

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*Spigolature di dottrina
sulla sentenza n. 194/2018
della Corte costituzionale
e sul suo "dopo"*

Paolo Tosi

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

Spigolature di dottrina sulla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e sul suo “dopo”

Paolo Tosi

Sommario: 1. Sulla “tecnica” adottata dalla Corte. – 2. Diritto comune e diritto “secondo”. – 3. Sul “meccanismo” dei 2 mesi di retribuzione per ogni anno di servizio. – 4. Sulle funzioni del risarcimento del danno. – 5. Sulla diversificazione dei regimi del licenziamento in ragione del fattore temporale.

1. Dopo la pubblicazione del mio scritto sul n. 1/2019 di *questa Rivista* ⁽¹⁾ alcuni saggi comparsi nel medesimo fascicolo mi hanno stimolato a tornare sul tema pensando all’influenza del background culturale dell’interprete in ordine a talune critiche rivolte alla sentenza nonché a certe letture della sua motivazione a supporto di operazioni ermeneutiche intorno al testo dell’articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 o ad altri articoli del medesimo decreto.

Il titolo del saggio di Lorenzo Zoppoli ⁽²⁾ è indubbiamente suggestivo, specie considerando che architettare nella nostra lingua significa «progettare, disegnare, ideare tecnicamente nei particolari strutturali» ma anche «macchinare, ordire, tramare» ⁽³⁾; suggestivo e al tempo stesso fedelmente espressivo del dissenso di chi avrebbe preferito un intervento demolitorio della Corte, come auspicato dall’ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma, in vista della piena restaurazione dell’originario articolo 18 della legge n. 300/1970 o di soluzioni provviste di analogia portata anziché un intervento sostanzialmente stabilizzatore quale innegabilmente operato dalla sentenza n. 194/2018. Eloquente la “*possibile pars construens*” prospettata nel paragrafo conclusivo:

* Professore emerito di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Torino.

⁽¹⁾ P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo “dopo”*, 244 ss.

⁽²⁾ L. ZOPPOLI, *Il licenziamento “de-costituzionalizzato”: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, 277 ss.

⁽³⁾ Così il *Vocabolario della lingua italiana* di Devoto-Oli.

«invece della reintegrazione o dell'integrale risarcimento del danno», «una sorta di indennità occupazionale a carico del datore di lavoro rapportata alla retribuzione dovuta da ultimo e dovuta fino a una nuova assunzione»⁽⁴⁾.

Criticando, nella prima parte del saggio, la “tecnica riduzionista” adottata dalla Corte mediante l'utilizzo di «un supermicroscopio, mettendo sotto la lente unicamente l'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015»⁽⁵⁾ (il che in realtà non è stato, perché la stessa Corte ha avvertito di dover estendere, ed effettivamente ha esteso, il proprio orizzonte al nuovo regime nel suo complesso, ed anche in relazione a quello precedente), l'Autore indulge alla suggestione delle categorie. Afferma infatti che tale tecnica «non è [...] priva di conseguenze pratiche» in quanto, se essa è ricondotta alla «tassonomia delle sentenze di accoglimento, appare coerente con la delimitazione dell'oggetto anche la stesura del dispositivo rigorosamente di tipo “ablativo”, senza nessun richiamo alle più ricche motivazioni», con la conseguenza che «la sentenza non può [...] ricondursi alle manipolatorie, meno che mai additive»⁽⁶⁾.

Al di là della suggestione delle categorie, di cui il mio maestro Rodolfo Sacco mi ha insegnato a diffidare, la sola scriminante provvista di senso giuridico tra sentenze manipolative e non è quella fra le sentenze che modificano il testo normativo e le sentenze che lo abrogano *in toto* o si limitano a fornirne l'interpretazione costituzionalmente corretta. Lo rileva puntualmente Mariella Magnani nel saggio intitolato *Il “Jobs Act” e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*⁽⁷⁾ e sul quale tornerò più avanti.

Senza dire che l'intensità della manipolazione dipende non dalla quantità di modifiche, ablative e/o additive, recate al testo normativo ma dalla loro valenza qualitativa. Si pensi, per assurdo, all'ipotesi della valenza di una caducazione dell'avverbio “anche” nel testo dell'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 81/2015.

Nel caso in esame la riduzione dell'intervento alla mera ablazione di una frase senza interventi additivi, pur lasciando la norma monca, e se vogliamo “brutta”, è in realtà priva di conseguenze pratiche quanto alla sua applicazione, come meglio vedremo più avanti, e trova agevole spiegazione nella preoccupazione della Corte di rendere il meno evidente possibile il superamento del discrimine (questo pure l'unico con senso giuridico) tra manipolazione adeguatrice e manipolazione creativa, cioè “giusdicente”, per usare l'espressione

⁽⁴⁾ L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 294.

⁽⁵⁾ Ivi, 280.

⁽⁶⁾ Ivi, 281.

⁽⁷⁾ M. MAGNANI, *Il “Jobs Act” e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*, in *q. Osservatorio*.

di Armando Tursi ⁽⁸⁾, le cui considerazioni sull'esercizio di funzione sostanzialmente legislativa da parte della sentenza n. 194/2018 condivido, mentre fermerò più avanti l'attenzione su altre che non condivido.

2. Sempre muovendo dalla critica della impostazione riduttiva adottata dalla Corte, con conseguente rinuncia ad "architettare", Zoppoli lamenta che la Corte non abbia posto rimedio alle (ed anzi abbia accresciuto le) "aree di fragilità" della vigente disciplina dei licenziamenti; segnatamente, che non abbia favorito un processo di riconduzione di tale disciplina nella «cornice contrattuale», e ciò «con riguardo sia all'efficacia estintiva del recesso sia alla identificazione del danno causato dal recesso illegittimo e alla (conseguente) quantificazione del risarcimento» ⁽⁹⁾.

Ma per il diritto comune nei contratti di durata privi di scadenza è pacificamente immanente il principio generale del libero recesso con congruo preavviso e di tale principio non è lecito liberarsi affermando che si tratta di un «istituto non previsto [...] per tutti i contratti di durata» ⁽¹⁰⁾. Anzi, esso opera proprio quando la legge tace, come, per citare un esempio ben noto al giuslavorista, nel caso degli accordi sindacali sprovvisti di termine.

Questo spiega perché la disciplina del licenziamento sia da sempre considerata speciale rispetto alla disciplina codicistica dell'inadempimento contrattuale e perché le conseguenze del licenziamento illegittimo trovino esaustiva regolazione nell'ambito della prima malgrado essa sia andata facendosi sempre più articolata nel tempo.

Dovrebbe andare da sé che la discussione sul merito delle scelte in materia del legislatore (ma anche della Corte costituzionale) appartenga alla politica del diritto anche dall'angolazione del temperamento degli interessi nella prospettiva costituzionale essendo da evitare la deriva di una interpretazione politica delle norme in cui quelle scelte tempo per tempo si traducono.

Tornando al saggio di Zoppoli, fulcro della sua architettura è la critica alla sentenza per dar luogo ad un «cortocircuito logico-giuridico» laddove ritiene l'idoneità del licenziamento ingiustificato a produrre l'effetto estintivo del rapporto pur qualificandolo illecito per contrarietà alla norma imperativa contenuta nell'articolo 1 della legge n. 604/1966.

Questo il primo polo del cortocircuito: «se il recesso è illecito perché in contrasto con norma imperativa, posta a tutela di interessi che vanno [...] al di là

⁽⁸⁾ 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.

⁽⁹⁾ L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 289.

⁽¹⁰⁾ *Ivi*, 286.

degli interessi delle parti, il legislatore non può poi consentire la produzione dei suoi effetti»⁽¹¹⁾.

Si tratta però di un postulato che non regge alla verifica del nostro ordinamento positivo. Basta por mente all'ampia elaborazione civilistica in tema di nullità c.d. virtuali (in quanto non testualmente disposte) e, dall'angolazione prettamente giuslavoristica, del pacifico orientamento giurisprudenziale secondo cui, nell'area della tutela obbligatoria, l'adozione del licenziamento in violazione dell'articolo 7 della legge n. 300/1970 non impedisce che esso produca l'effetto estintivo del rapporto dando, l'illiceità derivante dall'assenza dei presupposti che lo giustificano, esclusivamente titolo al previsto risarcimento/indennizzo⁽¹²⁾. Ciò deve tanto più ritenersi, ovviamente, in un caso come il nostro, nel quale la legge stessa in cui la norma è collocata esclude che la sua violazione paralizzi l'efficacia estintiva del licenziamento.

Questo poi il secondo polo del cortocircuito: «Se invece siamo fuori delle norme imperative, allora il legislatore potrebbe anche configurare l'indennità in modo distinto dalla problematica risarcitoria, proponendosi solo di sanzionare un illecito»⁽¹³⁾.

Ma anche questo postulato non regge alla verifica, atteso l'utilizzo promiscuo dei due termini che il legislatore correntemente fa. Basta pensare all'articolo 2043 c.c. che, sotto la rubrica *Risarcimento per fatto illecito*, statuisce l'obbligo di "risarcire il danno". Del resto anche l'Autore pare riconoscere che la differenziazione delle due categorie rischia di risultare sterilmente terminologica. Ma il postulato gli serve per aggiungere che «in questo secondo caso la tematica risarcitoria sarebbe ultronea e da rapportare al danno integrale provocato e da provare in giudizio»⁽¹⁴⁾, tentando per questa via di dare un qualche supporto a chi predica assertivamente la risarcibilità del c.d. danno ulteriore (o integrale) provocato direttamente dal licenziamento illegittimo oblitando il diritto vivente circa la specialità della relativa disciplina sanzionatoria⁽¹⁵⁾.

3. Il richiamo al diritto vivente della disciplina risarcitoria delle varie ipotesi di licenziamento, tra loro e nei diversi regimi, è indubbiamente il filo condut-

⁽¹¹⁾ Ivi, 288.

⁽¹²⁾ Rinvio a P. TOSI, *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo*, in *ADL*, 2010, n. 3, 603 ss.

⁽¹³⁾ L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 288.

⁽¹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁾ Tuttavia a pag. 292, allorché richiama gli scritti di Carinci e Speciale (a proposito dei quali si veda il mio citato saggio in *q. Rivista*), la sua adesione alle affermazioni ivi contenute mi pare assai sfumata.

tore del saggio di Arturo Maresca ⁽¹⁶⁾. Il quale però si avventura poi nel tentativo di recuperare, all'interno della nuova norma prodotta dall'intervento manipolativo della Corte costituzionale, il parametro di quantificazione del minimo di 2 anni di mensilità per ogni anno di anzianità fino a 36. A tal fine muove dalla premessa che «il meccanismo di indicizzazione dell'indennità correlata alla maturazione dell'anzianità, così come previsto dall'articolo 3, comma 1 (“due mensilità [...] per ogni anno di servizio”), non è stato, in quanto tale, oggetto di una specifica censura da parte della Corte»; da tale premessa trae la conseguenza che quindi è lecito ritenere che la rimozione di tale dato testuale nel dispositivo della sentenza sia avvenuta «per motivi tecnico-formali e non per la sua illegittimità»; perviene per questa via alla conclusione che il meccanismo stesso «appare affidabile e, perciò, utilizzabile in sede applicativa» ⁽¹⁷⁾.

Del resto, osserva l'Autore, «la stessa cosa si è verificata per quanto riguarda il riferimento alla retribuzione utilizzata per il TFR che, espunta dal dispositivo, viene invece recuperata nella motivazione della sentenza n. 194/2018» ⁽¹⁸⁾.

Senonché il recupero di quel meccanismo sarebbe qui operato non dalla Corte stessa in motivazione ma da un saggio dottrinale che ritiene di poterlo da essa desumere ⁽¹⁹⁾. Insomma, una sorta di manipolazione del testo normativo per via interposta.

Peraltro, l'imposizione al giudice della misura rigida di due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità fino a 36 appare arbitraria alla stregua del complessivo impianto della sentenza 194, giacché proprio sulla sua potenzialità di determinare un identico trattamento di situazioni diverse la Corte ha in prima battuta fondato la dichiarazione di incostituzionalità ai sensi dell'articolo 3 Cost. del criterio predeterminato e rigido previsto dall'articolo 3, comma 1. Basta pensare che l'identico risarcimento di 3 anni di retribuzione spetterebbe, ad esempio, al dipendente di una media impresa con anzianità di 18 anni, il quale abbia subito reperito una nuova occupazione e al dipendente di una grande impresa con anzianità di 30 anni, rimasto disoccupato.

Senza dire che perfino i riferimenti esplicitamente offerti in sentenza per l'applicazione della nuova norma, non essendo entrati nel dispositivo (che è quel che fa fede in *GU* e nelle banche dati) restano, nel nostro ordinamento

⁽¹⁶⁾ 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.

⁽¹⁷⁾ *Ivi*, 241.

⁽¹⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁹⁾ Va tuttavia riconosciuto all'A. il merito di avere (a differenza di altri: cfr. ancora il mio saggio in *q. Rivista* citato) almeno elaborato una suggestiva argomentazione a sostegno della sua proposta integrativa della nuova norma.

positivo, autorevoli suggerimenti ai giudici ordinari; i quali comunque, anche in mancanza di tali riferimenti, non avrebbero potuto non estrarre il parametro dell'ultima retribuzione utile per il TFR dal sistema della stesso decreto legislativo n. 23/2015 (articolo 2, comma 2) e i criteri orientativi per la quantificazione del risarcimento dal sistema complessivo della legislazione speciale sui licenziamenti (articolo 8, legge n. 604/1966, e articoli 5 e 7, legge n. 92/2012).

Armando Tursi, critico lui pure sul recupero *de iure condito* della anzidetta rigidità, lo propone però *de iure condendo* malgrado poc'anzi abbia ricostruito in termini molto ampi la discrezionalità del giudice nell'adattamento del risarcimento alle peculiarità del caso concreto.

4. Non convince poi la diversità di funzione da Tursi attribuita al risarcimento a seconda che si accompagni o meno alla reintegra. Anche nel secondo caso l'atto è illegittimo e se è vero che solo in tal caso non è deducibile l'*aliunde perceptum*, è altresì vero che il regime della deducibilità è diversamente articolato anche nelle diverse ipotesi in cui l'atto non produce l'effetto estintivo del rapporto (così nel quarto comma dell'articolo 18 e nell'articolo 2 del decreto legislativo n. 23/2015 rispetto al quinto comma dell'articolo 18 e all'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo n. 23/2015, ma anche in queste due norme tra loro). Ciò conferma che, nel contesto della disciplina speciale, il risarcimento risponde ad una funzione complessa in cui la componente di indennizzo del danno si mescola con la componente sanzionatoria/dissuasiva e il diverso peso dell'una e dell'altra componente dipende dalla diversità di reazione che la disciplina speciale prevede per le varie tipologie di licenziamento *contra legem*. Insomma, è fallace ogni pretesa di ricondurre la disciplina speciale del risarcimento da licenziamento illegittimo a quella codicistica da inadempimento *ex* articoli 1218 e 1453 c.c. o da fatto illecito *ex* articolo 2043 c.c. per invocare le figure del danno emergente e del lucro cessante nonché le varie voci di danno usualmente correlate al secondo ma anche al primo, ad esempio per la violazione del dovere di sicurezza (essendo largamente valorizzata la derivazione contrattuale del dovere sancito dell'articolo 2087 c.c.). L'Autore ritiene altresì pacifica la ripercussione della sentenza 194 sulla legittimità costituzionale dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 23/2015 collocando il vizio formale e quello sostanziale nella medesima prospettiva del danno civilistico. Ma il parallelo è improprio per i motivi che ho esposto prima, dovendosi, proprio alla stregua della impostazione data dalla Corte alla questione di costituzionalità delibata, valutare la ragionevolezza della diversità di conseguenze risarcitorie nel contesto del regime speciale dei limiti al potere di recesso del datore di lavoro. Nel quale contesto trova una sua ragione apprezzabile il diverso trattamento del licenziamento ingiustificato e del licenziamento che è lecito presumere giustificato o che addirittura tale è stato ritenuto dal medesimo giudice.

Sono quindi condivisibili le considerazioni sul punto, proprio dalla angolazione dell'articolo 3 Cost., di Andrea Bollani nel § 8 del suo saggio ⁽²⁰⁾.

Mentre anche il saggio di Magnani cede alle lusinghe del recupero del meccanismo rigido delle due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità fino al diciottesimo sebbene sia per il resto saldamente ancorato all'ordinamento positivo tanto da individuare puntualmente al suo interno le acquisizioni fondamentali che la sentenza 194 trasmette all'interprete del *Jobs Act*. In particolare, l'Autore sottolinea la conferma della specialità della disciplina risarcitoria in materia di licenziamento collocando nel suo prisma anche quella per vizio formale.

5. Nessuno dei saggi pubblicati insieme al mio citato ha affrontato *ex professo* la questione della diversificazione *ratione temporis* dei regimi del licenziamento, neppure quelli di Bollani e Magnani, i quali pur se ne sono occupati, ma dall'angolazione della contraddittorietà in cui cade la sentenza laddove valorizza la *ratio* occupazionale per argomentare la legittimità della diversificazione e poi la oblitera nella delibazione del contenuto dell'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 quanto al meccanismo di quantificazione dell'indennità risarcitoria sulla base esclusiva dell'anzianità di servizio. Entrambi gli Autori sembrano comunque concordare con la decisione della Corte circa la legittimità costituzionale di detta diversificazione ⁽²¹⁾.

La questione è tuttavia tra le più care alla dottrina ostile al *Jobs Act* sin dal 2015 ad oggi, quando capita frequentemente, nei tanti seminari dedicati al commento della 194, di ascoltare critiche alla sentenza 194 in quanto la scriminante della successione temporale tra la disciplina vigente prima del *Jobs Act* e quella dallo stesso introdotta sarebbe stata utilizzata impropriamente dalla Corte giacché tale scriminante postulerebbe, secondo la giurisprudenza della stessa Corte, l'identità dei rapporti regolati dalle due discipline nonché la sostituzione della vecchia disciplina da parte della nuova, cioè la loro non coesistenza.

Per quanto concerne il primo profilo non si riesce a comprendere perché l'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 riguarderebbe categorie o situazioni diverse da quelle regolate dall'articolo 18, quinto e settimo comma, della legge n. 300/1970 trattandosi in entrambe le fonti di disposizioni relative al licenziamento privo di giusta causa e giustificato motivo oggettivo e soggettivo intimato in rapporti di lavoro subordinato. Certo, i confini dell'area della legittimità sono diversamente disegnati, ma ciò caratterizza ap-

⁽²⁰⁾ 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, 214 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. in particolare la nota 13 del saggio di Bollani, richiamato alla nota precedente.

punto la diversità dei regimi. Anzi, può aggiungersi che questa complessiva diversità preclude il raffronto, sul versante dell'articolo 3 Cost., tra singoli tratti dell'uno e dell'altro e tra le diverse conseguenze sanzionatorie disposte per l'illegittimità in ciascuno di essi.

Così, ad esempio, è improprio il raffronto, dall'angolazione dell'articolo 3 Cost., tra le diverse entità dell'indennità risarcitoria dopo le modifiche apportate al primo dei detti articoli dal c.d. decreto dignità giacché esse sono comunque collocate nel contesto di tutele di diverso complessivo spessore rispetto a quelle previste dai menzionati commi dell'articolo 18. È peraltro un raffronto cui indulge la quasi totalità dei commentatori della sentenza n. 194/2018.

Per quanto concerne il secondo profilo, non si riesce a comprenderne il fondamento, contraddetto, ad esempio, dalla legittimità dei diversi regimi di trattamento pensionistico (retributivo o contributivo) che, pur separati dalla anteriorità o meno dei rapporti di lavoro subordinato rispetto alla data di entrata in vigore della legge c.d. Dini, hanno entrambi continuano a coesistere.