



*Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento
dei valori tra tecniche di controllo e
strumenti di tutela*

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 428/2020

© Carlo Zoli 2020
Università di Bologna
carlo.zoli@zoli-studiolegale.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela^α

Carlo Zoli
Università di Bologna

1. Premessa: la centralità del tema dei licenziamenti.	2
2. Le soluzioni accolte dal legislatore a partire dal 2010: a) le tecniche di controllo sull'esercizio del potere di licenziare.	2
3. Segue: b) le tecniche sanzionatorie.	6
4. I valori e il relativo bilanciamento.	11
5. Segue: b) la sentenza n. 194/2018.	14
6. L'impatto della sentenza n. 194/2018 sull'ordinamento italiano.	17
7. I problemi interpretativi aperti.	22
8. Tra incongruità e ulteriori profili di incostituzionalità.	26
9. Le prospettive di ri-regolazione.	30

^α Il presente saggio, terminato a febbraio 2020, è destinato agli "Studi in onore di Oronzo Mazzotta" e al volume curato da R. Del Punta, *Valori e tecniche del diritto del lavoro*, Firenze University Press.

1. Premessa: la centralità del tema dei licenziamenti.

Nell'ultimo decennio il tema dei licenziamenti è ritornato centrale ed ha contribuito in modo decisivo a riportare al cuore del dibattito l'identità, le finalità stesse e quindi il significato ultimo del diritto del lavoro, i valori su cui esso si fonda, gli equilibri e i disequilibri che caratterizzano i rapporti di lavoro ed i poteri delle rispettive parti. Ciò ha, tra l'altro, indotto la dottrina a ragionare nuovamente sul metodo giuridico, sulle tecniche utilizzabili, sulla teoria dell'interpretazione, sul ruolo dei giudici, sui nodi fondamentali dello stesso ordinamento giuridico¹.

La continua, rapsodica ed ondivaga evoluzione della legislazione più recente ha riguardato tanto le tecniche di controllo, quanto le regole sanzionatorie e richiede ormai un approccio necessariamente sistematico e soltanto in un secondo momento esegetico.

Pertanto, dopo aver sinteticamente ricostruito le soluzioni accolte dalla legge e dalla giurisprudenza a partire dal 2010, è necessario fissare qualche punto fermo o, quanto meno, individuare alcuni principi di base dai quali prendere le mosse, nella consapevolezza che, se nemmeno ciò fosse possibile, qualunque ragionamento risulterebbe sempre opinabile. Un approccio metodologicamente corretto impone, quindi, di partire dalle fondamenta, cioè dai valori e dai principi, dai c.d. vincoli di sistema, costituzionali e sovranazionali, delineando i limiti all'intervento del legislatore e dei giudici.

In secondo luogo, è necessario ricostruire i problemi pratico-applicativi favoriti dalla cattiva stesura delle norme e dalla continua sovrapposizione delle stesse, oltre che dal più recente intervento della Corte costituzionale.

Da ultimo, vanno affrontate eventuali prospettive di ri-regolazione della materia, soffermandosi sull'*an*, sul *quando* e sul *quomodo* di un possibile nuovo intervento legislativo.

2. Le soluzioni accolte dal legislatore a partire dal 2010: a) le tecniche di controllo sull'esercizio del potere di licenziare.

Le novità intervenute a partire dal Collegato Lavoro si sono succedute tanto sul piano della definizione delle causali, quanto su quello rimediale, oltre che sui termini per l'impugnazione dei licenziamenti, ovvero per la proposizione dell'azione.

¹ Cfr., fra gli altri, V. BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in *RIDL*, 2019, I, p. 175 s.; R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*, Franco Angeli, 2012, p. 329 ss.; O. MAZZOTTA, *Nel laboratorio del giuslavorista*, in *Labor*, 2017, p. 5 ss.

Presupposti, motivi e sanzioni apparentemente si muovono su piani diversi, ma a ben vedere si combinano², a maggior ragione alla luce delle nuove regole sanzionatorie, in particolare a partire dalla legge n. 92/2012, che collega i rimedi al tipo di vizio graduandoli anche in relazione alla gravità del medesimo.

Prendendo le mosse dalle tecniche di controllo sull'esercizio del potere di licenziare, è ben noto come il legislatore con l'art. 2119 c.c. e con l'art. 3, l. n. 604/1966 ne abbia individuato i presupposti giustificativi rispettivamente attraverso una clausola generale (la giusta causa) e una norma generale (quella che prevede il giustificato motivo soggettivo e oggettivo). In altre parole, ha utilizzato concetti elastici delineando le fattispecie in modo ampio, anche se non indeterminato, se si esclude il caso della giusta causa. Di conseguenza si è valorizzata la discrezionalità giudiziale, la cui estensione è stata in qualche modo contenuta o guidata dall'autonomia collettiva con riguardo alle ragioni di tipo soggettivo, mentre ha dato adito a letture piuttosto contrastanti relativamente al giustificato motivo oggettivo; ciò a dispetto di quanto previsto dall'art. 24, l. n. 223/1991, il quale ha tipizzato in modo tutt'altro che indeterminato le situazioni legittimanti il licenziamento, la cui coincidenza con la causale di cui all'art. 3, l. n. 604/1966 è stata normativamente sancita dall'art. 4, comma 1, l. n. 236/1993³.

A fronte dell'incertezza venutasi a creare, il legislatore ha cercato di circoscrivere l'ampiezza del controllo giudiziale, in generale con la l. n. 183/2010 e nel settore pubblico novellando gli artt. 55 ss., in particolare l'art. 55-quater, d. lgs. n. 165/2001.

Con la legge n. 183/2010 ha cercato di contenere la portata dell'intervento giudiziale restringendone i poteri interpretativi e di controllo⁴. Infatti, con riguardo alla giusta causa ed al giustificato motivo soggettivo ha previsto che "il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo presenti nei contratti collettivi" (art. 30, comma 3).

Nel settore pubblico, invece, ha tipizzato alcune fattispecie esemplificative ed ha quindi cristallizzato determinate condotte antiggiuridiche, in una logica di riduzione della discrezionalità non solo dei giudici, ma anche delle parti sociali.

² Cfr. C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI E F. CARINCI, Cedam, 2017, p. 726 ss.

³ Sul punto, con maggior dettaglio e più ampia argomentazione, cfr. C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d. lgs. n. 23 del 2015*, in *QADL*, 2015, n. 14, p. 78.

⁴ Cfr. sia consentito rinviare a C. ZOLI, *La legge n. 183 del 2010: le novità in materia di licenziamento*, in *ADL*, 2011, p. 840.

Con la legge n. 183/2010 il legislatore è intervenuto anche sul giustificato motivo oggettivo, prevedendo espressamente che il controllo giudiziale "non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro" (art. 30, comma 1).

L'impatto di tali previsioni è stato piuttosto limitato soprattutto sul versante dei licenziamenti per ragioni soggettive ed in special modo nel settore privato. Infatti, con riguardo a giusta causa e giustificato motivo soggettivo, la legge si è in realtà limitata ad attribuire all'autonomia collettiva una funzione meramente qualificatoria dei concetti legali: il riferimento alla contrattazione collettiva non è vincolante e poco aggiunge rispetto al quadro precedente, se si considera quanto già faceva la giurisprudenza. Il problema era (ed è), con ogni probabilità, l'atteggiamento troppo benevolo o tollerante dei giudici in alcuni casi, come quelli dello "scarso" o, meglio, inesatto⁵ rendimento, nonché dei comportamenti tenuti dai lavoratori anche, ma non soltanto, durante la malattia⁶. In proposito si impone il recupero del "principio di responsabilità anche sul versante del lavoro"⁷, in quanto un equilibrato bilanciamento dei valori costituzionalmente protetti non dovrebbe condurre ad offrire tutele a fronte di condotte gravemente censurabili.

Nel settore pubblico l'intervento legislativo è stato certamente più incisivo, ma non può eliminare del tutto la possibilità di un sindacato giudiziale circa la sussistenza dell'elemento intenzionale o colposo⁸ ed in tal modo si rivela costituzionalmente legittimo in quanto opera da un punto di vista oggettivo.

Relativamente al giustificato motivo oggettivo, da un lato, si era affermata una lettura abbastanza condivisa, specie in giurisprudenza, che esigeva l'effettività della scelta organizzativa, il nesso di causalità con il singolo licenziamento effettuato, il rispetto dell'obbligo di *repêchage* sia pur nella versione più leggera dell'inutilizzabilità del lavoratore licenziato in mansioni equivalenti, la correttezza della scelta del lavoratore sul quale far ricadere gli effetti del licenziamento⁹. Tuttavia, un diffuso orientamento

⁵ Così correttamente L. NOGLER, *la disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 626.

⁶ Per una puntuale esemplificazione cfr. P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato*, Mondadori, 2015, p. 7 ss.

⁷ Così B. CARUSO, *Impresa, lavoro, diritto nel Jobs Act*, in *DLRI*, 2016, p. 270.

⁸ Cfr. C. ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in *DLRI*, 2018, p. 691 ss.

⁹ Cfr. C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, 2008, p. 17 s. Sul giustificato motivo oggettivo, le problematiche ricostruttive ed interpretative e l'evoluzione giurisprudenziale intervenuta, i contributi della dottrina, anche monografici, sono numerosi e di grande interesse: cfr., fra i tanti, S. BRUN, *Il*

giurisprudenziale si spingeva ad ammettere un controllo delle finalità perseguite dal datore di lavoro escludendo la legittimità dei licenziamenti adottati per ottenere una più proficua gestione dell'impresa¹⁰. Negli ultimi anni, invece, anche nella scia di quanto sancito dall'art. 30, l. n. 183/2010, la giurisprudenza ha pressoché univocamente riconosciuto il divieto per il giudice di sindacare le ragioni che hanno prodotto le esigenze poste a fondamento della soppressione del posto, ovvero di controllare l'opportunità sociale e la razionalità tecnica delle scelte imprenditoriali¹¹, a meno che non ne emerga la pretestuosità, la discriminatorietà o la natura fraudolenta; ha così circoscritto, come indicato dal Collegato Lavoro, il sindacato giudiziale all'effettività delle ragioni organizzative addotte, se si esclude il caso della rilevanza delle esigenze primarie della persona allorquando si impongono "accomodamenti ragionevoli" a favore dei lavoratori divenuti inidonei alle mansioni¹².

Correttamente il divieto di sindacato di merito non ha inciso sulla configurazione del licenziamento quale *extrema ratio* in quanto tale assunto non comporta per il datore di lavoro l'onere di (non) perseguire un determinato fine, ma semplicemente introduce un ulteriore limite esterno alla cui sussistenza è subordinato l'esercizio del potere di recedere dal rapporto¹³. Anzi, l'estensione del *repêchage* nel frattempo sancita dalla giurisprudenza sino a ricomprendere mansioni non equivalenti e addirittura di livello inferiore¹⁴ è rafforzata dall'ampliamento degli ambiti di legittimo

licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità, Cedam, 2012; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, 2016; S. VARVA, *Il licenziamento economico*, Giappichelli, 2015. Cfr. altresì i saggi raccolti in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017.

¹⁰ Cfr., fra le tante, Cass., 4 febbraio 2012, n. 2874; Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037; Cass., 16 marzo 2015, n. 5173.

¹¹ Cfr., fra le tante, Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, in *FI*, 2017, I, c. 123, con nota di M. FERRARI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e nomofilachia*; Cass., 24 maggio 2017, n. 13015; Cass., 31 maggio 2017, n. 13808; Cass., 11 aprile 2018, n. 8973; Cass., 23 maggio 2018, n. 12794; Cass., 6 settembre 2018, n. 21715; Cass., 18 febbraio 2019, n. 4672; Cass., 18 luglio 2019, n. 19302, in *NGL*, 2019, p. 558; Cass., 11 novembre 2019, n. 29101. Da ultimo per un'efficace ricostruzione della giurisprudenza sul punto cfr. A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento negli approdi nomofilattici della Cassazione*, in *MGL*, 2019, p. 553 ss.

¹² Cfr. Cass., 19 marzo 2018, n. 6798 e Cass., 28 ottobre 2018, n. 27243, in *RIDL*, 2019, II, p. 145 ss., con nota di M. AIMO, *Inidoneità sopravvenuta alla mansione e licenziamento: l'obbligo di accomodamenti ragionevoli preso sul serio dalla Cassazione*.

¹³ Cfr. C. ZOLI, *La legge n. 183 del 2010 ...*, cit., p. 837.

¹⁴ Cfr., fra le tante, Cass., 12 agosto 2016, n. 17091; Cass., 9 novembre 2016, n. 22798; Cass., 18 marzo 2019, n. 6552; Cass., 28 ottobre, 2019, n. 27502; Cass., 11 novembre 2019, n. 29100. Per interessanti ricostruzioni sul punto cfr. E. GRAMANO, *Natura e limiti dell'obbligo di repêchage: lo stato dell'arte alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali*, in *ADL*, 2016, p. 1310 ss.; R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 97 ss.

esercizio dello *ius variandi* compiuta dall'art. 3, d. lgs. n. 81/2015 e, quindi, correlativamente dell'area del debito del lavoratore: del resto, se il licenziamento è adottato davvero per ragioni oggettive, ne consegue l'esigenza che la ricerca di un altro posto di lavoro sia piuttosto vasta rivolgendosi altresì a tutto il complesso aziendale, a prescindere dalla sua articolazione e dislocazione geografica¹⁵. L'unico limite è dato dall'attitudine del lavoratore a svolgere le nuove mansioni, ma a tal fine la giurisprudenza non può fondarsi su dati esclusivamente formali alla luce della rilevanza che specializzazione e professionalità hanno acquisito nei nuovi sistemi produttivi¹⁶.

3. Segue: b) le tecniche sanzionatorie.

Nel settore privato, il legislatore ha scelto di incidere sulle "regole sanzionatorie", visto che non ha avuto il coraggio di riscrivere le "regole di comportamento", ovvero di intervenire sulle causali o presupposti giustificativi, o che comunque, come anticipato, poco è riuscito a fare al riguardo.

Nell'ambito di un'evoluzione legislativa che ha operato "una vera e propria «torsione» del Diritto del lavoro in senso prevalentemente economico"¹⁷, animata cioè dalla finalità di raggiungere "obiettivi economici (aumentare l'occupazione, garantire alle imprese maggiore flessibilità «numerica» nella definizione degli assetti dell'organico, consentire l'esatta definizione del *firing cost*)"¹⁸, l'arretramento delle tutele è innegabile e progressivo.

Il legislatore si è mosso con tecniche sanzionatorie decisamente innovative con la l. n. 92/2012 e con il d. lgs. n. 23/2015, con riguardo tanto allo spazio riservato alla tutela reintegratoria, quanto alla ben diversa estensione della discrezionalità giudiziale, anche se la Corte costituzionale ne ha riavvicinato le logiche quanto meno dal secondo punto di vista.

In particolare la legge n. 92/2012 supera la "contrapposizione secca" tra tutela reale e obbligatoria¹⁹, ma si rivela complessa ed ambigua, tanto più nella misura in cui affida al giudice persino la scelta del tipo di sanzione

¹⁵ F. CARINCI, *All'indomani della Corte Cost. n. 194/2018*, in *ADL*, 2019, p. 476 suggestivamente afferma che si tratta di "un signor *repêchage*".

¹⁶ La giurisprudenza, in effetti, sottolinea che le mansioni nelle quali il datore deve tentare di ricollocare il prestatore di lavoro devono pur sempre essere ricomprese nelle capacità professionali del lavoratore: cfr., fra le tante, Cass., 29 novembre 2016, n. 24265; Cass., 11 maggio 2018, n. 11413; Cass., 27 settembre 2018, n. 23340; Cass., 3 dicembre 2019, n. 31520.

¹⁷ Così V. SPEZIALE, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella Costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, 3, p. 109 ss., spec. 113 s.

¹⁸ Così V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 132 ss.

¹⁹ Cfr. C. CESTER, *op. cit.*, p. 728.

applicabile. In questo modo si torna a valorizzare, per di più conferendole maggiore ampiezza, la discrezionalità giudiziale, in piena controtendenza con la legge n. 183/2010 e col vecchio art. 18 st. lav. Come ben noto, il problema più rilevante è quello della distinzione tra ingiustificatezza semplice e qualificata nell'ambito di un meccanismo plurifase di valutazione.

Invero, a qualche anno di distanza dall'entrata in vigore della riforma, deve riconoscersi che, nella scia della dottrina prevalente, la giurisprudenza ne ha in qualche modo depotenziato le novità²⁰: i risultati ottenuti sono stati molto distanti da quelli auspicati dal legislatore e comunque il modello introdotto esce profondamente rivisitato dalla giurisprudenza costituzionale e alla luce degli orientamenti della giurisprudenza ordinaria.

Innanzitutto, sono state riscoperte e valorizzate le fattispecie di nullità, opportunamente distinguendosi tra discriminatorietà ed illiceità del motivo, considerato che soltanto in quest'ultimo caso il motivo addotto a sostegno del licenziamento deve rivelarsi unico e determinante²¹.

In secondo luogo, in tema di licenziamento per ragioni soggettive, se ai fini della tutela reale non è riuscita ad imporsi la tesi del fatto giuridico comprensivo del giudizio di proporzionalità²², escludendosi altresì la possibilità del ricorso all'analogia e all'interpretazione estensiva rispetto alle disposizioni dei contratti collettivi che prevedono per determinati comportamenti sanzioni conservative²³, si è comunque ritenuto che vada disposta la reintegra quando il fatto contestato, oltre che non imputabile al

²⁰ Cfr. M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *LD*, 2019, p. 290 s.

²¹ Cfr., fra le altre, Cass., 5 aprile 2016, n. 6575, in *RIDL*, 2016, II, p. 714, con note di M.T. CARINCI, D. GOTTARDI, E. TARQUINI; Cass., 31 gennaio 2017, n. 2499; Cass., 9 giugno 2017, n. 1456, in *RIDL*, 2017, II, p. 708, con nota di F. MARINELLI, *Ma il licenziamento ritorsivo è discriminatorio o per motivo illecito?*; Cass., 3 dicembre 2019, n. 31526.

²² Per tale soluzione si era espressa una parte della dottrina (cfr., in particolare, A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, p. 785 ss.) e della giurisprudenza (cfr. Trib. Bologna, 15 ottobre 2012, in *MGL*, 2012, p. 954, con nota di A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: una distinzione elementare indigesta*; da ultimo, Cass., 20 dicembre 2018, n. 33027, in *DRI*, 2019, p. 954, con nota di L. 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?*). Di contrario avviso è la giurisprudenza maggioritaria ed ormai consolidata: cfr. Cass., 9 maggio 2019, n. 12365, in *RIDL*, 2019, II, p. 494, con nota di R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione* e in *DRI*, 2019, p. 945, con nota di A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare e sussistenza del fatto contestato nella giurisprudenza della Cassazione*; Cass., 31 ottobre 2019, n. 28098, in *GLav*, 2019, n. 47, p. 36; Cass., 9 dicembre 2019, n. 31529. V. anche S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 334/2017.

²³ Cfr. Cass., 9 maggio 2019, n. 12365, cit. e Cass., 28 maggio 2019, n. 14500.

lavoratore, sia così lieve da risultare disciplinarmente irrilevante²⁴ o "sostanzialmente inapprezzabile"²⁵.

Inoltre sono stati valorizzati i vizi della procedura disciplinare, soprattutto quello della tardività. Così, dopo un significativo contrasto di giudicati all'interno delle sezioni semplici, le sezioni unite hanno ricondotto i casi di tardività della contestazione di addebito al di fuori dell'ambito dei vizi procedurali disciplinati dall'art. 18, comma 6, l. n. 300/1970, ma hanno anche escluso, benché in modo non proprio coerente²⁶, l'equiparazione all'insussistenza del fatto contestato²⁷, riconoscendo il diritto del lavoratore alla tutela indennitaria forte del 5° comma. Nella stessa scia la giurisprudenza di legittimità ha altresì negato che possa essere considerata un mero vizio procedurale la tardività del licenziamento rispetto alle giustificazioni del lavoratore e si è spinta sino ad ammettere la reintegra nel caso di mancata adozione del provvedimento disciplinare nel termine breve eventualmente previsto dal contratto collettivo, qualora sia

²⁴ Cfr. Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, in *FI*, 2014, I, c. 3418, con nota di M. DE LUCA, *Il fatto nella tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*; Cass., 13 ottobre 2015, n. 20540, in *ADL*, 2016, p. 85, con nota di F. DE MICHEL, *Licenziamento disciplinare e insussistenza del fatto nella giurisprudenza di legittimità*; Cass., 12 maggio 2016, n. 10019; Cass., 20 settembre 2016, n. 18418, in *GLav*, 2016, n. 42, p. 37; Cass., 25 maggio 2017, n. 13178, in *GLav*, 2017, n. 35, p. 51; Cass., 10 maggio 2018, n. 11322, in *GLav*, 2018, n. 22, p. 26; v. Cass., 7 febbraio 2019, n. 3655, in *GLav*, 2019, n. 13, p. 32.

²⁵ Così Cass., 31 maggio 2017, n. 13799. Sul punto cfr. in termini critici G. PROIA, *Il regime delle tutele e i licenziamenti disciplinari: lo stato della giurisprudenza e osservazioni a margine*, in *MGL*, 2019, p. 134.

²⁶ Cfr., analogamente, E.M. MASTINU, *Le irregolarità procedurali tipiche e atipiche nella disciplina di tutela contro i licenziamenti illegittimi*, in *ADL*, 2019, p. 737 s.

²⁷ Le Sezioni Unite (Cass., sez. un., 27 dicembre 2017, n. 30985, in *RIDL*, 2018, II, p. 259, con nota di G.E. COMES, *Contestazione disciplinare tardiva: le S.U. applicano la tutela indennitaria forte*) hanno risolto il contrasto che stava emergendo circa il tipo di sanzione da applicare al licenziamento intervenuto dopo una contestazione disciplinare tardiva, optando per la tutela indennitaria forte di cui all'art. 18, comma 5, st. lav. In precedenza, accanto a sentenze che applicavano la sola tutela indennitaria – seppur distinguendo tra tutela economica ridotta per i vizi meramente procedurali e tutela economica piena per la "tardività-ingiustificatezza" – ve ne erano altre che applicavano la tutela ripristinatoria attenuata. Nel primo senso cfr. Cass., 9 luglio 2015, n. 14324; Cass., 16 agosto 2016, n. 17133; Cass., 26 agosto 2016, n. 17371. Nel secondo v. Cass., 31 gennaio 2017, n. 2513, secondo cui il fatto non tempestivamente contestato è inesistente. Al riguardo, in dottrina, tra i tanti, cfr. C. PISANI, *Tardività del licenziamento disciplinare: le Sezioni Unite escludono la reintegrazione*, in *GI*, 2018, I, c. 412 ss.; P. TULLINI, *I vizi procedurali del licenziamento disciplinare: a proposito della regola dell'immediatezza*, in B. CARUSO (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, *Collective Volumes*, n. 7/2019, p. 68 ss.

ricostruibile quale termine di decadenza, decorso il quale le giustificazioni del lavoratore devono ritenersi accolte²⁸.

Vanno, infine, rimarcate le soluzioni estensive adottate in tema di giustificato motivo oggettivo, nella misura in cui, in particolare, la Suprema Corte ha sì inteso la manifesta insussistenza come "chiara, evidente e facilmente verificabile" mancanza dell'assunto posto a base del licenziamento²⁹, tale da rivelare la pretestuosità della ragione organizzativa addotta³⁰; tuttavia, da un lato, ha ricondotto al "fatto", la cui manifesta insussistenza comporta l'applicazione della tutela reale, anche l'omissione del *repêchage*³¹; dall'altro, ha talora ritenuto che il giudice non abbia soltanto la facoltà, ma addirittura l'obbligo di disporre la reintegra quando ne ricorrano i presupposti indicati, a dispetto dell'espressione "può" usata dal 7° comma dell'art. 18³².

I dubbi interpretativi sollevati dalla dottrina ed i primi orientamenti giurisprudenziali hanno in qualche modo influito sulla forte reazione del

²⁸ Cfr. Cass., 3 settembre 2018, n. 21569, in *DRI*, 2019, p. 338, con nota di F. SANTINI, *La violazione dei termini contrattuali del procedimento disciplinare tra tutela reale e indennitaria* e altre citt. a p. 343, nonostante Cass., S.U., 27 dicembre 2017, n. 30985. Critico sul punto è A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare, contrattazione collettiva e sistema dei rimedi nell'art. 18, co. 4: i chiarimenti della Cassazione*, in *ADL*, 2019, p. 1287 ss.

²⁹ Cfr. Cass., 2 maggio 2018, n. 10435; Cass., 25 giugno 2018, n. 16702; Cass., 12 dicembre 2018, n. 32159; Cass., 19 febbraio 2019, n. 4798. Richiede la sussistenza di una "condotta datoriale obiettivamente e palesemente artificiosa" Cass., 13 marzo 2019, n. 7167, in *ADL*, 2019, p. 840, con nota di A. QUAINI, *La reintegrazione nel licenziamento per motivo oggettivo ex art. 18 post Fornero: conferme e ripensamenti della giurisprudenza di Cassazione*.

³⁰ Cfr. Cass., 5 dicembre 2018, n. 31496 e Cass., 13 marzo 2019, n. 7174.

³¹ Cfr., fra le tante, Cass., 2 maggio 2018, n. 10435, in *LPO*, 2018, p. 481, con nota di M. SALVAGNI, *La Cassazione in funzione nomofilattica: l'obbligo di repêchage può comportare l'applicazione della tutela reale*; Cass., 12 dicembre 2018, n. 32158, in *RIDL*, 2019, II, p. 264, con riguardo a lavoratori inidonei; Cass., 8 gennaio 2019, n. 181 e Cass., 17 ottobre 2019, n. 26460, le quali hanno comunque precisato che l'insufficienza probatoria in ordine all'adempimento dell'obbligo di *repêchage* è suscumbibile nell'ambito della manifesta insussistenza del fatto solo in caso di "evidente, e facilmente verificabile sul piano probatorio, assenza dei presupposti di legittimità del recesso". Cfr. altresì E. GRAMANO, *op. cit.*, p. 1339 ss. Propende per l'applicazione della tutela indennitaria Cass., 22 marzo 2016, n. 5592.

³² In particolare Cass., 2 maggio 2018, n. 10435, cit. ha affermato che l'applicazione della reintegra è rimessa alla discrezionalità del giudice, il quale potrebbe escluderla qualora emerga una "eventuale accertata eccessiva onerosità di ripristinare il rapporto di lavoro". Sulle stesse posizioni si collocano Cass., 31 gennaio 2019, n. 2930, in *Igiuslavorista.it*, 2019, con nota di S. APA, *Insussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento e relativo regime di tutela*; Cass., 12 dicembre 2018, n. 32159 *obiter*; Trib. Ravenna, ord. 7 febbraio 2020, che ha sollevato eccezione di incostituzionalità con riguardo al contrasto tra l'art. 18, comma 7, l. n. 300/1970 e gli artt. 3, comma 1, 41, comma 1, 24 e 111, comma 2 cost. (v. anche *infra*, testo e nota 148). In senso contrario escludono la discrezionalità del giudice nell'applicazione della reintegra, una volta emersa la manifesta insussistenza del fatto sul quale si fonda il licenziamento, Cass., 14 luglio 2017, n. 17528 e Cass., 13 marzo 2019, n. 7167, cit. In dottrina cfr., da ultimo, A. QUAINI, *op. cit.*, p. 850 s.

legislatore che, col d. lgs. n. 23/2015, marginalizzando la tutela reale ed escludendo qualunque discrezionalità del giudice anche con riferimento al *quantum* dell'indennità dovuta, ha prodotto, come incisivamente sottolineato³³, un vero e proprio cambio di paradigma normativo, rafforzato dall'estensione di altri poteri del datore di lavoro, quali quello modificativo e di controllo, per di più in un contesto che vede accresciuta la flessibilità in entrata, sia pur nell'ambito della sola subordinazione.

Neppure al riguardo è mancata la reazione della giurisprudenza ordinaria, che si è inevitabilmente concentrata sui licenziamenti per ragioni soggettive, nel momento in cui il legislatore ha previsto l'applicabilità della sola tutela indennitaria in caso di insussistenza del giustificato motivo oggettivo.

Per i primi vengono confermati gli orientamenti formati in tema di violazioni procedurali e di equiparazione della fattispecie dell'assenza del fatto contestato a quella dell'irrilevanza disciplinare di quest'ultimo, a tal fine superandosi in modo deciso la potenziale distinzione tra le diverse espressioni utilizzate dall'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970 ("fatto contestato") e dall'art. 3, comma 2, d. lgs. n. 23/2015 ("fatto materiale contestato")³⁴.

Anche in tema di giustificato motivo oggettivo si sta consolidando l'interpretazione "liberista" da ultimo accolta in ordine alla insindacabilità delle scelte organizzative del datore di lavoro, ma col contrappeso tutt'altro che trascurabile dell'affermazione di un onere di *repêchage* assai esteso, come in precedenza ricordato (§ 2).

In ogni caso, il contrasto soprattutto del d. lgs. n. 23/2015 con la normativa precedente e con i valori fondamentali del nostro ordinamento si è rivelato troppo traumatico per lasciare indifferenti i giudici costituzionali, che sono stati chiamati a pronunciarsi con riguardo alla

³³ Cfr. A PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, p. 5.

³⁴ Cfr., anche invocando un'interpretazione costituzionalmente orientata, Cass., 8 maggio 2019, n. 12174, in *RIDL*, 2019, II, p. 494, con nota di R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ...*, cit.; in *DRI*, 2019, p. 945, con nota di A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare ...*, cit.; in *MGL*, 2019, p. 423, con nota di M. VOLPES, *Dal "fatto contestato" al "fatto materiale contestato": cambiare tutto per non cambiare niente*; in *ADL*, 2019, p. 805, con nota di G. LUCCHETTI, *Nuovi esperimenti interpretativi in materia di licenziamento: si scrive fatto materiale, si legge fatto disciplinarmente rilevante*, che ricostruisce le posizioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto e rileva altresì come, nel caso di specie, sollevi perplessità la circostanza che l'allontanamento dal posto di lavoro sia fatto disciplinarmente irrilevante. Qualche dubbio avanza anche R. DEL PUNTA, *op. ult. cit.*, p. 513, il quale rileva che il fatto di specie era "in bilico tra modesta gravità e vera e propria irrilevanza disciplinare". Si sofferma sui fatti di "minima gravità" G. PROIA, *Il regime delle tutele ...*, cit., p. 133 s.

legittimità del meccanismo indennitario, in un confronto che è ancora ben lontano dal potersi considerare concluso.

4. I valori e il relativo bilanciamento.

Come da più parti affermato, il diritto del lavoro è caratterizzato dal "pluralismo dei valori", che ne costituisce addirittura "l'ideologia"³⁵. I valori fondanti del nostro ordinamento sono sanciti dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali, il cui primato non può essere messo in discussione. Pertanto si tratta di valori positivizzati³⁶, in quanto tali dotati di portata tutt'altro che meramente filosofica e astratta.

Da tempo si è riconosciuta la centralità, soprattutto nella Costituzione, del diritto al lavoro e del "rispetto della persona del lavoratore dipendente nello svolgimento della sua attività"³⁷. Ai diritti della persona e ai diritti fondamentali si è attribuita la valenza di "principi", in quanto tali non immediatamente efficaci nei rapporti tra privati, se si eccettuano i pochi casi in cui le norme sono "strutturate (anche) in modo regolativo, e cioè gli artt. 36, 1° c., 37, 1° e 3° c., 39, 40, 51, 3° c. e 52, 2° c."³⁸.

Tuttavia essi sono chiamati a confrontarsi con altri valori parimenti tutelati, quali la libertà economica o d'impresa, i diritti fondamentali dei cittadini, l'interesse pubblico.

Ciò pone il problema del bilanciamento o della mediazione tra i valori: un'operazione complessa considerato che essi rilevano al di fuori del classico procedimento sussuntivo tra fattispecie concreta e fattispecie astratta³⁹.

Il dibattito è da tempo aperto anche tra i costituzionalisti. E le opinioni divergono tra chi ritiene che alcuni di tali valori non tollerino condizionamenti (la pari dignità sociale dei lavoratori, la libertà personale

³⁵ Così V. BAVARO, *op. cit.*, p. 180.

³⁶ Cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 111. Sulla positivizzazione dei valori in Costituzione cfr. G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto e società*, 2011, 1, p. 1 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 197 s.

³⁷ Cfr. C. MORTATI, *Sub art. 1*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Art. 1-12*, Zanichelli-Foro Italiano, 1975, 16; ID., *Il lavoro nella Costituzione*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza repubblicana. Raccolte di scritti III*, Giuffrè, 1972, p. 227 ss; ID., *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza repubblicana. Raccolte di scritti III*, cit., p. 144 ss.

³⁸ Così L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, cit., p. 596.

³⁹ Cfr. O. MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 11.

e il divieto di discriminazioni⁴⁰, non invece la tutela del posto di lavoro⁴¹) e chi ritiene che siano tutti condizionati⁴².

Ma, soprattutto, per quanto attiene al tema dei licenziamenti, è controverso se la libertà economica o d'impresa, o l'occupabilità⁴³, siano gerarchicamente inferiori ai principi di tutela del lavoro. Al riguardo le posizioni divergono in dottrina⁴⁴. In realtà, a ben vedere, manca una "gerarchia formalmente determinata" e il bilanciamento comporta una "decisione di politica costituzionale"⁴⁵. "La tecnica del bilanciamento ... consiste nell'istituire in sede giudiziale tra i due principi o diritti fondamentali confliggenti «una gerarchia assiologica mobile», cioè una relazione di valore istituita non dalle fonti, ma soggettivamente dall'interprete"⁴⁶. La decisione e, quindi, ogni interpretazione del bilanciamento è inevitabilmente politica⁴⁷, anzi presenta un'"alta pregnanza valoriale e politica"⁴⁸, e gli eventuali *révirements* esprimono un

⁴⁰ Cfr. L. NOGLER, *op. cit.*, p. 600.

⁴¹ *Contra* R. SANTUCCI, *La questione della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: un ulteriore colpo per un'emarginazione discutibile*, in *MGL*, 2019, p. 353 ss.

⁴² Cfr. V. BAVARO, *op. cit.*, p. 181 ss.

⁴³ In relazione al rilievo dell'occupabilità, cfr. C. cost. 25 maggio 1987, n. 190, nella quale emerge l'importanza della finalità di politica occupazionale in relazione al contratto di formazione e lavoro. Per alcuni spunti in tal senso cfr. anche C. cost., 3 maggio 1990, n. 245 e C. cost., 1 aprile 1993, n. 149.

⁴⁴ A sostegno dell'orientamento che esclude la prevalenza di uno dei due valori, tra lavoro e impresa, cfr. L. NOGLER, *op. cit.*, p. 601 e V. BAVARO, *op. cit.*, pp. 181 ss. *Contra* M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, 1983, p. 45, secondo il quale è opportuno qualificare l'iniziativa economica privata, in quanto riconosciuta entro i limiti individuati dal secondo comma dell'art. 41 cost., come libertà "di rango inferiore alle libertà fondamentali e – perciò – inviolabili". In senso conforme a quest'ultima posizione, cfr. anche F. GALGANO, *Sub art. 41*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. II. Rapporti economici*, Zanichelli, 1982, p. 15, il quale osserva che la libertà di iniziativa economica "non è menzionata nei principi fondamentali" della Costituzione, né "è fra quelle libertà che, a norma della Costituzione, è compito della Repubblica difendere" e, quindi, "è certamente fra le libertà riconosciute dalla nostra legge fondamentale, quella meno garantita, la preoccupazione prevalente del nostro costituente essendo, piuttosto, quella di evitare che l'esercizio di questa libertà leda determinati valori sociali o umani (...) o comprometta la realizzazione dei "fini sociali" di cui al 3° comma". V. altresì analogamente L. ZOPPOLI, *Il licenziamento "de-costituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *ADL*, 2019, p. 289 s. e V. SPEZIALE, *op. cit.*, spec. §§ 3, 6 e 7.

⁴⁵ V. BAVARO, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁶ L. TRIA, *Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. BRONZINI, R. COSIO, *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Giuffrè, 2017, p. 202.

⁴⁷ V. BAVARO, *op. cit.*, p. 188 e L. NOGLER, *L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2014, I, p. 129.

⁴⁸ R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, p. 635. Cfr. anche G. PROIA, *Le*

mutamento non dei valori, ma del loro equilibrio e della graduazione delle rispettive tutele. Tuttavia, bilanciamento implica contemperamento, non già disapplicazione o accantonamento di valori costituzionali⁴⁹, in particolare di principi e diritti come quelli della tutela del lavoro, che nelle norme della Costituzione rinvencono plurime e significative affermazioni.

Né a diverse conclusioni sembra di poter pervenire con riguardo alle fonti europee e sovranazionali, a partire dai Trattati europei e dalle Carte dei diritti, quella di Nizza e la Carta Sociale Europea *in primis*, i cui principi presentano una "forte assonanza con i contenuti espressi dalla nostra Costituzione"⁵⁰.

Decisiva diventa, pertanto, la giurisprudenza delle Corti superiori, le cui soluzioni sono state sino ad ora tutt'altro che coincidenti nella mediazione tra il valore del lavoro e quelli economici della libertà d'impresa e della tutela della concorrenza⁵¹.

Il bilanciamento riguarda sia i presupposti sostanziali che i meccanismi sanzionatori⁵², la cui combinazione esprime "il livello di protezione di volta in volta apprestato dall'ordinamento a beneficio del prestatore di lavoro"⁵³.

La Corte Costituzionale ha più volte riconosciuto ed ormai da tempo cristallizzato che il diritto al lavoro è "elemento informatore dell'ordinamento", "valore primario della Repubblica democratica"⁵⁴. È un

tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte costituzionale, in *MGL*, 2018, p. 198.

⁴⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, testo e nota 129. Più ampiamente, sul bilanciamento come tecnica di composizione di un conflitto tra interessi o valori costituzionali, cfr. A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia a costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, Milano, 2008, vol. II, tomo II, p. 185 ss; R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992.

⁵⁰ Così ancora V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 144. Sul riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, di tale assonanza e dell'integrazione positiva delle tutele garantite dalle diverse fonti, cfr. C. cost., 30 novembre 2009, n. 317, richiamata in tal senso anche dalla sentenza n. 194/2018.

⁵¹ Cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 113. Anche G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana e in Europa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2005, p. 5 ss., ribadisce come si debba considerare che «l'ordinamento costituzionale italiano è stato avvolto nell'ordinamento europeo» e che «le normative dei Trattati dell'Unione si ispirano a principi diversi da quelli che sono sanciti nella Costituzione italiana, specie in materia di diritti sociali e quanto alla proiezione del fondamento della Repubblica italiana».

⁵² Anche se di solito ci si è soffermati di più sui meccanismi sanzionatori, cfr. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, cit., p. 651 ss.

⁵³ Così CESTER, *op. cit.*, p. 727. Cfr. anche M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d. lgs. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *LD*, 2019, p. 254.

⁵⁴ Cfr. C. cost., 15 febbraio 1980, n. 16, in *GCost.* 1980, I, 137. V. anche C. cost., 26 luglio 1979, n. 83, in *GC*, 1979, III, p. 133. Cfr. T. TREU, *Sub art. 35, 1° comma*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione. Rapporti Economici. Tomo I. Art. 35 - 40*, Zanichelli-Foro

diritto di libertà, visto il forte coinvolgimento della persona⁵⁵. È la "misura" e il "limite" del potere di recesso del datore di lavoro⁵⁶, ma non implica il diritto al mantenimento del posto di lavoro, la cui tutela – fermo il vincolo della non arbitrarietà del licenziamento, intesa come "criterio di fondo della necessaria giustificazione"⁵⁷ – è affidata alla discrezionalità del legislatore⁵⁸.

5. Segue: b) la sentenza n. 194/2018.

Nel dibattito accennato e nel quadro giurisprudenziale illustrato si inserisce la sentenza n. 194/2018, la quale, a prescindere dal giudizio che di essa possa essere dato in termini di maggiore o minore "ricchezza assiologica"⁵⁹, è comunque certamente imperniata sui valori dell'ordinamento.

In particolare, in primo luogo, essa riconosce la centralità della tutela del lavoro e la natura di diritto fondamentale del diritto al lavoro. In tale contesto, sancisce il dovere del legislatore di apprestare specifiche tutele contro i licenziamenti illegittimi, anzi ne afferma la centralità nel momento in cui rileva che la relativa presenza incide sulla possibilità per il lavoratore

Italiano, 1975, p. 1 ss; V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 1990, p. 34; C. MORTATI, *Sub art. 1*, cit., p. 13.

⁵⁵ È proprio il forte coinvolgimento della persona umana a qualificare il diritto al lavoro come diritto fondamentale. In dottrina, sulla qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali, cfr. L. MENGONI, *I diritti sociali*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il contratto di lavoro*, Vita e Pensiero, 2004, p. 135; V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, 1990, p. 35. Al diritto al lavoro è strettamente connesso il diritto della persona, garantito dall'art. 3 cost., al pieno sviluppo della propria personalità: quest'ultimo, infatti, è attuato in modo prevalente proprio attraverso il lavoro, nel quale si realizza la "sintesi" fra «il principio personalistico (che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)». Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *La Costituzione repubblicana*, in M. PERSIANI (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI, Cedam, 2010, p. 124 ss; L. D'ANDREA, *I principi costituzionali in materia economica*, in *Consulta online*, p. 7; S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 46/2006*; G. AMOROSO, *Art. 1*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*. Vol. I, Giuffrè, 2017, p. 4, il quale ribadisce che «il principio lavorista implica anche quello partecipativo: tutti con il proprio lavoro devono essere posti in condizione di partecipare alla Repubblica».

⁵⁶ C. cost., 9 giugno 1965, n. 45.

⁵⁷ C. cost., 7 febbraio 2000, n. 46; C. cost., 27 novembre 2000, n. 541; C. cost. 30 gennaio 2003, n. 41.

⁵⁸ Cfr. C. cost., 9 novembre 2011, n. 303. In dottrina v. C. CESTER, *op. cit.*, p. 729; G. PROIA, *op. cit.*, p. 198.

⁵⁹ Sottolinea la ricchezza assiologica della sentenza A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Il libro del diritto del lavoro dell'anno Treccani 2019*, Treccani, p. 339 ss. Ne contesta il giudizio M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 244.

di far valere i propri diritti nel rapporto di lavoro e quindi sullo squilibrio di poteri tra le due parti del rapporto⁶⁰.

Molto interessante è anche il richiamo implicito dell'art. 3, comma 2⁶¹, laddove si sottolinea che "i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro" (considerando 9.1). Ne consegue che la tutela del posto di lavoro deve essere adeguata in quanto strumentale alla "agibilità" di altri diritti fondamentali⁶².

Ciò detto, tenendosi conto anche delle esigenze dell'impresa (art. 41 cost.), la Corte ribadisce che il diritto alla reintegra non è costituzionalmente necessario e ben può essere previsto un meccanismo di tutela sia pur soltanto risarcitorio-monetario. Peraltro afferma che il risarcimento, anche se non integrale, va personalizzato e che a tal fine deve inevitabilmente essere valutato un complesso di circostanze: ne consegue il ruolo rilevante da riservare alla discrezionalità giudiziale, benché non si opti per un modello rimediabile "spinto". In ogni caso, qualunque sia la misura edittale minima e massima, l'omologazione di situazioni valutate in modo meccanico non è ragionevole⁶³. Si individua così un meccanismo costruito su una "dimensione polifunzionale"⁶⁴ dei rimedi (sanzionatoria e risarcitoria/dissuasiva), che rafforza il primato lavoristico sui valori dell'economia con prevalenza del regime del risarcimento su quello del *severance cost*⁶⁵.

In secondo luogo, la Corte affronta il problema dell'individuazione del livello minimo di protezione per il lavoratore richiesto da fonti sovraordinate ed in particolare europee.

Così, da un lato, esclude la rilevanza della convenzione ILO C158 del 1982, in quanto non ratificata dall'Italia⁶⁶.

⁶⁰ In particolare, il legame tra stabilità/tutela del rapporto e garanzie dei diritti emerge in tutta la sua portata con riguardo al regime della prescrizione.

⁶¹ Cfr. F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *LD*, 2019, p. 268 s.

⁶² Cfr. V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2019, II, p. 15 s.

⁶³ Cfr. A. TOPO, *Polifunzionalità delle sanzioni per il licenziamento ingiustificato e l'autonomia del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2019, p. 638 s.

⁶⁴ Così A. TOPO, *op. cit.*, p. 638. Cfr. anche M. BIASI, *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte Cost. n. 194/2018*, in *ADL*, 2019, p. 753 ss.

⁶⁵ Parla di "precoce de profundis per la law & economics all'italiana" S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 379/2018, p. 4, secondo cui "non c'è dubbio che la sentenza n. 194 del 2018 riaffermi con forza il primato del principio lavoristico".

⁶⁶ Cfr. G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, in *LDE*, 2018, n. 2, p. 8.

Inoltre rigetta la doglianza relativa alla violazione dell'art. 30 della Carta di Nizza, che sancisce il diritto di ciascun lavoratore "alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato", in quanto la disposizione censurata non è "stata adottata in attuazione del diritto dell'Unione", nel cui ambito non ci sono disposizioni che impongano specifici obblighi agli Stati membri nella materia dei licenziamenti (considerando 8).

Dall'altro lato, tuttavia, valorizza l'art. 24 della Carta Sociale Europea, che prevede il diritto per i lavoratori licenziati ad "un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione", ritenendo la Carta idonea ad integrare i parametri dell'art. 117, 1° comma, cost. (considerando 14)⁶⁷. Viene in rilievo una norma che, confermando lo stretto collegamento tra disposizioni sui presupposti di legittimità e sulle norme sanzionatorie⁶⁸, non precisa quale debba essere il grado di effettività delle seconde, ma sancisce il principio secondo cui al lavoratore va assicurata una sanzione adeguata, in caso contrario violandosi sia pur indirettamente il principio di giustificazione. Nello stesso tempo richiama le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, ne ammette "l'autorevolezza", ma esclude che possano essere ritenute "vincolanti".

Peraltro la Corte affronta direttamente soltanto la questione delle modalità di calcolo dell'indennità ed è quindi meno palese se abbia detto una parola decisiva in ordine all'adeguatezza dei minimi di trattamento previsti dal d. lgs. n. 23/2015, cosicché resta dubbio se quest'ultima possa ritenersi acquisita⁶⁹. In realtà, il tema centrale dell'ordinanza di rimessione investiva fundamentalmente l'"esclusione di qualsivoglia discrezionalità giudiziale" e la "modestia dell'indennità"⁷⁰. Benché la Corte affermi in via preliminare (considerando 3) che "al cuore delle doglianze" non vi sarebbe "il quantum delle soglie minima e massima" ed escluda un'interazione tra i

⁶⁷ Come in precedenza altre pronunce della stessa Corte cost., quali ad es. la sentenza n. 120/2018, rispetto alla quale peraltro C. cost., 26 settembre 2018, n. 194 fa un notevole passo avanti: cfr. M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 255 s.; G. ORLANDINI, *Le fonti del 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?*, Ediesse, 2019; G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two steps back*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 382/2018, p. 23 ss.

⁶⁸ Cfr. C. CESTER, *op. cit.*, p. 734.

⁶⁹ Cfr., in senso affermativo, C. PISANI, *La Corte costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, in MGL, 2018, p. 152; A. TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e "decreto dignità")*, in DRI, 2019, p. 257; *contra* V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale ...*, cit., p. 17; M. T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel jobs act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, in RIDL, 2018, II, p. 1070; R. FABOZZI, *Ciò che resta delle c.d. tutele crescenti*, in MGL, 2019, p. 841.

⁷⁰ Così O. MAZZOTTA, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in Labor, 2018, n. 6, p. 626.

due profili (meccanismo e soglie) nella determinazione dell'adeguatezza delle tutele⁷¹, la questione della misura dell'indennità influenza in modo decisivo quella inerente i criteri di liquidazione⁷², considerato che la Corte richiama a più riprese la necessità di un ristoro adeguato. Ed al considerando 12.1 sottolinea che l'inadeguatezza, ovvero l'incongruenza della soluzione adottata dal *Jobs Act*, ricorre soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata qualora l'aumento dell'indennità dipenda dalla sola anzianità di servizio. La sentenza appare, in definitiva, conclusiva in ordine alla tenuta dell'impianto del d. lgs. n. 23/2015⁷³. Sembra pertanto poco probabile che si possa prospettare qualche ulteriore sviluppo sul piano della valutazione dell'adeguatezza del rimedio indennitario forfettizzato⁷⁴, a maggior ragione se si considerano le soluzioni adottate negli altri Paesi europei, anche se il Comitato europeo dei diritti sociali si è recentemente mostrato di diverso avviso⁷⁵.

6. L'impatto della sentenza n. 194/2018 sull'ordinamento italiano.

La sentenza n. 194/2018 ha incontrato numerose critiche anche da parte di chi ne ha dato un giudizio complessivamente positivo, sia con riguardo ai singoli passaggi decisionali e motivazionali, sia su un piano più generale di valutazione complessiva⁷⁶.

In ordine al primo profilo, sono state sottolineate numerose incongruenze e contraddizioni in direzioni anche diametralmente opposte.

Per menzionare le più significative, sullo stesso piano di fondo della giustificazione della marginalizzazione della tutela reintegratoria, è stata criticata la mancata considerazione della ragionevolezza dell'obiettivo fissato dal legislatore di favorire l'occupazione e, secondo alcuni, l'omessa valutazione quanto meno dell'idoneità in astratto della normativa a raggiungere tale obiettivo⁷⁷.

⁷¹ Critica l'esclusione di un'interazione tra i due profili (meccanismo e soglie) nella determinazione dell'adeguatezza delle tutele C. CESTER, *Il jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, 2019, n. 2, p. 166.

⁷² Cfr. A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 94/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, in *DRI*, 2019, p. 215 s.

⁷³ Cfr. P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo "dopo"*, in *DRI*, 2019, p. 248.

⁷⁴ Così invece M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 258.

⁷⁵ Cfr. la decisione dell'11 ottobre 2019, pubblicata l'11 febbraio 2020 sul reclamo della CGIL.

⁷⁶ Un'accurata ricostruzione delle opinioni espresse al riguardo è compiuta da E. DAGNINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: il dibattito dottrinale*, in *DRI*, 2019, p. 654 ss.

⁷⁷ Cfr., fra gli altri, A. PERULLI, *Il valore del lavoro ...*, cit., p. 344; S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 7; G. FONTANA, *op. cit.*, p. 5 ss., che muove una critica serrata alla Corte costituzionale, accusata di aver ignorato la propria stessa giurisprudenza (p. 20).

Con particolare vigore è stata a più riprese criticata la diversità di trattamento tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015⁷⁸. Ciò, in special modo, sotto il profilo della pressoché assoluta marginalizzazione della tutela reale per i secondi, sottolineandosi come, nei precedenti della Corte richiamati dalla sentenza n. 194/2018, il criterio cronologico riguardasse la mera successione di leggi concernenti una medesima categoria di lavoratori, non già – come nel caso di specie – la coesistenza di più regimi applicabili a situazioni omogenee⁷⁹. Una critica da non sottovalutare, la quale, tuttavia, trascura il fatto che per ovviare a tale rilievo il legislatore avrebbe potuto modificare *in peius* direttamente per tutti il trattamento applicabile senza garantire il diritto alla reintegra, che non è regola generale necessaria, come da più parti sottolineato ed in precedenza ricordato (§ 4).

Dal lato opposto, si è rilevata la contraddizione di non aver giustificato l'omologazione ai fini sanzionatori di situazioni soggettivamente diverse con la finalità occupazionale insita nella garanzia di certezza del diritto e di prevedibilità della sanzione⁸⁰, richiamata invece per giustificare la diversità di trattamento tra assunti prima e dopo il 7 marzo 2015⁸¹.

Inoltre, dopo l'intervento correttivo del c.d. decreto Dignità, che ha innalzato i livelli minimo e massimo dell'indennità, si è osservato che in determinati casi una tutela più incisiva è riconosciuta proprio ai lavoratori assunti dopo il *Jobs Act*, in contrasto con la ragione addotta per differenziare i meccanismi di tutela: il che solleverebbe persino profili di potenziale incostituzionalità⁸².

Particolarmente controversa è risultata, poi, la parte della sentenza dedicata all'indennità, relativamente sia alla sua natura, sia alla sua quantificazione: si sono, infatti, criticate la qualificazione dell'indennità

⁷⁸ Cfr., fra gli altri, M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 252; V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, cit., p. 3 ss.; G. FONTANA, *op. cit.*, p. 2; R. FABOZZI, *op. cit.*, p. 844.

⁷⁹ Cfr., fra gli altri, A. PERULLI, *op. ult. cit.*, p. 343; S. GIUBBONI, *op. loc. ultt. citt.*; G. FONTANA, *op. cit.*, p. 10 ss.; M. PERSIANI, *La sentenza della Corte Cost. n. 194/2018. Una riflessione sul dibattito dottrinale*, in *LDE*, 2019, n. 1, p. 5; R. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 361 ss.

⁸⁰ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 640.

⁸¹ Cfr. A. PERULLI, *Il valore del lavoro ...*, cit., p. 344 s.; G. SIGILLÒ MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte Costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, in *MGL*, 2018, p. 226; F. ROSELLI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018. Tra discrezionalità del legislatore e principio di ragionevolezza*, in *LDE*, 2019, 1, p. 5.

⁸² Cfr., fra gli altri, P. ICHINO, *Il rapporto fra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *RIDL*, 2018, II, p. 1057 s.; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato ...*, cit., p. 26 s.; R. FABOZZI, *op. cit.*, p. 845. Sul punto v. anche *infra*, testo e note 145-146.

almeno in via prevalente come risarcimento del danno⁸³, a maggior ragione escludendosi l'integrale ristoro del danno⁸⁴; l'incoerenza con la funzione prevalentemente risarcitoria dei criteri richiamati dalla Corte⁸⁵; l'eccessiva ampiezza della forbice venutasi a creare tra minimo e massimo dell'indennità, potenzialmente destinata a produrre "nuove irragionevolezza"⁸⁶.

Su un piano più generale, i giudizi sono parimenti molto diversi, al di là della valutazione comune in ordine alla valenza di sentenza politica o di esercizio di una funzione sostanzialmente legislativa⁸⁷ della pronuncia della Corte. In realtà si tratta di una conclusione inevitabile se si considera che, come anticipato (§ 4), tutte le sentenze rispondono ad una ben precisa linea ed opzione di politica del diritto.

Tuttavia, taluni, pur mostrando una sostanziale adesione, avrebbero auspicato un intervento più incisivo⁸⁸, rilevando che la Corte ha "arginato", non "architettato"⁸⁹: una critica cui può replicarsi che non si può pretendere dal giudice, anche costituzionale, di assumere il ruolo del legislatore, al quale soltanto è affidato il compito di costruire il sistema.

Non si è mancato di rilevare altresì che la soluzione accolta realizzerebbe un bilanciamento decisamente insoddisfacente tra i contrapposti interessi, effettuato per di più senza prendere posizione sulla scelta più strettamente tecnico-giuridica tra la riconduzione del

⁸³ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 637, che parla di "qualche forzatura"; 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 *DRI*, 2019, p. 238 s.; A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 221.

⁸⁴ Cfr. M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 296 s.; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, cit., p. 154 s., il quale richiama alcuni precedenti della Corte costituzionale (le sentenze 30 aprile 1999, n. 148 e 16 ottobre 2014, n. 235) che "non sembrano esprimere un suddetto principio, limitandosi a ribadire che neppure la regola di integrale riparazione del danno ha copertura costituzionale".

⁸⁵ Cfr., fra i tanti, R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 639 s., il quale rileva che si aprono "praterie alla discrezionalità valutativa del giudice"; C. PISANI, *op. loc. ultt. citt.*; P. ICHINO, *op. cit.*, p. 1052 ss.; A. TURSI, *op. cit.*, p. 270 s.

⁸⁶ Così A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 223. A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 229 parla di differenza "vertiginosa".

⁸⁷ A. TURSI, *op. cit.*, p. 256 ss., spec. p. 260 parla di "eccedenza del discorso politico ... sull'interpretazione costituzionale" e svolge una critica serrata.

⁸⁸ Cfr., per una sostanziale adesione, M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 244, che parla di argomentazioni convincenti; O. MAZZOTTA, *op. ult. cit.*, p. 629; C. PONTERIO, *Il ruolo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, in A. ANDREONI, L. FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 81 ss. Di eccesso di prudenza su alcuni profili parla L. MARIUCCI, *op. cit.*, p. 237; di freno a mano tirato F. MARTELLONI, *op. cit.*, p. 272; di sentenza troppo "timida" A. ZOPPOLI, *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *DLM*, 2019, p. 10; di sentenza che "scontenta (un poco) tutti" G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti ...*, cit., p. 204.

⁸⁹ Così L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 277 ss.

licenziamento all'interno del diritto dei contratti e la considerazione dello stesso quale espressione di un potere imprenditoriale⁹⁰.

In realtà tale affermazione risente dell'insoddisfazione per l'evoluzione al ribasso delle tecniche sanzionatorie, che ha indotto alcuni settori della dottrina ad invocare l'applicazione dei principi civilistici generali in tema di nullità⁹¹ o di integrale copertura del danno⁹²: ciò prendendo le mosse dal riconosciuto carattere "regressivo rispetto al diritto civile delle obbligazioni"⁹³, che rende il lavoratore "il debitore più penalizzato nel nostro ordinamento giacché l'art. 1455 Cod. Civ. nega ... la possibilità di richiedere la risoluzione giudiziale se «l'inadempimento di una delle parti» abbia «scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra»⁹⁴.

Non si può, invero, disconoscere che la distanza fra il diritto comune e il diritto del lavoro in materia di licenziamenti sia consistente⁹⁵. Tuttavia, il piano dello *ius conditum* e quello dello *ius condendum* sono al riguardo decisamente diversi. Sul primo è sufficiente osservare come, da un lato, la dottrina civilistica abbia ormai escluso che, a fronte di nullità c.d. virtuali, l'atto illegittimo sia inidoneo a produrre effetti⁹⁶. Dall'altro, va rilevato che nella maggior parte dei contratti di durata è espressamente prevista la libertà di recedere unilateralmente senza che sussista una giusta causa; inoltre lo stesso art. 1373 c.c. al comma 2 sancisce la possibilità che sia convenzionalmente attribuita alle parti la facoltà di recedere liberamente; infine tra il principio della forza di legge del contratto (art. 1372 c.c.) e quello antagonista della libertà dell'individuo viene ritenuto pacificamente superiore il secondo e riconosciuta la facoltà delle parti di recedere liberamente⁹⁷.

⁹⁰ Cfr. L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 289, il quale critica la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale anche e soprattutto per non aver preso posizione sulla questione appena affrontata nel testo e conclude nel senso che il bilanciamento dalla stessa effettuato è decisamente insoddisfacente.

⁹¹ Cfr. L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 288.

⁹² Cfr. L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 292 e *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *VTDL*, 2016, p. 437 s.; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ...*, cit.; V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 ...*, cit.

⁹³ Così E.M. MASTINU, *op. cit.*, p. 731.

⁹⁴ Così L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in *ADL*, 2015, p. 508.

⁹⁵ Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti, soggettivi e oggettivi, e sanzioni: una introduzione con le novità del "Collegato lavoro"*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Cedam, 2011, p. XIX ss.

⁹⁶ Cfr. P. TOSI, *Spigolature di dottrina sulla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e sul suo "dopo"*, in *DRI*, 2019, p. 643 e *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo*, in *ADL*, 2010, p. 603 ss.

⁹⁷ Cfr. M. AMBROSOLI, voce *Recesso*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Aggiornamento, Utet, 2014, p. 528; G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Digesto. Discipline Privatistiche*, Sez. Civile, XVI, Utet, 1997, p. 315 s.

In questo contesto si spiega come, tenendo conto anche delle esigenze dell'impresa (art. 41 cost.), la Corte consideri il licenziamento quale espressione di un potere imprenditoriale da limitare e sanzionare, riconoscendo implicitamente la specialità della disciplina sanzionatoria giuslavoristica⁹⁸ e la relativa legittimità costituzionale.

Altri autori, sul versante opposto, hanno criticato l'“eccedenza del discorso politico ... sull'interpretazione costituzionale” fino a risolversi “nell'introduzione di un regime sanzionatorio dei licenziamenti ingiustificati irrazionale e intrinsecamente instabile”⁹⁹.

In realtà, adottando una posizione intermedia, si può sostenere che nel complesso si tratta di una sentenza tutto sommato equilibrata¹⁰⁰, la quale ha realizzato un intervento “stabilizzatore”¹⁰¹ dell'impalcatura complessiva del contratto a tutele crescenti¹⁰², nella misura in cui ha circoscritto il proprio intervento demolitorio confermando la marginalizzazione della reintegrazione ed il passaggio dalla c.d. *property rule* alla *liability rule*¹⁰³.

Non si può negare che in tale contesto la Corte abbia accolto una soluzione che dilata in modo significativo, forse eccessivo, la discrezionalità giudiziale fino ad aprire scenari neanche impensati a favore del diffondersi di un c.d. diritto liquido¹⁰⁴. Ma proprio il grado di incertezza, elevato a “fattore, e vessillo, di resistenza nei confronti della razionalità propria degli operatori dell'economia globalizzata”¹⁰⁵, assume carattere decisivo al fine di attribuire nuovamente alla tecnica sanzionatoria una funzione dissuasiva o deterrente, se si considera la sanzione edittale massima *ex ante* applicabile, più che quella liquidata in concreto dal giudice, la quale opera *ex post* in via rimediale¹⁰⁶.

⁹⁸ Cfr. A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore ...*, cit., p. 239; A. TOPO, *op. cit.*, p. 628; P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 ...*, cit., p. 244.

⁹⁹ Così A. TURSI, *op. cit.*, p. 256 ss., spec. p. 260, che svolge una critica serrata alla sentenza della Corte.

¹⁰⁰ Cfr. O. MAZZOTTA, *op. ult. cit.*, p. 629; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 638; F. CARINCI, *op. cit.*, p. 465; G. SIGILLÒ MASSARA, *op. cit.*, p. 231 parla di sentenza “bilanciata”.

¹⁰¹ Così P. TOSI, *Spigolature di dottrina...*, cit., p. 640.

¹⁰² Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 634; P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo “dopo”*, cit., p. 246 ss.

¹⁰³ Cfr. P. ICHINO, *op. cit.*, p. 1050 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 634 s.; P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 249; M. MAGNANI, *Il “Jobs Act” e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*, in *DRI*, 2019, p. 612 ss.

¹⁰⁴ Cfr. spec. C. PISANI, *op. cit.*, p. 149 ss. e *Il regime sanzionatorio del licenziamento alla deriva del diritto liquido*, in *RIDL*, 2019, I, p. 353 ss.

¹⁰⁵ Così M. NOVELLA, *op. cit.*, p. 288.

¹⁰⁶ Cfr. G. BOLEGO, *La liquidazione dell'indennità per licenziamento ingiustificato dopo C. cost. n. 194/2018: prime indicazioni della giurisprudenza di merito*, in *Labor*, 2019, p. 350. F. MARTELLONI, *op. cit.*, p. 277 s. parla di “straordinaria leva” per spingere gli attori a privilegiare soluzioni condivise.

La reazione della Corte costituzionale è stata, in definitiva, davvero significativa. Si può ben dire che essa "rovescia il paradigma liberista"¹⁰⁷ realizzando un nuovo mutamento del modello normativo imperniato appunto sulla (almeno parzialmente) recuperata effettività dei limiti al potere del datore di licenziare, oltre che sulla riduzione della flessibilità in entrata (specialmente con riguardo al contratto a termine ed al contratto di somministrazione a termine), che torna a fare del contratto a tempo indeterminato la regola.

Il modello è certamente diverso da quello voluto dal *Jobs Act*, anzi è addirittura divenuto incoerente con gli intenti originari del legislatore¹⁰⁸ e la stessa espressione "contratto a tutele crescenti" ora non ha più alcun senso (sempre che l'avesse avuto prima)¹⁰⁹.

Non soltanto: la sentenza n. 194/2018 è ricca di indicazioni sistematiche e contribuisce in modo rilevante alla costruzione del diritto del lavoro italiano¹¹⁰. Ha un'importanza che è corretto definire "ordinamentale"¹¹¹, tanto più che detta altresì le linee guida alle quali il legislatore e i giudici ordinari devono attenersi, precisando – con discreta chiarezza nei riguardi del primo – ciò che essi possono o non possono fare¹¹², ovvero fino a che punto e in che modo possono essere diversificate e ridotte le tutele.

Tale valutazione non cambia anche se non si può omettere di rilevare che quello della disciplina dei licenziamenti resta un cantiere aperto con numerosi dubbi interpretativi da risolvere e profili di irrazionalità da superare.

7. I problemi interpretativi aperti.

Prendendo le mosse dai primi, alcune questioni sono comuni ad entrambe le riforme del 2012 e del 2015. In particolare, non possono considerarsi pacificamente acquisite le soluzioni accolte ed in precedenza ricostruite in ordine alla qualificazione dei vizi procedurali ed alla equiparabilità del principio di immediatezza ad un requisito di carattere sostanziale ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria o indennitaria

¹⁰⁷ Così L. MARIUCCI, *op. cit.*, p. 239.

¹⁰⁸ Cfr. G. SIGILLÒ MASSARA, *op. cit.*, p. 221 s.

¹⁰⁹ Cfr. R. FABOZZI, *op. cit.*, pp. 836 s. e 857, che si sofferma su tali aspetti e sulle questioni semantiche sollevate prima e dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018.

¹¹⁰ Cfr. A. TOPO, *op. cit.*, p. 639; F. MARTELLONI, *op. cit.*, p. 271.

¹¹¹ Così L. ZOPPOLI, *Il licenziamento "decostituzionalizzato" ...*, cit., p. 277, che altrettanto condivisibilmente parla di "ricostruzione delle fattezze sistematiche" (p. 281). Riconosce l'"indubbia importanza" della sentenza A. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 3 s., il quale peraltro sottolinea che essa "lascia non poco amaro in bocca" soprattutto in quanto il bilanciamento evocato alla fine è rimasto estraneo al contenuto della sentenza.

¹¹² Cfr. F. MARTELLONI, *op. cit.*, p. 274 s.

forte, anziché del meccanismo indennitario debole di cui agli artt. 18, comma 6, l. n. 300/1970 e 4, d. lgs. n. 23/2015.

Controversa è altresì la configurabilità del difetto di motivazione. In altre parole, appare tutt'altro che assodato dove vada tracciata la linea di demarcazione tra omissione della motivazione e violazione del requisito di motivazione, cioè tra licenziamento immotivato (inefficace *ab origine* e sanzionabile con la tutela reale di diritto comune) e viziato per violazione del requisito di motivazione (sanzionato con l'indennità in misura ridotta)¹¹³. Mentre resta ancora controversa l'applicabilità della tutela indennitaria di cui all'art. 8, l. n. 604/1966 o della reintegra di diritto comune nel caso di motivazione omessa o viziata nelle piccole imprese per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015¹¹⁴.

Con riguardo all'art. 18, l. n. 300/1970, come novellato dalla legge n. 92/2012, le problematiche ora più controverse attengono all'ambito di applicazione della tutela reintegratoria, soprattutto in caso di mancanza del giustificato motivo oggettivo, relativamente tanto all'omesso *repêchage*, quanto alla violazione dei criteri di scelta¹¹⁵, oltre che – come anticipato (§ 3) – all'estensione della discrezionalità del giudice nei casi in cui questi ravvisi la manifesta insussistenza del fatto sul quale si fonda il licenziamento.

Ma resta certamente controversa soprattutto una serie di questioni sollevate dalla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale relativamente al d. lgs. n. 23/2015.

Proprio in ordine all'art. 3, comma 1, sul quale essa è intervenuta, si è immediatamente dibattuto in ordine ai criteri applicabili per determinare l'indennità risarcitoria ivi prevista.

Viene a tal fine, innanzitutto, in rilievo la controversa problematica concernente la natura stessa della sentenza della Corte, se puramente

¹¹³ Cfr. G. BOLEGO, *Il licenziamento immotivato alla luce del d. lgs. n. 23 del 2015*, in *DLRI*, 2016, spec. p. 321 ss., il quale propende per l'inefficacia del licenziamento nel caso in cui la motivazione, che deve essere contestuale al licenziamento, manchi del tutto, con conseguente applicazione della tutela reale di diritto comune.

¹¹⁴ Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali cfr. M. PAPALEONI, D. CAGETTI, *Forma del licenziamento*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 568 ss.

¹¹⁵ Dottrina e giurisprudenza sono divise su tali aspetti: cfr. L. M. DENTICI, *Licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e criteri di scelta*, in *DRI*, 2019, p. 319 ss. La Suprema Corte ha, comunque, escluso che la sola violazione dei criteri di scelta comporti la "manifesta insussistenza del fatto" su cui si fonda il giustificato motivo oggettivo: cfr. Cass., 8 luglio 2016, n. 14021. Relativamente all'omesso *repêchage v. retro*, testo e nota 31.

ablattiva¹¹⁶ oppure, al contrario, additiva o manipolativa, in virtù della diretta rilevanza della motivazione¹¹⁷.

A ben vedere, la scelta di non collocare nel dispositivo, ma solo nella motivazione, i criteri di cui all'art. 8, l. n. 604/1966 e all'art. 18 st. lav. non può essere priva di conseguenze¹¹⁸. In realtà quelle della Corte sembrano mere indicazioni interpretative con un grado di vincolatività non così stringente¹¹⁹. Si tratta di una questione che peraltro non dovrebbe creare particolari problemi sul piano pratico-applicativo "perché è verosimile che i giudici utilizzeranno ... proprio i criteri evocati ... dalla Corte in motivazione"¹²⁰. Tuttavia, è auspicabile che vengano presi in considerazione anche i criteri di cui all'art. 32, l. n. 183/2010, ed in particolare le iniziative assunte dal lavoratore per cercare, o quelle del datore per offrire, nuova occupazione¹²¹, specie alla luce della natura soprattutto risarcitoria attribuita dalla Corte all'indennità prevista dal d. lgs. n. 23/2015. Il tutto senza trascurare che la ricostruzione in tali termini dell'indennità rischia di far ricadere sul lavoratore l'onere di dimostrare il pregiudizio realmente subito¹²²: una conclusione che soltanto la considerazione della polifunzionalità della sanzione può in parte circoscrivere.

¹¹⁶ Cfr. L. ZOPPOLI, *op. ult. cit.*, p. 281; A. ANDREONI, *Introduzione. I licenziamenti individuali dopo la sentenza della Corte: le questioni applicative*, in A. ANDREONI, L. FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 19; A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 224 s.; C. CESTER, *Il jobs Act sotto la scure...*, *cit.*, p. 166; M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, in MGL, 2018, p. 83; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, *cit.*, p. 157 s.; A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 230 s. parla di "illegittimità parziale testuale".

¹¹⁷ Per lo meno sul piano sostanziale M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, *cit.*, p. 15 s.; S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte Costituzionale*, in LDE, 2019, p. 88 s.; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, *cit.*, p. 150 s.; 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.*, p. 68; *contra* M.V. BALLESTRERO, *op. cit.*, p. 247.

¹¹⁸ Così A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 231; P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo "dopo"*, *cit.*, p. 254; F. AMENDOLA, *La disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018*, in RIDL, 2019, I, spec. p. 319 ss.

¹¹⁹ Cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 224 s., che esclude trattarsi di pronuncia di tipo additivo; P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 254 non ritiene vincolanti tali criteri.

¹²⁰ Così R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 639. Cfr. anche P. TOSI, *op. loc. ultt. citt.* La previsione è confermata dalla prima giurisprudenza pronunciatasi al riguardo: cfr. C. PAREO, *Le tutele crescono ancora (solo) in base all'anzianità di servizio?*, in ADL, 2019, p. 1383 ss.

¹²¹ Cfr. A. TURSI, *op. cit.*, p. 271 s.

¹²² Cfr. R. FABOZZI, *op. cit.*, p. 850 ss.

Resta inevitabilmente affidato alla discrezionalità dei giudici il bilanciamento dei criteri menzionati dalla Corte costituzionale¹²³ e degli altri criteri appena ricordati, di cui non sembra sancita alcuna gerarchia¹²⁴. È, in realtà controverso, se quanto meno all'anzianità di servizio sia stata attribuita dalla Corte una priorità meramente logica¹²⁵ o una vera e propria supremazia gerarchica, come sostengono alcuni settori della dottrina¹²⁶. Ma, in ogni caso, il dubbio si rivela molto teorico, se si considera che, comunque, non sarebbe dato comprendere in quale misura tale prevalenza dovrebbe operare¹²⁷. Ciò tanto più che, nel testo normativo scaturito dall'intervento della Corte costituzionale, è venuto meno ogni riferimento al valore minimo (le "due mensilità per ogni anno di servizio"), di cui all'originario art. 3, d. lgs. n. 23/2015¹²⁸. E le prime pronunce dei giudici di merito confermano la varietà del bilanciamento dalle stesse compiuto, che tiene conto quasi sempre dell'anzianità di servizio, soltanto in alcuni casi discostandosi in modo significativo dalla quantificazione deducibile dalla norma originaria, in virtù del rilievo attribuito in particolare alle dimensioni aziendali (avuto particolare riguardo al numero dei dipendenti occupati o alle dimensioni dell'attività economica), al comportamento del datore di lavoro o alle condizioni del lavoratore (lunga disoccupazione, carichi di famiglia, ad es.)¹²⁹.

Dubbi sono stati sollevati anche con riguardo all'impatto che la sentenza della Corte ha prodotto su altre disposizioni del d. lgs. n. 23/2015.

Se l'espresso richiamo all'art. 3, comma 1, contenuto negli artt. 9 e 10, in tema di piccole imprese e di licenziamento collettivo, fa pensare alla diretta applicazione dei principi della sentenza n. 194/2018, non sono mancate prospettazioni diverse, anche alla luce della diversità dei vizi che vengono in rilievo, almeno con riguardo alla seconda delle norme ricordate¹³⁰.

Diversamente sembra di poter concludere in relazione all'art. 4¹³¹, che, pur introducendo un meccanismo simile a quello dell'art. 3, comma 1, non

¹²³ Cfr. C. PISANI, *La Corte costituzionalità e l'indennità ...*, cit., p. 157 ss.

¹²⁴ A. PERULLI, *Correzioni di rotta. La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art. 3, comma 1, d. lgs. n. 23/2015 alla luce del c.d. "Decreto Dignità" e della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *LDE*, 2019, n. 1, p. 23.

¹²⁵ M.T. CARINCI, *op. loc. ultt. citt.*; C. PONTERIO, *op. cit.*, p. 84; P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, in *DLM*, 2018, p. 652 s.; V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, p. 64 ss.

¹²⁶ P. ICHINO, *Il rapporto fra il danno prodotto dal licenziamento...*, cit., p. 1055; M. GAMBACCIANI, *op. cit.*, p. 80; M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 619; A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 238 s.

¹²⁷ Così giustamente P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 255.

¹²⁸ A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 242 e P. TOSI, *op. loc. ultt. citt.*

¹²⁹ Cfr. C. PAREO, *op. cit.*, p. 1383 ss.

¹³⁰ Esprime dubbi A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 226.

¹³¹ Per alcuni l'art. 4 non è stato toccato: cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 641.

richiama espressamente tale norma e disciplina vizi, procedurali e formali, ontologicamente diversi dalla mancanza di giustificazione¹³², alla quale è interamente dedicata la motivazione della sentenza¹³³. Cioché non si rivela possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata di fronte al chiaro tenore letterale della norma, e quindi in mancanza di una lacuna della legge¹³⁴. Mentre, nei casi degli artt. 9 e 10, viene applicato lo stesso meccanismo sanzionatorio dell'art. 3, comma 1, cui esplicitamente rinviano le suddette norme¹³⁵.

Analogamente l'art. 6 non pare toccato dall'intervento della Consulta, dato che è norma incentivante di carattere fiscale¹³⁶. Ma, anche al riguardo, non possono essere trascurate le osservazioni – certamente convincenti sul piano dello *ius condendum* (v. *infra* § 9) – di chi ritiene che il beneficio fiscale si estenda alla maggior somma offerta nella sede protetta, alla luce della "ratio della norma, chiaramente diretta a favorire la composizione bonaria della vertenza" e per altro verso del "dato testuale, provvisto di rilevanza sistematica, per cui l'esclusione del beneficio è testualmente disposta"¹³⁷ per le "eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro".

8. Tra incongruità e ulteriori profili di incostituzionalità.

La normativa sui licenziamenti appare per più versi irrazionale e segnata da diversità di trattamento poco giustificate. In particolare, il quadro delle tecniche sanzionatorie è eccessivamente frammentato¹³⁸. Persino il numero dei meccanismi di tutela è controverso e il conteggio oscilla tra 11 e 15. In ogni caso, sono troppi e troppo differenziati tra loro, con la sovrapposizione e convivenza di differenti disegni di politica del diritto.

Per alcune incongruenze o supposte irragionevolezza si è prospettata l'esistenza di ulteriori profili di incostituzionalità, in linea con le argomentazioni in precedenza ricostruite della Consulta.

In particolare, non è difficile ipotizzare il contrasto con l'art. 3 cost. dell'art. 4, d. lgs. n. 23/2015 per il riferimento alla sola anzianità di servizio, una volta ritenuto che non sia possibile fornirne un'interpretazione

¹³² Cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 225 s.

¹³³ Cfr. P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 250.

¹³⁴ Cfr. S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁵ Cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 226. *Contra* P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 250 s., che propende piuttosto per la prospettazione dell'incostituzionalità.

¹³⁶ Cfr. A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 225. *Contra* P. TOSI, *op. loc. ultt. citt.*

¹³⁷ Così P. TOSI, *op. loc. ultt. citt.*

¹³⁸ R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 637 parla di "selva inestricata".

costituzionalmente orientata¹³⁹. Vengono, infatti, in rilievo vizi ontologicamente diversi dalla mancanza di giustificazione, come anticipato, ma le relative garanzie sono parimenti riconducibili a valori costituzionali, *in primis* il rispetto della libertà, personalità e dignità umana¹⁴⁰. Di conseguenza, da un lato, possono essere riproposte le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale in ordine alla irragionevolezza di un'indennità collegata alla sola anzianità di servizio ed alla conseguente necessità della personalizzazione del ristoro economico; dall'altro, appare eccessivo il divario dell'importo previsto tra vizio formale o procedurale e assenza di giustificazione specie dopo il decreto Dignità¹⁴¹.

Analogamente si potrebbe prospettare l'incostituzionalità dell'art. 18, comma 6 st. lav., nella misura in cui limita la discrezionalità giudiziale imponendole di tener conto della sola "gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro"¹⁴².

Meno convincenti appaiono, invece, altri possibili profili di incostituzionalità prospettati da autorevoli settori della dottrina.

Così, rimanendo al d. lgs. n. 23/2015, con riguardo all'art. 3, comma 2, si deve escludere l'irragionevolezza intrinseca della norma nella misura in cui esclude qualunque valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione al fine di consentire l'applicazione del rimedio reintegratorio¹⁴³. Infatti, nel momento in cui si ritenga – come ormai pacificamente ammesso¹⁴⁴ – che l'inadempimento deve essere disciplinarmente rilevante, il legislatore può ben individuare la sanzione applicabile in un'indennità risarcitoria, la determinazione del cui importo è rimessa al giudice ordinario, analogamente a quanto disposto dall'art. 18, comma 5, l. n. 300/1970.

Anzi, dopo l'intervento della Corte costituzionale la misura di tale indennità potrebbe risultare più alta proprio per i lavoratori assunti dopo il

¹³⁹ Cfr. A. TURSI, *op. cit.*, p. 272; G. SIGILLÒ MASSARA, *op. cit.*, p. 223; G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti...*, cit., p. 211; S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 10. V. anche *retro*, testo e nota 134.

¹⁴⁰ Cfr. C. cost., 30 novembre 1982, n. 204; 25 luglio 1989, n. 427; 23 luglio 1991, n. 364. In dottrina v. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali ...*, cit., p. 603 e E.M. MASTINU, *op. cit.*, pp. 733 e 743.

¹⁴¹ Cfr. A. TURSI, *op. cit.*, p. 273. Trib. Bari, ord. 18 aprile 2019, in *GU*, 4 dicembre 2019 e Trib. Roma, ord. 3 gennaio 2020, in *GLav*, 2020, n. 7, p. 42, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale del d. lgs. n. 23/2015 relativamente al risarcimento con calcolo automatico per i vizi della motivazione e le violazioni procedurali.

¹⁴² Così A. TURSI, *op. cit.*, p. 272.

¹⁴³ Cfr. S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 9; v. anche L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 507 ss.

¹⁴⁴ Cfr. A. TURSI, *op. cit.*, p. 273. V. anche *retro*, testo e note 24, 25.

7 marzo 2015¹⁴⁵. Tuttavia ciò può essere ritenuto poco coerente, ma non irragionevole, se si considera che per questi ultimi le *chances* di reintegra sono decisamente minori, tanto che non sembra sia possibile valutare quale tutela sia migliore¹⁴⁶.

Analogamente non sembra prospettabile l'irragionevolezza dell'art. 3 nella misura in cui diversifica i rimedi applicabili a seconda che il licenziamento venga disposto per ragioni soggettive o per giustificato motivo oggettivo, escludendo in quest'ultima fattispecie qualunque possibilità di applicazione della tutela reintegratoria. Infatti "la differenza strutturale" tra le due ipotesi di licenziamento giustifica il loro diverso trattamento. Inoltre, ad aggirare la possibilità di applicazione della reintegra non basterebbe definire il licenziamento come oggettivo, considerato che il giudice potrebbe riqualificarlo come disciplinare, se non considerarlo come un negozio in frode alla legge¹⁴⁷.

Allo stesso modo e per le stesse ragioni non sembra fondata l'eccezione di incostituzionalità recentemente sollevata con riguardo all'art. 18, comma 7, l. n. 300/1970 in quanto volto ad introdurre "un trattamento irragionevolmente discriminatorio tra situazioni identiche", quali quelle in cui sia "accertato che manchi del tutto il fondamento, la ragione giustificativa" del licenziamento¹⁴⁸. Inoltre, nel caso della norma in questione la possibilità della reintegra è espressamente prevista e non sembra che l'aver (eventualmente) affidato l'applicazione di tale rimedio alla discrezionalità del giudice¹⁴⁹ risulti irragionevole o contrasti con altri principi fondamentali (artt. 41, 24 o 111 cost.), tanto più considerando l'importanza ed il ruolo che la Corte costituzionale ha attribuito alla suddetta discrezionalità.

¹⁴⁵ P. ICHINO, *Il rapporto fra il danno prodotto dal licenziamento...*, cit., p. 1057 s.; A. PERULLI, *Correzioni di rotta ...*, cit., p. 20 s.; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, cit., p. 172; G. SIGILLÒ MASSARA, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴⁶ Cfr. analogamente A. TURSI, *op. cit.*, p. 664.

¹⁴⁷ Cfr. E. GHERA, *Diversificazione delle discipline del licenziamento e principio costituzionale di eguaglianza*, in *VTDL*, 2016, p. 517 s. Per la possibilità di accertare e dichiarare la nullità per illiceità del motivo o per frode alla legge nel "caso del giustificato motivo oggettivo costruito ad arte, cioè quale mero pretesto per espellere un lavoratore indesiderato", cfr. C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d. lgs. n. 23 del 2015*, cit., p. 92 ss.

¹⁴⁸ Così Trib. Ravenna, ord. 7 febbraio 2020, cit. alla nota 32, che argomenta le proprie perplessità in modo ampio ed approfondito con particolare riguardo al rapporto tra "un licenziamento per G.M.O. fondato su un fatto (manifestamente) inesistente e un licenziamento per G.C. fondato su un fatto (semplicemente) inesistente", tra i quali "non vi è una differenza ontologica, naturalistica".

¹⁴⁹ Come anticipato *retro*, testo e nota 32, la giurisprudenza è peraltro divisa nella ricostruzione della reintegra come obbligo o facoltà per il giudice, una volta accertata la manifesta insussistenza del fatto sul quale si fonda il g.m.o.

Per quanto concerne l'art. 9, sembra di poter disconoscere l'irragionevolezza nei termini di inadeguatezza della misura dell'indennità prevista per le piccole imprese¹⁵⁰. Da un lato, infatti, la necessità di personalizzare il risarcimento trova risposta nel rinvio al meccanismo di determinazione dell'indennità di cui all'art. 3, comma 1, come novellato dalla Corte costituzionale. Dall'altro, la soluzione non è dissimile da quella introdotta dalla legge n. 604/1966 e da tempo è stata ritenuta ragionevole dalla Corte costituzionale per la necessità di non gravare di eccessivi oneri economici le imprese di minori dimensioni¹⁵¹. Anche se potenzialmente peggiorativa per coloro che vengano licenziati dai datori di lavoro che occupino più di 15 dipendenti, non può essere considerata irragionevole nella successione tra normative diverse, né eccessivamente penalizzante se si osserva che la pur ridotta entità del risarcimento è comunque uguale a quella applicabile alle imprese con meno di 16 dipendenti.

Analogha conclusione pare possa essere adottata con riguardo all'art. 10, anche se non si può negare che la disparità tra vecchi e nuovi assunti nel licenziamento collettivo è addirittura "esaltata"¹⁵², dato che la diversità di trattamento e la comparazione fra i lavoratori si verifica per il medesimo vizio nell'ambito della stessa procedura¹⁵³. Su tale argomento ha fatto leva la Corte d'Appello di Napoli nella propria ordinanza di rinvio alla Consulta. Tuttavia, l'eccezione appare superabile se si considera che, dal punto di vista concettuale, ovvero della causale, non sussistono differenze tra il licenziamento collettivo ed una pluralità di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo intimati contestualmente a lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015. Cosicché le argomentazioni e le soluzioni accolte dalla sentenza n. 194/2018 possono essere estese senza particolari difficoltà anche alla fattispecie appena ricordata.

È, del resto, nella consapevolezza di tale stato di cose che tanto la Corte d'Appello di Napoli, quanto il Tribunale di Milano hanno portato all'attenzione della Corte di giustizia europea alcuni nodi di fondo del d. lgs. n. 23/2015 prendendo le mosse proprio dall'istituto del licenziamento collettivo, in quanto rientrante nell'ambito del diritto dell'Unione: in tal modo, anche per la via della c.d. doppia pregiudizialità si sta cercando di ottenere a Lussemburgo quanto non si è riusciti a conseguire a Roma¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Cfr. in termini critici P. SARACINI, *op. cit.*, p. 658 s.; S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 11; R. FABOZZI, *op. cit.*, p. 865; P. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 876; P. TOSI, *op. ult. cit.*, p. 250; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 641.

¹⁵¹ Cfr. C. cost., 14 gennaio 1986, n. 2. Di opinione diversa è P. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 876.

¹⁵² Così S. GIUBBONI, *op. ult. cit.*, p. 11.

¹⁵³ Cfr. B. DE MOZZI, *Questioni introduttive in tema di licenziamento nel c.d. Jobs Act*, in VTDL, 2018, p. 82.

¹⁵⁴ Cfr. analogamente V. FERRANTE, *Licenziamento collettivo e lavoro a termine "stabilizzato": il Jobs Act viene rinviato alla Corte di giustizia europea*, in DRI, 2019, p. 1209 ss., che indica

Infatti, entrambe le ordinanze di rinvio perseguono, in realtà, l'obiettivo della messa in discussione della scelta di fondo del *Jobs Act* e dell'avallo che la marginalizzazione della reintegra ha ricevuto dalla Corte costituzionale: una sorta di appello improprio rispetto alla decisione della Consulta che "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"¹⁵⁵.

Prima ancora del merito delle questioni sollevate viene in rilievo la problematica di fondo del primato del diritto europeo e della Corte di giustizia come Corte dei diritti e dell'autonomia della pregiudizialità europea.

È, quindi, evidente che l'accoglimento delle eccezioni sollevate aprirebbe un evidente e difficilmente sanabile conflitto con la Corte costituzionale italiana, dato che i termini giuridici della questione coincidono.

In ogni caso, la ricostruzione operata dalla Consulta con la sentenza n. 194/2018 in ordine alla valenza dell'art. 30 della Carta di Nizza e dell'art. 24 della Carta Sociale, come riletta dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, appare convincente. Né persuade il tentativo di ottenere dalla Corte di Giustizia una declaratoria di contrasto della normativa italiana con il diritto dell'Unione, sia pur passando per la via dei licenziamenti collettivi, sino ad ottenere il riconoscimento di "una sorta di costituzionalizzazione europea del rimedio della reintegra"¹⁵⁶, ben lontano dal diritto stesso dell'Unione e dalle soluzioni sino ad ora adottate dagli Stati membri in modo assolutamente prevalente¹⁵⁷.

9. Le prospettive di ri-regolazione.

Alla luce del quadro ricostruito appare inevitabile invocare un nuovo intervento del legislatore. Infatti, anche se la prospettiva è complessa e per ora la giurisprudenza ha dato segni di equilibrio¹⁵⁸, non sembra

come unico profilo di "illegittimità" o, meglio, di "infedele trasposizione" la discriminazione nei trattamenti connessa al disconoscimento dell'anzianità di servizio per i lavoratori assunti a termine prima del 7 marzo 2015; conclude escludendo che un siffatto assetto possa estendersi agli altri profili della regolamentazione del *Jobs Act*.

¹⁵⁵ Così B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità (tra illegittimità a formazione progressiva ed esigenza di razionalizzazione legislativa)*, datt., p. 22.

¹⁵⁶ Così ancora B. CARUSO, *op. ult. cit.*, § 5.2.

¹⁵⁷ Cfr. M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014.

¹⁵⁸ Così M. MAGNANI, *op. cit.*, p. 621 s., che si dichiara contraria all'intervento del legislatore, così come A. BOLLANI, *op. cit.*, p. 227. Favorevoli sono, invece, A. MARESCA, *op. ult. cit.*, p. 243, che però dubita della volontà del legislatore; M. GAMBACCIANI, *op. cit.*, p. 86; M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale*

opportuno, né del tutto possibile, che il dato normativo sia sistematizzato esclusivamente per via interpretativa.

Peraltro, appare evidente che un tale intervento deve essere ben "meditato"¹⁵⁹ e risultare il frutto di un quadro politico assestato, in grado di adottare "indirizzi di politica del diritto idonei a ricondurre a razionalità il quadro normativo che si è "stocasticamente" venuto a creare"¹⁶⁰, nel rispetto dei valori espressi dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali, come declinati dalle Corti superiori.

Considerando le tradizioni del nostro ordinamento, sembra improbabile ipotizzare l'opzione per la valorizzazione di un modello alternativo quale quello fondato sulla tutela sindacale alla tedesca, anziché per il consolidato modello del primato della tutela giurisdizionale¹⁶¹.

In questo secondo caso, comunque, deve essere effettuata una scelta di fondo in relazione al tipo di intervento da compiere, se di mera pulizia tecnica o anche di modifica sostanziale delle soluzioni applicabili.

Il primo potrebbe essere volto semplicemente, da un lato, ad allineare il contenuto inspiegabilmente diverso di alcune norme, in particolare in tema di nullità (art. 18, comma 1 e art. 2, comma 1, d. lgs. n. 23/2015), di inefficacia (art. 18, comma 6; art. 4, d. lgs. n. 23/2015; art. 2, l. n. 604/1966), di retribuzione da considerare quale base di calcolo dell'indennità risarcitoria e del risarcimento da corrispondere nel caso di reintegra (art. 18 e art. 2, comma 2, d. lgs. n. 23/2015), di qualificazione

del "jobs act", in *ADL*, 2018, p. 1523; L. ZOPPOLI, *op. ult. cit.*, p. 292 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, p. 637; A. VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, in *MGL*, 2018, p. 254, che chiede l'abrogazione del d. lgs. n. 23/2015; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, cit., p. 171 s.; R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ...*, cit. p. 514, il quale giustamente sottolinea che l'attuale normativa "avrebbe bisogno (se non altro per abolire la duplicità di regime) di una revisione *ab imis* da parte di un legislatore orientato a un aperto e sereno compromesso fra le opposte istanze: vale a dire una condizione virtualmente impossibile a realizzarsi, a maggior ragione su un tema mediaticamente sensibile come quello dei licenziamenti"; R. SARACINI, L. ZOPPOLI, *Licenziamento illegittimo: l'intervento legislativo necessario*, in *Lavoro & Welfare*, 4 novembre 2019, p. 4, i quali, rilevata la necessità di un intervento legislativo, ritengono che "la soluzione di carattere economico ... potrebbe essere quella di prevedere una sorta di indennità occupazionale a carico del datore di lavoro rapportata alla retribuzione dovuta da ultimo e fino a una nuova assunzione"

¹⁵⁹ Cfr. P. ICHINO, *op. cit.*, p. 1058. In senso analogo v. C. CESTER, *Il jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale...*, cit., p. 172 s., secondo cui sarebbe opportuno un intervento del legislatore per ricomporre il sistema, anche se tale prospettiva è considerata tutt'altro che tranquillizzante. Si veda anche A. VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, in *MGL*, 2018, p. 253 s.

¹⁶⁰ Così A. TURSI, *op. cit.*, p. 274, il quale dubita delle "virtù taumaturgiche" del legislatore in mancanza di quanto riportato nel testo.

¹⁶¹ Solleva il dubbio con un'interessante suggestione L. MARIUCCI, *op. cit.*, p. 240 s., il quale comunque conclude che è "meglio quindi, al momento, una moratoria legislativa piuttosto del confuso bricolage che continua a svolgersi in materia di mercato del lavoro".

dell'indennità come risarcitoria (art. 18, comma 5 e art. 3, comma 1, d. lgs. n. 23/2015), di rimedio applicabile nel caso di licenziamento per inidoneità (reintegra con risarcimento pieno ex art. 2, comma 4, d. lgs. n. 23/2015 o reintegra con risarcimento limitato ex art. 18, comma 7); dall'altro, a chiarire il contenuto di altre norme, quali l'art. 6, d. lgs. n. 23/2015 in ordine ai limiti dell'esenzione fiscale dell'offerta conciliativa, quelle in tema di vizi relativi alla motivazione e alla procedura di licenziamento ed alle conseguenti sanzioni, l'art. 1, comma 2, d. lgs. n. 23/2015 con riguardo ai casi di conversione in senso tecnico o meno dei contratti a tempo determinato o di apprendistato ai fini dell'applicazione del *Jobs Act*¹⁶².

Il secondo sarebbe evidentemente più complesso e volto a razionalizzare il sistema, ben al di là delle due poco convincenti proposte presentate alla Camera¹⁶³.

Potrebbe investire le tecniche di controllo, senza abbandonare l'uso delle norme generali o aperte da adattare alle fattispecie concrete, ma introducendo, sia pur con i limiti visti nel settore pubblico per la giusta causa e per il giustificato motivo soggettivo, qualche previsione specifica, specie in tema di giustificato motivo oggettivo, in particolare con riguardo ai criteri di scelta ed all'estensione del *repêchage*.

Ma, soprattutto, dovrebbe riguardare nuovamente i meccanismi sanzionatori. Viene in rilievo in questo caso un intervento decisamente politico che non può non prendere le mosse innanzitutto dalla scelta di fondo relativa alla determinazione del punto di accettabile tollerabilità dell'incertezza. Sia pur in un contesto culturale che ormai accoglie l'idea di un "diritto liquido"¹⁶⁴, lasciare al giudice in modo così ampio la determinazione dell'entità delle conseguenze implica per il legislatore rinunciare in buona misura alle proprie prerogative, benché la Corte costituzionale abbia avallato un sistema rimediabile di questo tipo. Pur rispettando il principio di necessaria personalizzazione del danno da quest'ultima espresso, la discrezionalità giudiziale potrebbe, comunque, essere ragionevolmente circoscritta riordinando le indennità risarcitorie e specificando i criteri applicabili, magari con la reintroduzione dell'anzianità

¹⁶² Cfr. Trib. Roma, 6 agosto 2018, in *DRI*, 2019, p. 295, con nota di F. CAPPONI, *Il regime sanzionatorio per il licenziamento illegittimo in caso di trasformazione volontaria del rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato successiva al 7 marzo 2015*, secondo cui l'applicazione del d. lgs. n. 23/2015 opera nel caso di conversione in senso tecnico e non quando ricorrono trasformazioni volontarie.

¹⁶³ Cfr. F. CARINCI, *op. cit.*, p. 474 s.

¹⁶⁴ V. *retro* testo e nota 104.

aziendale quale parametro per individuare un minimo ed un massimo inderogabili¹⁶⁵.

L'altra opzione cruciale concerne l'estensione dell'intervento legislativo, ovvero la scelta tra un'operazione di semplificazione generale o soltanto parziale.

Nel primo caso, si tratterebbe di ritornare ad un meccanismo sanzionatorio unico, indipendente dalla data di assunzione del prestatore¹⁶⁶, distinto, come da tradizione, soltanto in relazione alle dimensioni del datore di lavoro¹⁶⁷, oppure in base a criteri diversi quali, in particolare, il fatturato e/o attraverso una combinazione fra gli stessi.

Per le piccole imprese si impone, comunque, l'opportunità di un allineamento fra art. 8, l. n. 604/1966 e art. 9, d. lgs. n. 23/2015.

Per le imprese medio-grandi la scelta dovrebbe essere necessariamente tra art. 18 riformato e d. lgs. n. 23/2015, magari con una soluzione in qualche modo intermedia. Con riguardo all'art. 18 si potrebbe ipotizzare di mitigarne talune asperità¹⁶⁸, in particolare escludendo la reintegra nel caso di mancanza del giustificato motivo oggettivo (art. 18, comma 7)¹⁶⁹ e in quello dell'esistenza di vizi procedurali e sostanziali del licenziamento collettivo. Qualora si optasse per l'applicazione generalizzata del d. lgs. n. 23/2015, si potrebbe estendere la reintegra ai casi indicati dall'art. 18, comma 4 e riordinare le indennità risarcitorie come in precedenza suggerito. Il risultato sarebbe identico, ma il significato politico e simbolico di una norma centrale come l'art. 18 suggerisce di operare su quest'ultima, magari nella direzione appena indicata.

Persuade, invece, molto meno la scelta conservativa di mantenere distinti i diversi meccanismi sanzionatori per lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, per tutte le incongruenze in precedenza illustrate anche quando non palesemente incostituzionali. Ma, se così fosse, sarebbe quanto meno opportuno intervenire nei termini alternativamente indicati in precedenza, chiarendo in quali casi vada applicata la reintegra in mancanza di giustificato motivo oggettivo e nel caso di vizi del licenziamento collettivo (art. 18) e riordinando – si ribadisce – le indennità risarcitorie, con previsione espressa dei criteri applicabili.

¹⁶⁵ C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato ...*, cit., p. 171 s.

¹⁶⁶ Cfr. in tal senso R. FABOZZI, *op. cit.*, pp. 846 e 859.

¹⁶⁷ Critici sul punto sono, tra gli altri, P. SARACINI, *op. loc. citt.* e P. PASSALACQUA, *op. cit.*, p. 871 ss., il quale propone l'abbassamento della soglia da 15 a 5 dipendenti (p. 874).

¹⁶⁸ Cfr. A. TURSÌ, *op. cit.*, p. 275, anche se con suggerimenti diversi.

¹⁶⁹ F. CARINCI, *op. cit.*, p. 477 ritiene "auspicabile" l'eliminazione della reintegra.