore procedurale puro del datore di lavoro, specie di fronte a un licenziamento sostanzialmente legittimo, fermo restando che anche il tal caso la determinazione quantitativa della "gravità" dell'errore debba essere rimessa, per coerenza sistematica e volontà della Consulta, alla discrezionalità del giudice.

Altri profili non certo cruciali rispetto alla fondamentale alternativa tra modello rimediabile monistico e dualistico, ma comunque di rilievo, potrebbero essere oggetto di manutenzione e razionalizzazione legislativa e non certo di competenza delle Corti supreme.

Basti, a tale proposito, una mera elencazione, *random* e asistemica, di teste di capitolo: il regime di tutela obbligatoria nelle piccole imprese, in effetti eccessivamente tarato al ribasso nel sistema del Jobs act; il chiarimento del regime rimediabile (indennitario o reintegratorio) nelle ipotesi di nullità virtuali; il regime di calcolo delle indennità, con riguardo alla retribuzione ultima di riferimento (riferita al TFR o all'ultima globale di fatto) e ai relativi contributi; tema, come si è visto, a cuore alla Corte di appello di Napoli, che

<sup>116</sup> Come quella segnalata a proposito della tutela nei confronti del licenziamento economico.

<sup>117</sup> V. *supra*, nota 35.

vi ha speso molti argomenti – alcuni convincenti – nell’ordinanza di remissione. Il tema – che entra solo indirettamente nel regime rimediale specifico del licenziamento, ma di portata generale – del costo del ricorso alla giustizia, oggi effettivamente sbilanciato a carico dei ricorrenti dopo le ultime riforme, ma anche il costo della condanna<sup>118</sup>. L’opportunità di ripensare, anche dopo il Jobs act, a un modello processuale accelerato per le cause di licenziamento (ma eliminando le incongruenze del rito Fornero: la indiscutibile inutilità della fase di opposizione). L’opportunità di riequilibrio dell’allocazione del rischio della durata del processo prima troppo sbilanciato a carico del datore di lavoro nel sistema dell’art. 18 olistico, oggi forse eccessivamente sbilanciato a carico del lavoratore<sup>119</sup>.

C’è molto da fare, allora, per una operazione di *maquillage* e razionalizzazione complessiva del sistema rimediale in Italia dopo le diverse ondate regolative che si sono susseguite a partire dal 2012: il risultato attuale, al di là delle migliori intenzioni dei regolatori che si sono succeduti, è un sistema frammentato, incerto e asimmetrico, per alcuni aspetti anche ingiusto. Si tratta di mutamenti che richiedono l’utilizzo di attrezzature e *tools* regolativi anche sofisticati: non si può pertanto affidare alle Corti costituzionali supreme, sebbene dotate anche di importanti poteri di indirizzo, ma attrezzate soltanto con strumenti, sostanzialmente, di decisione binaria (sì/no), una operazione politica talmente complessa e delicata.

<sup>118</sup> Quanto è equilibrato un sistema processuale che sacrifica all’esigenza di deflazione del contenzioso anche una sola domanda, specie se fondata, di tutela differenziata in ragione del costo della giustizia e dell’impossibilità di accesso? Quanto è in linea con il principio della parità delle armi e del processo equo la rinuncia ad una impugnazione, in regime di tutela differenziata, solo per il costo dell’impugnazione o per il rischio di condanna pesante alle spese del giudizio di impugnazione, sempre per l’obiettivo di deflazione?

<sup>119</sup> Una causa di reintegrazione, soprattutto al Sud, dura normalmente ben oltre i canonici 12 mesi di risarcimento che si aggiungono alla reintegra, con rischio di copertura non integrale del danno, onde l’esigenza di agire sui meccanismi di accelerazione del processo a garanzia effettiva del lavoratore licenziato.

## Abstract

Il saggio prende le mosse dalla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 sulle c.d. tutele crescenti, al fine di analizzare le recenti ordinanze di rimessione alla Corte di Giustizia e alla Corte costituzionale dei Tribunali di Milano e di Napoli aventi ad oggetto la legittimità del diverso regime rimediale e processuale, previsto in caso di illegittimità del licenziamento collettivo in violazione dei criteri di scelta, e applicabile ai lavoratori licenziati contestualmente in ragione della data di assunzione.

La previsione dell'Autore sull'esito della nuova questione di legittimità costituzionale e delle due questioni di pregiudizialità europea è che non sortiranno gli effetti dirompenti sperati dai giudici remittenti. Da una parte, poiché è chiaro l'orientamento della Corte costituzionale sulla non configurabilità del rimedio della reintegrazione come diritto fondamentale di rilevanza costituzionale; e, dall'altra, poiché la Corte di giustizia è troppo restia a pronunciarsi su questioni che hanno forti ricadute sul diritto domestico, come quella sul regime rimediale.

La materia, però, eccessivamente rimaneggiata e frammentata, richiede un chiaro intervento legislativo di razionalizzazione che, secondo l'Autore, dovrebbe tenere conto che alle diversità delle fattispecie giustificative del licenziamento non può che corrispondere una diversificazione dei rimedi.

A tal proposito, l'Autore analizza, nei due paragrafi finali, il licenziamento per colpa soggettiva del lavoratore e il licenziamento per ragioni economiche, auspicando, nel primo caso, il ripristino delle due ipotesi rimediali contemplate da quest'ultima, in nome del ripristino di un bilanciamento fra poteri datoriali e diritti del singolo lavoratore, e, soprattutto, di una riaffermata centralità della regolazione affidata all'autonomia negoziale collettiva come integrazione del precetto legale; e suggerendo, nel secondo, che l'intervento del legislatore vada nel senso di prevedere un unico rimedio unitario, di tipo meramente indennitario.

The essay starts from the judgment of the Italian Constitutional Court no. 194/2018 on the Italian Jobs act and unfair dismissal remedies, with the aim to analyze the recent referring orders of the Tribunals of Milan and Naples to the European Court of Justice and the Italian Constitutional Court dealing, specifically, with the legitimacy of the different remedies in case of collective dismissal for violation of the selection criteria depending on the hiring date of the employees.

The forecast of the Author about the outcomes of these judgments is that there will not be the disruptive effects hoped by the Italian remitting judges. From one side, because of the clear Constitutional court's position on the absence of a constitutional fundamental right to reintegration; and, from the other, because the Court of justice is usually unwilling to decide on issues that might have so many effects on domestic legal systems.

However, the matter, excessively emended and fragmented, needs a legislative intervention that, for the Author, should consider different remedies for different cases of dismissal.

About that, the Author analyses, in the two final sections, the dismissal for sub-

jective reasons and the dismissal for economic reasons, hoping, for the first case, the revival of the two hypothesis of remedies, to guarantee the balance between employer powers and employee' rights but, above all, the central role of collective bargaining autonomy; and suggesting, in the second case, to provide a single remedy, merely economic.

### **Key words**

Contratto a tutele crescenti, licenziamento individuale, licenziamento collettivo, rimedi, dialogo tra le Corti.

Permanent employment contract with increasing protection, individual dismissal, collective dismissal, remedies, dialogue between Courts.

