

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*Il "Jobs Act" e la Corte costituzionale.
Riflessioni su
Corte cost. n. 194/2018*

Mariella Magnani

anticipazione

Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

N. 2/XXIX - 2019

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Il “Jobs Act” e la Corte costituzionale. Riflessioni su Corte cost. n. 194/2018

Mariella Magnani

Sommario: **1.** La pluralità dei versanti di riflessione sulla decisione della Corte. – **2.** L'utilizzazione delle fonti nell'ordinamento multilivello. – **3.** I punti fermi: la discrezionalità legislativa nella conformazione del regime di tutela, i suoi caratteri e i suoi limiti nella visuale della Corte. – **4.** Ragioni di incostituzionalità di un'indennità predeterminata e legata all'anzianità di servizio. – **5.** La costituzionalità della diversificazione del regime sotto il profilo temporale. – **6.** La norma di risulta. – **7.** Il ruolo dell'anzianità di servizio nella determinazione dell'indennità. – **8.** La reale e supposta *vis* espansiva della sentenza della Corte costituzionale nel sistema. – **9.** I licenziamenti tra legislatore e giurisprudenza. – **10.** La prima giurisprudenza applicativa. – **11.** Conclusioni.

1. L'importante e attesa sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 può essere analizzata, come giustamente è stato sottolineato ⁽¹⁾, sotto due, anzi, tre distinti profili: quello delle ragioni sottese alla pronuncia di incostituzionalità, quello relativo ai suoi aspetti interpretativi/applicativi ed, infine, quello relativo alle sue implicazioni sistematiche; un profilo di analisi ad oggi probabilmente prematuro, perché molto dipenderà dall'atteggiamento che assumerà la giustizia del lavoro ⁽²⁾.

Avevo ritenuto di soffermarmi solo sul secondo aspetto del tema, ormai l'unico rilevante sul piano del diritto positivo. Tuttavia di fronte al brusio interpretativo e alla ridda di questioni sollevate da coloro che vedono in questa sentenza una messa in discussione del complessivo impianto riformatore del

* Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Pavia.

⁽¹⁾ Cfr. A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *q. Rivista*, 2019, n. 1, 228 ss.

⁽²⁾ Su cui si veda qualche notazione preliminare *infra*, § 10.

Jobs Act ⁽³⁾ (ed in particolare del decreto legislativo n. 23/2015, uno dei più significativi decreti di cui si compone), conviene soffermarsi su importanti precisazioni operate dalla sentenza, alcune di carattere generale e metodologicamente rilevanti – sebbene probabilmente non decisive ai fini del decidere – altre di rilievo più pratico.

Non vi è, infatti, nella pronuncia della Corte solo la dichiarazione di illegittimità costituzionale ma, nell’ambito di un procedimento interpretativo complesso ⁽⁴⁾, vi sono pure approdi interpretativi di cui il dibattito sul presente ed il futuro della disciplina del licenziamento ⁽⁵⁾ dovrà tenere conto.

2. Avendo dunque deciso di allargare lo sguardo alla complessiva operazione compiuta dalla Corte, la prima riflessione non può che concernere l’utilizzazione delle fonti nell’ordinamento multilivello ed in particolare la rilevanza attribuita alla Carta sociale europea (nella specie, il suo articolo 24) quale norma interposta ai fini del giudizio di costituzionalità *ex* articolo 117, primo comma, Cost., rilevanza a lungo controversa ⁽⁶⁾.

Ora la Corte ribadisce invece l’idoneità della Carta sociale europea a integrare il parametro dell’articolo 117, primo comma, Cost., già affermata da Corte costituzionale n. 120/2018 ⁽⁷⁾, che l’ha qualificata come fonte internazionale in quanto collegata alla CEDU, e l’autorevolezza, sebbene la non vincolatività per il giudice nazionale, delle “decisioni” (che non hanno natura giurisdizionale) del Comitato europeo dei diritti sociali.

È chiaro che si tratta di un’argomentazione di contorno nel nostro caso anche perché l’articolo 24 della Carta sociale europea non ha affatto contenuto puntuale («Le parti si impegnano a riconoscere il diritto dei lavoratori licenziati senza valido motivo ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione»).

⁽³⁾ Se non addirittura la rivincita di un diverso schema valoriale od assiologico rispetto alle impostazioni di *law and economics*: cfr. S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l’intervento della Corte costituzionale*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 2018, n. 379; A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Il libro dell’anno del diritto*, Treccani, 2019, 339 ss.

⁽⁴⁾ E da qualcuno giudicato sovrabbondante: cfr. A. VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis* (nota a C. cost. 8 novembre 2018, n. 194), in *MGL*, 2018, n. 1, 251 ss.

⁽⁵⁾ Se non addirittura del diritto del lavoro, attesa la centralità del “contratto a tutele crescenti” nel suo ambito.

⁽⁶⁾ Cfr. soprattutto G. ORLANDINI, *Le fonti di diritto internazionale nella sentenza n. 194/2018*, in A. ANDREONI, L. FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, I Seminari della Consulta giuridica della CGIL, 2019, n. 2, 103.

⁽⁷⁾ Si tratta della sentenza che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l’art. 1475, comma 2, del d.lgs. n. 66/2010 (Codice dell’ordinamento militare) per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., e, dunque, ha ammesso il diritto dei militari di costituire associazioni sindacali.

Ma di questa posizione della Corte, con importanti potenziali riflessi nella nostra materia, bisognerà d'ora in poi tenere conto.

3. Altre sottolineature importanti operate dalla Corte, che attengono invece all'impianto della disciplina del licenziamento, concernono in primo luogo la discrezionalità del legislatore nella scelta del regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo⁽⁸⁾, che non necessariamente deve essere quello reintegratorio ma ben può essere anche solo risarcitorio/monetario. Ricorda la Corte⁽⁹⁾ che il diritto alla stabilità del posto «non [...] ha una propria autonomia concettuale, ma è nient'altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall'invalidità dell'atto non conforme»⁽¹⁰⁾. Il secondo punto, non meno importante, da evidenziare è che la Corte interpreta, giustamente, il vigente regime, come già peraltro quello della legge n. 604/1966, come comportante una predeterminazione forfettizzata del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, «non incrementabile, pur volendone fornire la relativa prova». È in sostanza un regime speciale che esclude l'applicazione del diritto comune⁽¹¹⁾; e ciò, nonostante che l'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 non definisca l'indennità come «onnicomprensiva».

Il terzo punto, parimenti da evidenziare, è che la Corte ribadisce che, come già aveva avuto modo di osservare nella propria giurisprudenza relativa a predeterminazioni legali del danno in ipotesi di indennità di espropriazione, contratto di trasporto, contratto a tempo determinato⁽¹²⁾, «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale», salvo naturalmente il principio di ragionevolezza, cioè la necessità che vi sia un equo bilanciamento degli

⁽⁸⁾ Già risultante da precedenti sentenze della Corte, espressamente richiamate: cfr. C. cost. 28 dicembre 1970, n. 194; C. cost. 6 marzo 1974, n. 55; C. cost. 8 luglio 1975, n. 189; C. cost. 14 gennaio 1986, n. 2; C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46; C. cost. 11 novembre 2011, n. 303.

⁽⁹⁾ Evocando C. cost. 30 giugno 1994, n. 268.

⁽¹⁰⁾ È la insuperabile sintesi di Mengoni, redattore della sentenza n. 268/1994, cit.

⁽¹¹⁾ Lo sottolinea giustamente P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo "dopo"*, in *q. Rivista*, 2019, n. 1, 251. Al contrario, ritiene che saranno comunque dovuti, «se sussistenti, i danni di carattere non patrimoniale (biologico, esistenziale, morale ecc.)» V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in A. ANDREONI, L. FASSINA (a cura di), *op. cit.*, 70; in senso analogo, M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2018, n. 378, la quale tuttavia porta esclusivamente l'esempio del licenziamento ingiurioso.

⁽¹²⁾ Cfr. in proposito C. cost. n. 303/2011, cit., sulla legittimità costituzionale dell'indennità onnicomprensiva prevista dall'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010 in caso di illegittima stipulazione di contratti a tempo determinato.

interessi in gioco. Sotto questo profilo, il tetto massimo dell'indennizzo previsto dal decreto legislativo n. 23/2015, anche quello di 24 mesi, precedente alla modifica introdotta dal decreto-legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità), convertito dalla legge n. 96/2018, che l'ha portato a 36 mesi, non contrasta con l'esigenza di un adeguato temperamento degli interessi in gioco.

4. Queste indicazioni sulla discrezionalità legislativa nel conformare l'assetto di tutela nella disciplina del licenziamento sono importanti e non possono essere ignorate nel momento in cui ci si accinge a valutare il complessivo disegno riformatore del *Jobs Act* (meglio, del decreto legislativo n. 23/2015). E che non è, appunto, in quanto tale messo in discussione dalla sentenza ⁽¹³⁾.

Come è ben noto, quel che mette in discussione la sentenza, in conformità con l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma ⁽¹⁴⁾, non è la fissazione di un ammontare minimo e massimo di risarcimento, ma il meccanismo definito «rigido» (ed automatico) di predeterminazione dell'indennità, legato alla sola anzianità di servizio, escludendo qualsiasi valutazione discrezionale da parte del giudice. Ciò che, secondo la Corte, non realizza né un adeguato ristoro del danno patito dal lavoratore – che non dipende dalla sola anzianità di servizio, ma da una «pluralità di fattori», che per la verità essa non menziona, limitandosi a fare riferimento alla «casistica giurisprudenziale» – né un'adeguata dissuasione del datore, «allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida giustificazione», in violazione degli articoli 3, 4 e 35 Cost.

Sebbene su questo punto si tenda a sorvolare ⁽¹⁵⁾, la prescrizione della necessaria «dissuasività», come requisito intrinseco del rimedio indennitario, non sembra aver nulla a che fare con la funzione riparatoria/compensativa, cui la Corte riconduce, nell'ottica civilistica, l'indennità prevista dal legislatore in caso di licenziamento illegittimo. La categoria della «dissuasività» nasce e pare più calzante nell'ottica dei rapporti tra ordinamenti e degli obblighi assunti da uno Stato in forza dell'appartenenza (anche) ad altro ordine giuridico: si pensi alla giurisprudenza della Corte di giustizia che richiede che le sanzioni per l'inosservanza del diritto comunitario siano «proporzionate, effettive e

⁽¹³⁾ Credo che la valutazione (cfr. ad es., in questo senso, R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo* (nota a C. cost. n. 194/2018, cit.), in *DLM*, 2018, n. 3, 634 ss.) in quanto tale non possa essere smentita, al di là degli effetti di trascinarsi che questa sentenza possa provocare.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Trib. Roma ord. 26 luglio 2017.

⁽¹⁵⁾ Si veda però P. TOSI, *op. cit.*, 249, che osserva che «la funzione dissuasiva va declinata retrospettivamente, quale rischio, per il datore di lavoro, che l'indennità possa essere quantificata nella misura massima prevista. Quando il licenziamento è stato intimato il giudice non deve dissuadere il datore di lavoro bensì determinare il ristoro adeguato al danno che il lavoratore ha subito».

dissuasive»⁽¹⁶⁾. Non a caso nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma la categoria è configurata come un metro di giudizio della conformità della nostra legislazione alla Carta sociale europea, come interpretata dal Comitato europeo dei diritti sociali⁽¹⁷⁾.

5. È una sentenza complessa, e sofferta, che non valuterò nel merito della condivisibilità o persuasività delle sue argomentazioni. Argomentazioni che, in una materia ampiamente lasciata alla discrezionalità legislativa, presentano un alto tasso di opinabilità. Insomma la Corte costituzionale, per affermare l'illegittimità costituzionale, aveva una strada stretta da percorrere, tant'è che dai più, prima però del c.d. decreto dignità, si attendeva una sentenza-monito⁽¹⁸⁾. Non posso però fare a meno di rilevare la contraddizione tra l'argomento utilizzato per negare che vi sarebbe violazione dell'articolo 3 Cost., per la disparità di trattamento riservato agli assunti prima del 7 marzo 2015 e a quelli assunti dal 7 marzo in poi, e la successiva declaratoria d'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015⁽¹⁹⁾.

Per negare che il duplice regime temporale violi l'articolo 3 Cost., la Corte non si accontenta, giustamente, di richiamare la massima per cui «il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»⁽²⁰⁾, perché anche questa diversificazione deve essere vagliata in base al canone di ragionevolezza. In questo caso, il canone di ragionevolezza

⁽¹⁶⁾ Cfr., ad es., C. giust. 12 dicembre 2013, *Rocco Papalia c. Comune di Aosta*, causa C-50/13; C. giust. 26 novembre 2014, *Raffaella Mascolo e altri c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e Comune di Napoli*, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13; C. giust. 25 ottobre 2018, *Martina Sciotto c. Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*, causa C-331/17.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Trib. Roma ord. 26 luglio 2017, cit., ove si afferma che «La congruità e l'adeguatezza del ristoro garantito ai lavoratori [...] è stato oggetto di diverse pronunce del Comitato Europeo dei Diritti sociali (CEDS), che, pur dando atto che la misura può anche non essere di natura ripristinatoria bensì meramente indennitaria, ha statuito che il ristoro deve essere adeguato (dal punto di vista del lavoratore) e dissuasivo (dal punto di vista del datore di lavoro) [...]. Ne deriva che, in linea di principio, qualsiasi limite risarcitorio che precluda una *compensation* commisurata alla perdita subita e sufficientemente dissuasiva è in contrasto con la Carta».

⁽¹⁸⁾ Cfr., tra i commentatori all'ordinanza del Tribunale di Roma, F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *LG*, 2017, n. 10, 902 ss.

⁽¹⁹⁾ Che, come è noto, era la prima censura, in ordine logico, avanzata dal giudice rimettente.

⁽²⁰⁾ Cfr. C. cost. ord. 21 luglio 2011, n. 224; C. cost. ord. 24 febbraio 2010, n. 61; C. cost. ord. 29 maggio 2009, n. 170; C. cost. ord. 13 giugno 2008, n. 212; C. cost. ord. 28 marzo 2008, n. 77; C. cost. 23 maggio 2018, n. 104; C. cost. 13 novembre 2014, n. 254; C. cost. 16 febbraio 2012, n. 25; C. cost. 21 ottobre 2011, n. 273; C. cost. 2 aprile 2009, n. 94, tutte richiamate dalla sentenza della Corte.

non sarebbe violato se si ha riguardo allo scopo dichiaratamente perseguito dal legislatore «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione (alinea dell'articolo 1, comma 7, legge n. 183 del 2010)». E aggiunge anche che il regime temporale appare coerente con lo scopo, poiché «l'introduzione di tutele certe e più attenuate in caso di licenziamento illegittimo è diretta a incentivare le assunzioni a tempo indeterminato». Sebbene la Corte abbia cura di precisare che non compete alla stessa valutare i risultati della politica occupazionale del legislatore, stupisce che l'affermazione per cui «tutele certe e più attenuate in caso di licenziamento illegittimo sono dirette ad incentivare le assunzioni a tempo indeterminato» non sia presa in considerazione, anzi sia smentita, là dove la Corte osserva che, nell'ancorarsi solo all'anzianità di servizio, il legislatore non abbia realizzato «un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro». Senza contare che quello scopo potrebbe risultare frustrato se si affermassero letture della sentenza della Corte per cui ora il trattamento del licenziamento ingiustificato risulterebbe del tutto diverso e, in ipotesi, molto più “incerto” ed “elevato” rispetto al regime della c.d. legge Fornero.

6. E veniamo, dopo questa lunga premessa, agli aspetti interpretativi/applicativi della sentenza n. 194/2018.

Se si legge solo il dispositivo, la nuova norma risultante dalla sentenza di accoglimento manipolativa ⁽²¹⁾ dell'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 sembrerebbe lasciare alla completa discrezionalità del giudice i criteri di determinazione dell'indennità da 6 a 36 mesi. A questo proposito, si stanno già delineando, almeno in dottrina, due letture, a seguito della scelta della Corte di collocare in motivazione, anziché nel dispositivo, non solo i criteri da applicare per quantificare, nel caso concreto, l'indennità risarcitoria, ma anche la sua base di calcolo. Secondo qualcuno, saremmo al cospetto di una semplice sentenza di accoglimento parziale, con conseguente piena libertà

⁽²¹⁾ Come è noto, la categoria delle sentenze “manipolative” è di costruzione dottrinale e ha rilevanza descrittiva per indicare le sentenze la cui funzione è la trasformazione, invece che la eliminazione, della legge o la sua interpretazione conforme alla Costituzione: la terminologia si attaglia anche alle sentenze di accoglimento parziale di tipo testuale, a prescindere dalla ulteriore questione se si possano ritenere vincolanti le indicazioni che precedono il dispositivo. Si può parlare di sentenza *manipolativa* anche quando, come nel caso della n. 194/2018, per il tramite dell'ablazione testuale si modificano o alterano la portata, il significato, gli effetti o l'ambito di applicazione della disposizione dichiarata incostituzionale. Cfr., in generale, sulla categoria delle sentenze manipolative (o “manipolatrici”) G. AMOROSO, G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2015, 403 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, 2012, 390 ss.

per il giudice, attraverso un giudizio equitativo, di fissare l'asticella del risarcimento del danno tra il minimo di 6 ed il massimo di 36 mensilità, fissato dalla legge⁽²²⁾. Per altri invece deve tenersi conto della motivazione⁽²³⁾, sicché, non solo la base di calcolo dell'indennità sarà «l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», ma, nel determinare la stessa, il giudice dovrà tenere conto dei criteri indicati in sentenza e che la Corte ritiene desumibili dall'evoluzione della disciplina dei licenziamenti («numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti»).

Si deve convenire che le tecniche cui la Corte costituzionale ricorre per manipolare il contenuto di una norma sono le più disparate⁽²⁴⁾. Sicché può anche definirsi scolastico il tentativo di ascrivere la sentenza in commento all'una o all'altra tipologia⁽²⁵⁾.

Non vi è dubbio che il giudice debba tenere conto (e, come vedremo, ne sta tenendo conto)⁽²⁶⁾ della motivazione della decisione, la quale nel suo dispositivo non è (e non può essere) “auto-applicativa”, se non altro per quanto riguarda la base di calcolo dell'indennità. Se si condivide che bisogna fare riferimento alla motivazione della sentenza per determinare la base di calcolo della stessa (l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR), non si può non ritenersi vincolati alla motivazione per quanto riguarda i criteri.

Dunque, letto il dispositivo alla luce della motivazione, pare evidente, intanto, che occorre fare riferimento all'ultima retribuzione per il calcolo del TFR⁽²⁷⁾. Ed ancora che, nel rispetto dei limiti minimo e massimo, il giudice dovrà tenere conto innanzitutto dell'anzianità di servizio – «criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge n. 183 del 2014 e che ispira il disegno

⁽²²⁾ Cfr. L. ZOPPOLI, *Il licenziamento “de-costituzionalizzato”*: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta, in *q. Rivista*, 2019, n. 1, 277 ss., che parla di sentenza dal dispositivo di tipo rigorosamente ablativo. Alle stesse conclusioni giunge, tra gli altri, ma criticando espressamente la tecnica usata dalla Corte, C. PISANI, *La corte costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto “liquido”*, in *MGL*, 2018, n. 1, 149 ss. Anche G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, *ivi*, 197 ss., sottolinea la rilevanza della mancata indicazione dei criteri nel dispositivo, pur ritenendo che i giudici finiranno comunque per attenersi a tali criteri, attesa l'autorevolezza dell'interpretazione fornita dalla Corte.

⁽²³⁾ Così, qualificando espressamente la sentenza come additiva, M.T. CARINCI, *op. cit.*, 15.

⁽²⁴⁾ Cfr., tra tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *op. cit.*, 381 ss.; G. AMOROSO, G. PARODI, *op. cit.*, 403 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. P. TOSI, *op. cit.*, 254.

⁽²⁶⁾ Cfr. *infra*, § 10.

⁽²⁷⁾ Ha cura di precisarlo la stessa Corte, la quale rileva che ciò «si evince dal d.lgs. n. 23 del 2015 nel suo complesso, con riguardo alla commisurazione dei risarcimenti».

riformatore del d.lgs. n. 23 del 2015»⁽²⁸⁾ – nonché degli altri criteri desumibili in chiave sistematica dall'evoluzione della disciplina dei licenziamenti: numero dei dipendenti occupati, dimensione dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti, vale a dire gli stessi criteri indicati per l'indennità risarcitoria, da 12 a 24 mesi, dall'articolo 18, comma 5, della legge n. 92/2012, che peraltro precisa con «onere di specifica motivazione». Un onere di specifica motivazione non menzionato dalla Corte, ma anch'esso desumibile dal sistema, come ha ribadito la giurisprudenza di legittimità a proposito dell'articolo 8 della legge n. 604/1966⁽²⁹⁾.

7. Anche ammesso che il giudice debba attenersi ai criteri previsti dalla Corte in motivazione, come gli stessi devono essere applicati e, in particolare, che ruolo deve avere l'anzianità di servizio nella quantificazione dell'indennità?

A me pare che, anche in base alle indicazioni della Corte nella parte motiva, debba avere un ruolo prioritario l'anzianità di servizio, come si desume dall'utilizzazione, nell'ambito di una sentenza estremamente controllata, del termine “innanzi tutto”, corroborato dal richiamo alla prescrizione della legge delega n. 183/2014, non dichiarata incostituzionale; e come risulta dal sistema, dal momento che, anche nell'applicazione giurisprudenziale dell'articolo 8 della legge n. 604/1966 e del “nuovo” articolo 18 Stat. lav., l'anzianità di servizio ha sempre avuto un rilievo logicamente prioritario.

Va da sé che, anche affermato il ruolo prioritario dell'anzianità di servizio, l'ampia banda di oscillazione consentita al giudice – oggi tra 6 e 36 mesi, molto superiore, dunque, rispetto a quella riservata dalla c.d. legge Fornero (tra 12 e 24 mesi) e dall'articolo 8 della legge n. 604/1966 (oggi tra 3 e 6 mesi) – non si è fatto un grande passo avanti: non ne viene guidata l'ampia discrezionalità valutativa riservata al giudice. E ciò, come se l'enunciazione dei criteri su cui puntualmente si sofferma la Corte costituzionale fosse un mero *flatus vocis*. Ma, proprio a scongiurare questo rischio, ben può, anzi dovrebbe, essere recuperata in via interpretativa la normale cadenza – 2 mesi per ogni anno di servizio – prevista dal decreto legislativo n. 23/2015, in attuazione della legge delega (articolo 1, comma 7, lettera c, legge n. 183/2014), non dichiarata incostituzionale.

Come è stato sottolineato⁽³⁰⁾, il meccanismo di indicizzazione dell'indennità correlata alla maturazione dell'anzianità, come previsto dall'articolo 3, comma 1, non è stato, in quanto tale, oggetto di specifica censura da parte della Corte, che ha riguardato la determinazione dell'indennità in modo rigido,

⁽²⁸⁾ Cfr. punto 15 del *Considerato in diritto* della sentenza della Corte.

⁽²⁹⁾ La determinazione dell'indennità tra il minimo ed il massimo è censurabile in caso di motivazione assente, illogica o contraddittoria (cfr., per tutte, Cass. 5 gennaio 2001, n. 107; Cass. 15 maggio 2006, n. 11107; Cass. 26 gennaio 2012, n. 1086).

⁽³⁰⁾ Cfr. A. MARESCA, *op. cit.*, 241.

«perché non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio», con la conseguenza dell'«impossibilità di incrementare l'indennità, fornendo la relativa prova»⁽³¹⁾.

Come dire che, a partire dalla determinazione dell'indennità in relazione all'anzianità di servizio, il giudice potrà incrementarla, sulla base degli altri criteri⁽³²⁾. E si può condividere che questo fosse l'intento che ha animato la Corte costituzionale, quando non ha considerato in sé illegittima la quantificazione dell'indennità dovuta al lavoratore ingiustamente licenziato sulla base dell'anzianità di servizio, ma il fatto che tale quantificazione fosse immune da ogni verifica finalizzata a riscontrarne l'adeguatezza.

8. Se si tende a ritenere che la forza espansiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 1, si estenda anche ai disposti di cui all'articolo 9 e all'articolo 10 del decreto legislativo n. 23/2015, che l'articolo 3, comma 1, richiamano espressamente⁽³³⁾, sicuramente non toccato, in quanto non oggetto del giudizio di costituzionalità, è l'articolo 4, relativo al vizio di forma e di procedura.

Esso, come è noto, nel decreto legislativo n. 23/2015 segue il medesimo criterio dell'indennità collegata all'anzianità di servizio, ma ad importi dimezzati (un mese ogni anno) e tra minimi e massimi più bassi (2-12 mesi). Non credo che, a questo punto, la norma in parola contrasti «sicuramente», come qualcuno ha osservato⁽³⁴⁾, con il principio di eguaglianza e ragionevolezza. La sanzione indennitaria per il vizio procedurale e formale – che ho sempre reputato problematica⁽³⁵⁾ – non segue la stessa logica della sanzione indennitaria per vizio sostanziale⁽³⁶⁾.

E ben potrebbe stare validamente in piedi quella prevista dall'articolo 4 del decreto legislativo n. 23/2015, senza contraddizione, se si considera che, se il vizio formale o procedurale nasconde un vizio sostanziale, su richiesta del la-

⁽³¹⁾ Cfr. C. cost. n. 194/2018, cit., punto 12.1 del *Considerato in diritto*.

⁽³²⁾ Cfr. A. MARESCA, *op. cit.*, 241 ss., che sottolinea che l'onere della prova è in capo al lavoratore.

⁽³³⁾ Pongono tuttavia il problema circa la natura del rinvio, contenuto nelle norme citate, all'art. 3, comma 1, dichiarato incostituzionale, G. PROIA, *op. cit.*, e M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, in *MGL*, 2018, n. 1, 86 ss. Pone un problema specifico relativamente all'art. 10 A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, in *q. Rivista*, 2019, n. 1, 226.

⁽³⁴⁾ Cfr. M.T. CARINCI, *op. cit.*, 25.

⁽³⁵⁾ Cfr. il mio *Il licenziamento disciplinare e i rimedi al recesso illegittimo*, in *RIDL*, 1996, n. 1, I, 39 ss.

⁽³⁶⁾ Lo rileva anche C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, 2019, n. 2, 163 ss.

voratore, il giudice applica la tutela di cui agli articoli 2 e 3 dello stesso decreto legislativo.

Del resto non si comprende la ragione per cui l'evanescente criterio della commisurazione dell'indennità in base «alla gravità della violazione» prevista dalla c.d. legge Fornero (articolo 18, sesto comma, Stat. lav.) dovrebbe essere migliore criterio dell'indennizzazione in base all'anzianità di servizio.

9. Le riflessioni in ordine alla attesissima sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 si concludono, di norma, o con un invito al legislatore a razionalizzare un quadro normativo indubbiamente sofferente ⁽³⁷⁾ ovvero con un invito alla cautela nell'ipotizzare, in un'area così sismica, un intervento legislativo non ispirato da linee riformatrici condivise.

Non vi è dubbio che il tormentato abbandono della reintegrazione quale rimedio generale nel caso di licenziamento illegittimo sia avvenuto all'insegna di ripetuti compromessi politici tra fautori ed oppositori e non all'insegna di un razionale disegno di riforma.

Il primo compromesso si è realizzato con la c.d. legge Fornero, che ha lasciato nel regime indennitario (visto con gli occhi di oggi tutto sommato ragionevole, con la sua escursione tra 12 e 24 mesi) margini di applicazione della reintegrazione di incerta *ratio* e decifrazione, che esaltano la discrezionalità valutativa del giudice ⁽³⁸⁾. Il secondo compromesso si è realizzato con il c.d. *Jobs Act*, che pure ha ridotto l'incerta *enclave* ancora riservata alla reintegrazione, ma ha riservato il nuovo regime solo agli assunti dal 7 marzo 2015.

Ora su questo nuovo regime, destinato nel tempo a soppiantare il precedente, si è abbattuto prima il decreto-legge n. 87/2018 (c.d. decreto dignità), convertito dalla legge n. 96/2018, portando l'indennizzo minimo a 6 mesi e quello massimo a 36 mesi ⁽³⁹⁾, poi la sentenza della Corte costituzionale, che ha pure

⁽³⁷⁾ Lo rilevano giustamente, tra gli altri, L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 293, il quale invita tuttavia alla cautela nel formulare proposte di riforma legislativa, prima di avere svolto «una riflessione dottrinale non meramente critica», A. TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e "decreto dignità")*, in *q. Rivista*, 2019, n. 1, 256 ss., il quale propone una riconduzione a sistema della disciplina, e P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta* (nota a C. cost. n. 194/2018, cit.), in *RIDL*, 2018, n. 4, II, 1050 ss., il quale, pur scettico sulle possibilità di interventi razionalizzatori nell'attuale quadro politico, non rinuncia a formulare proposte allineate alla recente riforma francese.

⁽³⁸⁾ Si pensi ad es. all'inconsistente distinzione, nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, tra insussistenza o manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento, giustamente espunta dal d.lgs. n. 23/2015.

⁽³⁹⁾ Ciò che in effetti cambiava, e non di poco, la prospettiva regolatoria, innalzando il regime risarcitorio per i lavoratori con minore anzianità, che erano quelli su cui si appuntava maggiormente l'attenzione sia dell'ordinanza di rimessione sia della Corte.

reso l'indennizzo variabile, dunque, salvi i correttivi interpretativi proposti, non calcolabile.

Ve ne sarebbe abbastanza, allora, per reclamare un intervento razionalizzatore. Ma un'osservazione disincantata e realistica, che tenga conto delle difficoltà già richiamate di un intervento veramente razionalizzatore, suggerisce al momento di stare a guardare, affidandosi alla responsabilità della giustizia del lavoro.

10. Lo scrivere sull'intervento della Corte costituzionale dopo la valanga di commenti che l'ha contrassegnato, se fornisce l'opportunità di confrontarsi con opinioni dottrinali più mature, fornisce pure l'opportunità di cogliere i primi segnali del modo in cui i giudici del lavoro si stanno orientando nel dare corso alle indicazioni della Corte.

Con tutte le cautele del caso, dal momento che il campione è limitato, non sembra che i timori avanzati da parte della dottrina circa l'apertura di scenari in cui il costo del licenziamento, lasciato sostanzialmente ad un giudizio di equità, sarebbe divenuto praticamente incalcolabile, siano fondati. Dalla, per vero non abbondante, giurisprudenza ad oggi conosciuta, sembra trovare conferma l'ipotesi interpretativa sopra abbozzata, vale a dire che i giudici, nel determinare l'ammontare dell'indennità risarcitoria, assumono come base di partenza l'anzianità di servizio, secondo la cadenza prevista dal decreto legislativo n. 23/2015, con adattamenti che, richiamando ora l'uno ora l'altro dei criteri indicati dalla Corte, non conducono ad allontanamenti decisivi rispetto agli importi previsti dal decreto legislativo n. 23/2015, prima dell'intervento della stessa ⁽⁴⁰⁾. E non mancano decisioni che teorizzano espressamente la

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Trib. Cosenza ord. 20 febbraio 2019, che, a fronte di un'anzianità di servizio di 6 anni, liquida un'indennità pari a 15 mensilità di retribuzione in ragione del comportamento tenuto dal datore di lavoro nel corso del tentativo di conciliazione; Trib. Roma 23 novembre 2018, che, a fronte di un'anzianità di servizio di 4 anni e 5 mesi, liquida un'indennità pari a 9 mensilità di retribuzione, non esistendo «valida ragione che possa giustificare, anche dopo l'intervento della Corte costituzionale, un risarcimento superiore, e ciò proprio alla luce del criterio del “comportamento e delle condizioni delle parti”»; Trib. Napoli 26 febbraio 2019, che, a fronte di un'anzianità di servizio di meno di un anno, liquida un'indennità pari a 4 mensilità di retribuzione. Nell'area di applicazione dell'art. 9 del d.lgs. n. 23/2015, cfr. Trib. Alessandria 29 novembre 2018, che, a fronte di un'anzianità di servizio di quasi 2 anni, liquida un'indennità pari a 3 mensilità di retribuzione in ragione delle «ridotte dimensioni della società, del fatto che la violazione commessa dalla lavoratrice avrebbe potuto comportare l'applicazione di una sanzione conservativa»; Trib. Cosenza 20 febbraio 2019, cit., che, a fronte di un'anzianità di servizio di 13 mesi, liquida un'indennità pari a 2 mensilità di retribuzione «considerata l'anzianità di servizio del ricorrente e il suo comportamento tenuto nel corso del procedimento disciplinare». Per contro, Trib. Genova ord. 21 novembre 2018, pur a fronte di un'anzianità di servizio di 10 mesi,

priorità del criterio dell'anzianità di servizio, specie là dove essa «determina un punto di partenza considerevole nella determinazione dell'indennità»⁽⁴¹⁾.

11. Dunque, sembra potersi dire che, stando alle prime pronunce, la giustizia del lavoro stia usando con ragionevolezza i margini di discrezionalità attribuita dalla Corte. E non sembra, di conseguenza, verificarsi quella previsione “catastrofista” per cui il risarcimento nel c.d. *Jobs Act*, contrariamente alla linea ispiratrice del legislatore, avrebbe potuto essere addirittura superiore a quello previsto dalla c.d. legge Fornero.

Solo comunque all'esito di una significativa esperienza applicativa avrebbe senso per il giurista accademico, calato nella realtà e consapevole del delicato bilanciamento degli interessi in gioco, avventurarsi lungo la strada di proposte razionalizzatrici eque e praticabili.

liquida un'indennità pari a 6 mensilità di retribuzione, ma sottolineando i dubbi sull'operazione di scissione della società e dunque sul frazionamento dell'anzianità.

⁽⁴¹⁾ Cfr. Trib. Cosenza ord. 20 febbraio 2019, cit.