

**Edoardo Ghera**  
**Emerito Sapienza Università di Roma**

**Le tre sentenze della Corte Costituzionale sul regime sanzionatorio nel  
del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive.**

**1. Le tre sentenze: n. 194/2018; n.150/2020; n.59/2021.**

Oltre che vicine cronologicamente le tre sentenze n. 194/2018, n. 150/2020 e n. 59/2021, presentano alcuni tratti comuni ma anche alcune differenze.

Un tratto comune evidente è l'oggetto: il regime sanzionatorio posto a tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo. Nella sentenze n. 194/2018 e n. 150/2020 la pronuncia riguarda il regime previsto dal legislatore del *jobs act* per il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (una denominazione quest'ultima testualmente prevista dal legislatore: cfr. L. 10 dicembre 2014 n. 183 art. 1 lett. c, co. 7). Nella sentenza n. 59/2021 la pronuncia riguarda ugualmente il regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo previsto dall'art. 18 L. n. 20 maggio 1970 n. 300 (come sostituito dall'art. 1 co. 42 lett. b) L. 28 giugno 2012 n. 92) applicabile ai rapporti di lavoro instaurati anteriormente alla data (7 marzo 2015) di entrata in vigore del *jobs act*.

Comune è anche il tipo di sentenza adottata dalla Corte: in tutti e tre i casi siamo in presenza di sentenze manipolative della norma di legge di volta in volta scrutinata: si tratta in specie di sentenze **ablative**, perché modificano il dettato della Legge disponendo la cancellazione di alcune delle parole contenute nel testo. Ciò diversamente dal modello, parimenti creativo, delle sentenze dette **interpretative** perché a testo invariato vincolano i giudici (e non solo il giudice a quo) ad una tra le possibili interpretazioni e quindi ad una delle possibili norme ricavabili dal disposto legislativo.

Altrettanto facili da cogliere sono le **differenze**. Mentre le prime due pronunce riguardano le norme che regolano la determinazione dell'indennità dovuta al lavoratore in caso di vizio sostanziale (difetto di giustificazione) del licenziamento (sentenza n. 194/2018) oppure nel caso di vizio formale o procedurale del recesso/atto (sentenza n. 150/2020), la terza (sentenza n. 59/2021) interviene sul regime sanzionatorio (e cioè sul tipo di sanzione) da applicare nel caso di insussistenza del fatto addotto dal datore di lavoro a giustificazione del licenziamento. Sono le ipotesi che si possono definire di **ingiustificatezza aggravata** del licenziamento<sup>1</sup> e per le quali il legislatore della riforma Monti-Fornero 2012 riscrivendo l'art. 18 L. 20 maggio 1970 n. 300, ha stabilito un regime sanzionatorio diverso da quello ordinario.

La Corte si tiene fuori - ma come vedremo solo nelle prime due - dal *mismatch* tra tutela reale (reintegra nel posto di lavoro) e tutela obbligatoria o indennitaria (e cioè compensativa del danno) dal licenziamento illegittimo. Tuttavia ha modo di riaffermare in motivazione delle tre sentenze il tradizione *dictum* secondo cui la scelta tra l'uno e l'altro rimedio compete al legislatore (anche se nei limiti del canone della ragionevolezza). Piuttosto non si può ignorare che il vero e più importante tratto comune delle tre sentenze è di natura politica. Nella lunga sequenza delle pronunce con le quali la Corte è intervenuta nella materia dei licenziamenti<sup>2</sup> costante è stata la volontà sempre dichiarata di salvaguardare la competenza del legislatore e le sue scelte: con ciò ammettendo anche i quesiti referendari più volte proposti in materia. Il tutto trattandosi di materia molto delicata nei suoi risvolti economici e sociali. Un orientamento autolimitativo che invece è stato abbandonato o quanto meno modificato proprio dalle tre sentenze del triennio 2018-2021 nelle quali è più o meno evidente un marcato

---

<sup>1</sup> Cfr. E. Ghera "Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento" Riv.giur.lav. 2015, I, p. 425 ss.

<sup>2</sup> L'inizio è dato dalle sentenze della Corte Cost. n. 7/1958 e n. 45/1965

atteggiamento critico nei confronti delle riforme seguite dal 2012 (legge Monti-Fornero) e nel 2015 (*Jobs act*).

**2.- La sentenza n. 194/2018: la modifica del testo dell'art. 3 co. 1 D.Lgs. n. 23/2015 (modificato dal D.L. 12 luglio 2018 n. 87).**

La sentenza n. 194/2018 dichiara la illegittimità dell'art. 3 co. 1 D.lgs. n. 23/2015 nella parte in cui determina *“l'indennità in una somma di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del t. f. r. per ogni anno di servizio”*. La Corte ha eliminato dal testo della legge le riportate parole, perché ritenute in contrasto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza (art.3 co.1 cost.: divieto di ingiustificata omologazione di situazioni o fattispecie diverse), cancellandole sia nel testo originario (d.lgs. n.23/2015) sia nel testo modificato dall'art. 3 co. 1° D.L. 12 luglio 2018 n. 87 convertito in L. 9 agosto 2018 n. 96. Oggetto del ritaglio ablativo operato al giudice delle leggi è la parte di norma in cui il legislatore aveva previsto un sistema di determinazione automatica in misura crescente e forfettizzata in base soltanto all'anzianità di servizio dell'indennità dovuta al lavoratore.

Rimane in vigore la parte di norma in cui dispone che *“il giudice dichiara l'estinzione del rapporto di lavoro”* alla data del licenziamento e condanna il datore al pagamento di una indennità *“in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità”*.

Si noti che i fattori di calcolo (ultima retribuzione mensile e annualità di servizio), e la funzione compensativa dell'indennità non sono toccati. Viene invece eliminato il meccanismo automatico per la determinazione in proporzione all'anzianità di servizio dell'indennità dovuta nel caso di licenziamento privo di giustificato motivo (oggettivo o soggettivo) o giusta causa. Il giudice viene infatti svincolato dal dovere di applicare la scala crescente tra il limite minimo (la *“soglia”* di almeno 4 mensilità) e il *“tetto”*

(limite massimo) di 24 mensilità (parametri nel frattempo aumentati dal legislatore da 6 a 36: si v. art. 3 co. 1, D. L. n. 87/2018 convertito in L. n. 98/2018 c.d. “decreto di dignità”) per la determinazione dell’importo della indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale e quindi di natura compensativa (ma qui non definita omnicomprensiva: v. invece art. 18 co. 4 L. n. 300/1970) per il licenziamento ingiustificato<sup>3</sup>.

Pertanto viene conferita un’ampia discrezionalità al giudice il quale potrà – prescindendo dall’anzianità e nei limiti delle nuove “soglie” di 6 e 36 mensilità risultanti dalla parte superstite dell’art. 3 co. 1 – liquidare importi anche molto superiori a quelli previsti dalla precedente disciplina (come è evidente del nuovo sistema si avvantaggiano anzitutto i lavoratori con minore anzianità: in particolare i giovani).

In ogni caso viene cancellato un tratto caratteristico del *jobs act*: **la certezza del costo** del licenziamento, anche ingiustificato, garantito dal precedente automatismo legislativo al datore di lavoro. Un fattore di rischio la cui compressione è considerata di grande rilievo per la tutela delle imprese ma molto criticato dalle dottrine che intravedono in una simile misura un incentivo nemmeno troppo mascherato ai licenziamenti.

### **3.- Segue. La questione della efficacia nel tempo della nuova disciplina.**

La sentenza n. 194/2018 è importante anche perché si pronuncia sulla questione pregiudiziale – ed in effetti normalmente sollevata dalle parti e dagli stessi giudici remittenti – della delimitazione nel tempo della efficacia della disciplina introdotta dal legislatore del *jobs act* con riferimento al c.d. “contratto a tutele crescenti”.

In particolare la parte ricorrente nel giudizio *a quo* si è chiesta (n.2.1 *ritenuto in fatto*) se le nuove norme “*determinerebbero un’ingiustificata disparità di*

---

<sup>3</sup> Cfr. V. Speciale, “*La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*” R.G.L. n. 1/2019 Parte seconda p. 3 ss.

*trattamento tra i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015 – per i quali l’art. 1, co. 7 lettera c), della legge n. 183 del 2014 e “gli articoli attuativi contenuti nella delega” prevedono “una sostanziale modifica peggiorativa delle condizioni di tutela” – e i lavoratori assunti con identico contratto, anche nella stessa azienda, prima del 7 marzo 2015”.*

Questione giuridica [la modificabilità in peius della disciplina dei rapporti di lavoro] alla quale è sottesa la questione politica della conservazione o meno, nel concreto dei rapporti di lavoro sino allora e ad oggi esistenti, del precedente sistema di tutela reale contro i licenziamenti illegittimi (in sostanza l’art. 18 St. Lav. nel testo novellato dalla legge “Monti-Fornero”).

Allo scopo di evitare un prevedibile e gravoso contenzioso per l’accertamento dei diritti presuntamente acquisiti in base al preesistente trattamento normativo più favorevole (in questo caso il diritto alla reintegrazione come rimedio al licenziamento illegittimo), la legge-delega del *jobs act* (L. 10 dicembre 2014 n. 183) e conseguentemente il D.Lgs. 4 marzo 2015 n. 23, ha previsto (art. 1 co. 1) che la nuova disciplina (la quale ha reso marginale il rimedio della reintegra) trovi applicazione ai rapporti di lavoro instaurati dopo la data (7 marzo 2015) dell’entrata in vigore della nuova legge. I lavoratori assunti prima di tale data continueranno a godere, ove ne ricorrano in concreto i requisiti, del regime di stabilità reale.

Eccezioni sono stabilite per i dipendenti in precedenza assunti con contratto a tempo determinato o apprendistato quando la conversione in contratto a tempo indeterminato intervenga nella vigenza della nuova legge: vale qui la regola *tempus regit actum*. Sono altresì eccettuati i lavoratori in precedenza assunti dai datori di lavoro che raggiungano successivamente alla suddetta data del 7 marzo 2015 il requisito occupazionale di cui all’art. 18 co. 8 e 9 i quali vengono a guadagnare il beneficio della tutela reale.

Sulla questione della successione nel tempo delle due normative è da sottolineare, in motivazione (*Considerato in diritto* n. 6) la esplicita e argomentata presa di posizione della Corte in favore della scelta del legislatore in merito alla delimitazione nel tempo dell'efficacia della nuova legge. In particolare si afferma la conformità al canone di ragionevolezza (art. 3 co. 1 cost.) del regime temporale differenziato previsto dall'art. 1 D.Lgs. n. 23/2015 mettendo in rilievo come il semplice “**fluire del tempo**” possa essere - in mancanza di circostanze incompatibili e purchè sorretto da un ragionevole bilanciamento tra gli interessi di rilievo costituzionale coinvolti - ragione sufficiente per sottoporre a discipline diverse tra loro i rapporti di durata come è sicuramente il rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Ed invero “*spetta difatti alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme*” (sentenza n. 273 del 2011, punto 4.2 del *Considerato in diritto* e n. 94 del 2009 punto 7.2 del *Considerato in diritto*; sentenza n. 104 del 2018, punto 7.1 del *Considerato in diritto*).

Conferma della decisione così assunta, sia pure *a contrario*, si trova nella pronuncia di inammissibilità della medesima questione pregiudiziale adottata dalla Corte con la successiva sentenza n. 254 del 26 novembre 2020 riguardante i licenziamenti collettivi.

#### **4.- Segue. La sentenza n. 194/2018: la giusta commisurazione dell'indennità in caso di licenziamento ingiustificato.**

Superata la questione relativa alla applicazione nel tempo (soltanto al contratto a tutele crescenti) della nuova disciplina dell' indennità nel caso di licenziamento illegittimo, occorre soffermarsi su alcuni aspetti sistematici toccati dalla sentenza n. 194/2018. In primo luogo va evidenziato, per quanto ovvio, il richiamo al principio della necessaria giustificazione del licenziamento e la connessione diretta tra tale principio fissato nell'art. 1 L. 15/07/1966 n. 604, e la enunciazione in Costituzione delle norme-principio

affermatrici del diritto al lavoro (art. 4 cost. co. 1) e della tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni (art. 35 cost. co. 1°); si v. già Corte cost. n. 45/1965; n. 60/1991; n. 541/2000; n. 46/2000.

Ma il “*nuovo*” della sentenza è nella declaratoria di illegittimità del sistema della predeterminazione/forfettizzazione legale del danno; e, per converso, nello sviluppo e nell’affermazione dell’opposto principio della **personalizzazione del danno** da licenziamento illegittimo<sup>4</sup>.

Come scritto in motivazione, il legislatore del *jobs act* aveva eliminato il potere discrezionale del giudice di adeguare l’indennizzo al pregiudizio subito dal lavoratore in conseguenza del licenziamento illegittimo. Viceversa secondo la Corte per essere adeguata l’indennità deve essere determinata con riguardo non solo all’anzianità di servizio e in misura standardizzata (come previsto dal censurato art. 3 co. 1 D.Lgs. n. 23 del 2015) ma anche agli altri criteri indicati in motivazione (e ivi testualmente ripresi dall’art.8 L. n.604/1966 come modif. art.2 co.3 L. n. 108/1990: numero dei dipendenti, dimensioni dell’impresa, anzianità di servizio, comportamento e condizioni delle parti).

L’art. 8 L. n. 604 dunque nello stabilire questi criteri ai quali il giudice deve attenersi nella determinazione dell’indennità in caso di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, ha preso in considerazione una pluralità di fattori tra loro complementari e idonei a differenziare la misura dell’indennità non soltanto in funzione risarcitoria del pregiudizio arrecato alla perdita del posto di lavoro, ma anche in funzione della penalizzazione dell’imprenditore nella sua qualità di soggetto responsabile del licenziamento ingiustificato.

---

<sup>4</sup> Sulla personalizzazione del danno v. Arturo Maresca “*I criteri di determinazione dell’indennità ex art. 3 co. 1 D.Lgs n. 23/2015 nella giurisprudenza costituzionale: tutele (ancora) crescenti per anzianità ma correggibili*”, RIDL n. 4, 2020, p. 479 ss.

Infatti al di là della personalizzazione del danno - e a monte della pluralità degli elementi che la determinano - la sentenza n. 194/2018 mette in evidenza la funzione non tanto risarcitoria o compensativa del danno ma quanto - e in primo luogo - sanzionatoria dell'illecito costituito dal licenziamento illegittimo che il legislatore assegna alla indennità stessa (questa da configurarsi - aggiungiamo noi - quale e vera propria pena privata)<sup>5</sup>.

Per questa ragione, argomenta la Corte, in assenza di una tutela reale - prevista invece dal "vecchio" art. 18 St.Lav. - la tutela risarcitoria predisposta dall'art. 3 co. 1, per i lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti (e dunque dopo il 7 marzo 2015) non può essere ancorata al solo parametro dell'anzianità di servizio ma deve essere adeguata ad assicurare in concreto non soltanto la riparazione del danno ma soprattutto la funzione dissuasiva o di punizione del comportamento del datore di lavoro in quanto autore dell'illecito licenziamento.

A sostegno della soluzione adottata si richiama la precedente giurisprudenza della Corte secondo cui *"la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale (sentenza n. 148 del 1999) purchè sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenza n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)"*. Questo può non essere integrale e cioè equivalente alla diminuzione del patrimonio ma deve essere comunque adeguato al pregiudizio arrecato: ciò che può avvenire mediante l'opportuno temperamento, affidato al legislatore, degli interessi in conflitto delle parti. Pertanto l'inadeguatezza della indennità in misura forfettizzata di cui all'art. 3 - specialmente evidente nel caso di lavoratori con anzianità ridotta - inficia la capacità sanzionatoria dell'indennità stessa. Di modo che dalla inadeguatezza dell'effetto

---

<sup>5</sup> Avvertiamo che funzione risarcitoria e funzione sanzionatoria si cumulano agevolmente nel licenziamento come in altri casi di illecito contrattuale: sia consentito il richiamo a E. Ghera *"Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento"* Riv.giur.lav. parte I 2015 p. 425 e ss.1

dissuasivo viene in evidenza da un lato una eccessiva compressione dell'interesse del lavoratore alla conservazione e/o continuità del rapporto; e, dall'altro lato, una ingiustificata prevalenza del contrario interesse del datore di lavoro.

Sul punto la Corte osserva ancora che la duplicità della funzione – risarcitoria e sanzionatoria - dell'indennità, trascurata dal legislatore nel *jobs act*, era stata invece contemplata nell'art. 8 L. n. 604/1966 (come sostituito dall'art. 2 co. 3° L. n. 108/1990) applicabile come noto al licenziamento ingiustificato nelle imprese o unità produttive non superiori a 15 occupati e perciò escluse dal campo di applicazione dell'art. 18 St.Lav..

Riassumendo. Secondo la Corte la funzione dell'indennità non è tanto risarcitoria quanto sanzionatoria dell'illegittimità del licenziamento ingiustificato. Nella legge del resto la funzione risarcitoria viene più volte richiamata nelle parole ma solo in via generica senza uno specifico collegamento ad una istanza sociale di **personalizzazione del danno** (o in genere del **pregiudizio**) subito dal lavoratore. Infatti tale istanza - è evidenziato nella motivazione della sentenza n. 194/2018 - non viene collegata alle specifiche condizioni personali del lavoratore (ad esempio con riguardo al carico di famiglia, all'età del lavoratore licenziato); né viene collegata a fattori riconducibili alla finalità di penalizzare adeguatamente il comportamento illecito del datore di lavoro (ad esempio al numero dei dipendenti dell'impresa o in ipotesi alla qualità della sua produzione).

#### **5.- Segue. Il contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza/ragionevolezza.**

In conclusione a giudizio della Corte, la norma scrutinata - prescindendo dalla necessaria personalizzazione del danno - non è soltanto inadeguata alla funzione risarcitoria propria dell'indennità ma entra in contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 co. 1 cost.) a causa della insufficiente capacità dissuasiva dal licenziamento illegittimo. E il contrasto emerge sia

sotto il profilo della disparità di trattamento (e cioè: indebita omologazione di situazioni differenti) ma anche sotto il profilo della insufficienza della norma rispetto alla funzione sanzionatoria dell'indennità.

Ma non basta. Viene in luce anche il contrasto dello stesso art. 3 co. 1° D.lgs. n. 81/2015, anche con altri principi stabiliti in Costituzione: precisamente nell'art. 4 co. 1° e nell'art. 35 co. 1° cost., i quali riconoscono e garantiscono il diritto al lavoro l'uno; e l'altro la tutela del lavoro e degli interessi collegati in tutta la loro estensione oggettiva.

Secondo la dottrina più accreditata e nel pensiero della Corte, il diritto al lavoro è un diritto della persona che al suo interno contiene non soltanto la tutela della libertà di lavoro ma anche la tutela dell'interesse all'occupazione: pertanto tale diritto si sostanzia nella pretesa (o, in alcuni casi previsti dalla legge, nell'interesse c.d. protetto ) alla non estromissione dal (e alla conservazione del) posto di lavoro. Ma anche alla promozione dell'occupazione quanto meno dei posti di lavoro accessibili. Proprio quest'ultimo è anzi lo svolgimento più forte e prioritario della sentenza n. 194/2018: il diritto alla stabilità del rapporto e quindi dell'occupazione del posto di lavoro realizza il pieno sviluppo della personalità umana non soltanto sotto il profilo primario della dignità della persona ma anche sotto il profilo dell'esercizio dei diritti fondamentali del cittadino nei luoghi di lavoro (in proposito viene richiamato e sottolineato in motivazione l'enunciato risalente nel tempo secondo cui il timore del licenziamento *“può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti”*: v. sentenze n. 45/1965 e n. 63/1966).

Ancora sotto il profilo della dignità della persona viene in luce anche la violazione di una molteplice pluralità di norme internazionali: e ciò in relazione agli artt. 76 e 117 co. 1° cost.. In particolare - nota la Corte - è violato l'art. 24 della Carta Sociale Europea che garantisce il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo ad un congruo indennizzo o altra

adeguata riparazione nonché indirettamente è violata la convenzione OIL n. 158/1982.

Come si ricava dal precedente riassunto, la motivazione della sentenza n. 194/2018 si presenta particolarmente ricca di spunti e suggestioni tutte rivolte a collegare la sanzione del licenziamento illegittimo non tanto al pregiudizio arrecato al lavoratore come parte o soggetto contraente debole del rapporto di lavoro quanto alla lesione della dignità del lavoratore come persona (nella qualità - si dovrebbe presumere - di titolare dell'interesse protetto in Costituzione all'occupazione). Di qui la necessità di una tutela adeguata al valore di tale interesse di fronte alle vicende e alle dinamiche del mercato del lavoro. Sono indirizzi di **valore** la cui rilevanza costituzionale la stessa Corte nelle successive sentenze n. 150/2020 e n. 59/2021 avrà modo di riaffermare<sup>6</sup>.

#### **6.- La sentenza n. 150/2020: correzione dell'art. 4 D.Lgs. n 23/2015 e chiarimenti ed integrazioni alla motivazione della precedente sentenza n. 194/2018.**

Perfettamente analogo è il dispositivo della sentenza 16 luglio 2020 n. 150 con la quale la Corte ha dichiarato la illegittimità dell'art. 4 del D.Lgs. n. 23/2015 correggendo la norma - anche questa volta con una pronuncia ablativa - nella parte in cui è previsto che l'indennità dovuta al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo per vizi formali o procedurali fosse *“di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio”*. Resta invece in vigore la parte dell'art. 4 secondo cui l'indennità – si noti: non assoggettata a contribuzione previdenziale e quindi di chiara natura risarcitoria - è dovuta *“in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità”*.

---

<sup>6</sup> A. Perulli *Il “trittico” della Corte costituzionale sulla disciplina licenziamento. Dalla law & economics ai principi di tutela del lavoro*, Lavoro diritti europa n. 3/2021.

L'importo - entro questi limiti variabile a discrezione del giudice - viene determinato a fronte di un licenziamento "*intimato con violazione del requisito di motivazione*" (art. 2 co. 2° L. n. 604/1966) oppure con violazione "*della procedura di cui all'art. 7 L. n. 300/1970*" (ad esempio mancato rispetto del contraddittorio nella procedura disciplinare). L'indennità quindi sanziona esclusivamente i c.d. vizi formali dell'atto di recesso. Infatti in caso di accertamento su domanda del lavoratore di uno o più vizi sostanziali (assenza di giusta causa o giustificato motivo oggettivo o soggettivo) lo stesso art. 4 ultima parte, prevede che il giudice disponga non più soltanto l'estinzione del rapporto ma in aggiunta le sanzioni in alternativa (tutela obbligatoria oppure tutela reale) previste per i suddetti vizi. Può darsi quindi il caso che il licenziamento pur essendo immune da vizi sostanziali e perciò giustificato, vada incontro alla indennità prevista dall'art. 4 D.Lgs n. 23/2015 a sanzione dei vizi formali.

Nella sentenza n. 150/2020 la Corte, sostanzialmente seguendo il filo della precedente sentenza n. 194/2018 - dopo aver sottolineato l'importanza sostanziale dei requisiti della motivazione scritta (da cui dipende la immutabilità dei motivi del licenziamento) e del contraddittorio nonché delle altre formalità eventualmente previste dai contratti collettivi per la intimazione del licenziamento - ha messo in rilievo come il meccanismo di forfettizzazione dell'indennità per la violazione dei requisiti di forma entri in contrasto con i principi di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 cost.. Ed anche a questo proposito ha richiamato la garanzia offerta dal riconoscimento del diritto al lavoro (artt. 4 e 35 cost.).

Va detto che la sentenza n. 150/2020 non riguarda il trattamento sanzionatorio del licenziamento intimato in forma orale, anche questo viziato nella forma ma non contemplato dall'art. 4 D.lgs n. 23/2015. Per il licenziamento c.d. orale dichiarato espressamente inefficace (e non nullo, secondo le regole generali) vale la disciplina stabilita nell'art. 2 dello stesso

D.Lgs. n. 23/2015 che lo accomuna alle differenti e ulteriori ipotesi del licenziamento discriminatorio, a norma dell'art. 15 L. 20 maggio 1970 n. 300 e successive modificazioni, oppure del licenziamento nullo per violazione di norma imperativa (cfr. art. 1418 co. 3 c.c.) oppure per motivo illecito (cfr. art. 1345 c. c.) e lo sanziona ugualmente con la reintegrazione c.d. piena (quest'ultima caratterizzata dalla restituzione del posto di lavoro e dal risarcimento integralmente compensativo del periodo di interruzione del rapporto; la norma è applicabile anche ai dirigenti).

Per effetto della cancellazione testuale del meccanismo automatico di determinazione dell'indennità dovuta per i vizi formali del licenziamento trova anche qui applicazione la regola della personalizzazione del danno secondo lo schema tracciato dalla precedente sentenza n. 194/2018 per i vizi c.d. sostanziali del licenziamento. Trova così conferma l'abbandono della via preferita dal legislatore del 2012 e poi seguita dal *jobs act* 2015 di stabilire un costo certo – per l'impresa - del licenziamento illegittimo.

In più, rispetto alla sentenza n. 194/2018, nella sentenza n. 150/2020 è da segnalare la scelta di determinare in via preventiva i criteri cui dovrà attenersi il potere discrezionale del giudice nella fissazione dell'indennità dovuta al lavoratore. La Corte indica tali criteri in motivazione sottolineando anzitutto che l'anzianità di servizio “*rappresenta la base di partenza della valutazione*” commessa al giudice; richiede poi la ponderazione - con apprezzamento congruamente motivato - dei criteri desumibili dal sistema (in particolare richiamati dall'art. 8 L. n. 604/1966: numero degli occupati, dimensione dell'impresa, comportamento e condizioni delle parti). Detti criteri già evocati ma solo genericamente in motivazione dalla sentenza n. 194/2018, concorrono “*a rendere la determinazione dell'indennità aderente alle particolarità del caso concreto*”, e vengono perciò applicati anche al licenziamento affetto da vizi formali e/o di procedura. Per questi ultimi sarà

da valutare anche la “gravità delle violazioni” come indicato dall’art. 18 co. 6 St. Lav.<sup>7</sup>

Anche qui la Corte coglie l’occasione per implementare e rafforzare il monito rivolto al Parlamento già nella sentenza n. 194/2018. Il legislatore viene infatti esplicitamente invitato a ricomporre **secondo linee coerenti** una normativa – come è quella del complessivo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo (a muovere dal primo art. 18 St.Lav.) - frutto di discipline eterogenee adottate in tempi diversi benchè recenti. Un invito per la sua autorevolezza certo non trascurabile ma allo stato non facilmente attuabile perché non potrebbe essere limitato agli aspetti tecnici ma dovrebbe inevitabilmente intervenire sull’area della libertà di impresa e di licenziamento e in specie delle sue limitazioni o giustificazioni causali.

### **7.- La sentenza n. 59/2021. La (parziale) rivisitazione dell’art. 18 St. Lav. La disparità del trattamento sanzionatorio della insussistenza del fatto nel licenziamento c.d. economico.**

La sentenza n. 59/2021 prosegue nella linea di intervento correttivo del trattamento sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Ma allarga il campo di azione passando dall’area della tutela indennitaria all’area della tutela reale. Oggetto della decisione nella n. 59/2021 è, questa volta, la norma dell’art. 18 St.Lav. (come riscritta dal legislatore del 2012 e non quella originaria del 1970: cfr. art. 1 co. 42° lett. b)). Come dire il centro stesso delle politiche del diritto del lavoro negli ultimi 30 anni<sup>8</sup>.

In particolare la norma scrutinata è quella dell’art. 18 co. 7° secondo periodo della L. n. 300/1970 nella parte in cui prevede che “*il giudice, nell’ipotesi*

---

<sup>7</sup> Sull’importanza della sentenza n. 150/2020 si v. il perspicuo saggio di M. Magnani “*Il terribile diritto. Riflessioni sull’attuale regime del licenziamento tra giurisprudenza e legislatore*”, RIDL fasc. n. 2 20221 p. 169 ss.

<sup>8</sup> Sulla sentenza in esame si v.: V. Speciale, “*Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 59/2021*”, R.G.L. n. 2/2021, parte I°, p. 247 ss.; A. Perulli, “*La disciplina del licenziamento per gmo dopo Corte Costituzionale n. 59/2921*”, Riv.it.dir.lav. fasc. n. 2, 2021 I°, p. 187 ss.

*in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, può altresì applicare la disciplina di cui al medesimo art. 18 quarto comma”.*

Secondo la Corte la norma rimettendo al giudice la scelta tra risarcimento e reintegrazione nell’ipotesi della manifesta insussistenza del fatto posto a base del giustificato motivo oggettivo si pone in stridente contrasto con quanto previsto dal co. 4 dello stesso art. 18 nella parte in cui prevede che *“il giudice nell’ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto non rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base della previsione dei contratti collettivi oppure dei codici disciplinari applicabili”* dispone l’annullamento del licenziamento e la reintegrazione nel posto di lavoro.

La Corte dichiara la illegittimità della norma nella parte in cui attribuisce al giudice il potere di scelta tra la tutela reale e la tutela indennitaria disponendo a tal fine la sostituzione nel testo delle parole *“può altresì applicare”* con le parole *“applica altresì”*.

Da notare che nel testo così modificato dalla Corte, il disposto è (rimane) parte integrante dell’art. 18 St. Lav. (si ripete, riscritto dalla c.d. Legge Monti-Fornero: v. art. 1 co. 42 L. 28 giugno 2012 n. 92). Pertanto la norma nel nuovo testo trova applicazione ai rapporti di lavoro in essere alla data di pubblicazione della sentenza e non solo - come gli artt. 3 e 4 D.Lgs. n. 23/2015 e le precedenti sentenze della Corte n. 194/2018 e n. 150/2020 – ai rapporti regolati dal c.d. contratto di lavoro con tutele crescenti e costituiti successivamente alla data del 7 marzo 2015.

Come si vede nel ragionamento della Corte il *tertium comparationis* è offerto dal co. 4° dello stesso art. 18, laddove si prevede che in caso di insussistenza (semplice e non manifesta: ma la distinzione qui non rileva) – del fatto

addebitato come giusta causa o giustificato motivo soggettivo del licenziamento - il giudice debba disporre la reintegrazione (lo stesso, nel caso che il licenziamento sia da escludere perché il fatto è punito con una sanzione conservativa a stregua del contratto collettivo applicabile oppure del codice disciplinare o regolamento aziendale).

Si tratta - per ricordarlo a noi stessi - della c.d. **reintegrazione attenuata**: uno dei quattro tipi di reintegrazione previsti nel nuovo art. 18 (il giudice, annullato il licenziamento, condanna il datore di lavoro al ripristino del rapporto e al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello effettivo della reintegrazione dedotto sia *l'aliunde perceptum* che *l'aliunde percipiendum*).

Secondo il giudice delle leggi la disparità di trattamento tra le due ipotesi di licenziamento ingiustificato è evidente. Infatti una volta che il legislatore abbia dato rilievo alla insussistenza del fatto quale presupposto della maggiore gravità del difetto di giustificazione del licenziamento sia disciplinare che economico, non può esservi alcuna giustificazione (si perdoni il bisticcio) per “*una diversificazione quanto alla obbligatorietà o facoltatività della reintegrazione*”. In entrambi i casi l'esercizio arbitrario del potere di licenziamento “*lede l'interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale e si risolve in una vicenda traumatica che vede direttamente implicata la persona del lavoratore*”.

Ma non basta. “*Alla violazione del principio di uguaglianza e alla disarmonia interna*” al sistema delle tutele si aggiunge la irragionevolezza intrinseca di una disposizione “in bianco” che non offre al giudice i necessari criteri di riferimento per l'esercizio del potere discrezionale a lui conferito nella scelta tra reintegrazione e indennità. Né tale assenza di criteri certi può essere, come ritenuto dalla Cassazione, surrogata dal richiamo alla norma codicistica che utilizza la regola della eccessiva onerosità quale

criterio di giudizio nell'alternativa tra risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente in caso di riparazione del fatto illecito (art. 2058 c.c.).<sup>9</sup>

D'altronde, aggiunge la Corte, la reintegrazione è un rimedio non assimilabile al risarcimento in forma specifica. Infatti a fronte di un licenziamento ingiustificato non si tratta di riparare un danno economico, anche se non strettamente patrimoniale, bensì di punire direttamente la lesione del diritto all'occupazione – e cioè all'impiego della propria forza lavoro - del lavoratore come persona. Infatti il diritto all'occupazione verrebbe inevitabilmente lasciato insoddisfatto dalla mera corresponsione dell'indennizzo economico. Viceversa nel conflitto tra il diritto del datore di lavoro alla libertà di iniziativa economica e il diritto al lavoro – e cioè all'interesse costituzionalmente protetto del lavoratore a non essere arbitrariamente estromesso dal posto di lavoro – proprio il diritto al lavoro deve necessariamente prevalere.

Nella prospettiva della Corte, la reintegrazione è la conseguenza necessaria e costituzionalmente obbligata della insussistenza del fatto, secondo i casi, contestato al lavoratore oppure addotto dall'imprenditore in ogni tipo di licenziamento sia disciplinare che c.d. economico. In questa prospettiva, allegare e dimostrare (l'onere di prova è - come sempre: art. 5 L. n. 604/1966 - a carico del datore di lavoro) la sussistenza del fatto posto a base del giustificato motivo oggettivo (e cioè l'effettività del mutamento della attività produttiva o della struttura organizzativa dell'impresa) è certo sufficiente per escludere la pretestuosità o comunque inconsistenza delle ragioni (o causali) addotte per giustificare il licenziamento economico. Al contrario l'accertamento della ineffettività - o **insussistenza del fatto**<sup>10</sup> - delle causali economiche addotte dall'imprenditore, resta a carico del lavoratore e non

---

<sup>9</sup> Il riferimento è alla Cassazione Sez. Lav. 31 gennaio 2019 n. 2930

<sup>10</sup> v. il mio scritto Riv.giur.lav. 2015 prima parte , p. 425 ss.

può in alcun modo giustificare il licenziamento e a maggior ragione non può che aggravare la sanzione a carico dell'imprenditore per l'illecito recesso dal contratto. Secondo le parole usate in motivazione, una simile situazione non può trovare sbocco in *“una diversificazione quanto alla obbligatorietà o facoltatività della reintegrazione una volta che si reputi l'insussistenza del fatto meritevole del rimedio della reintegrazione e che, per il licenziamento economico, si richieda finanche il pregnante presupposto dell'insussistenza manifesta”*.

Tanto più che, a dire della Corte, nel licenziamento economico il discrimine tra effettività o ineffettività delle ragioni tecniche e organizzative addotte dall'imprenditore, non soltanto può essere difficile da verificare in fatto ma soprattutto non può assumere il rilievo decisivo che la distinzione stessa trova nel licenziamento disciplinare dove è sempre in discussione un comportamento (uno o più) del lavoratore. Al contrario nel licenziamento economico si è sempre in presenza di decisioni e, a monte, di ragioni o causali che sono in ogni caso riconducibili *“allo stesso imprenditore che ha intimato il licenziamento illegittimo e può dunque prestarsi a condotte elusive. Tale mutamento, inoltre, può intervenire a distanza di molto tempo dal recesso ed è pur sempre un elemento accidentale, che non presenta alcun nesso con la gravità della singola vicenda di licenziamento. E', pertanto, manifestamente irragionevole la scelta di riconnettere a fattori contingenti, e comunque determinati dalle scelte del responsabile dell'illecito, conseguenze di notevole portata, che si riverberano sull'alternativa fra una più incisiva tutela reintegratoria o una meramente indennitaria”*(come scrive la Corte in *Considerando in diritto* n. 10).

#### **8.- Segue: La reintegrazione come strumento necessario di tutela del diritto alla stabilità del rapporto di lavoro. Critica.**

Nella sentenza n. 59/2021 la tecnica argomentativa usata in motivazione è in gran parte mutuata dalle precedenti n. 194/2018 e n. 150/2020 (si è quindi

parlato di c.d. trittico). Il ragionamento della Corte muove sempre da una stessa premessa - il principio di uguaglianza da intendere sia come obbligo di parità di trattamento sia come canone di ragionevolezza nell'esercizio del potere legislativo (art. 3 co. 1 cost.) - e giunge, in tutti e tre i casi, a correggere la norma scritta. E questo per adeguare il dettato legislativo alla riaffermazione di quel principio e al riconoscimento concreto del diritto al lavoro come diritto della persona sia all'occupazione sia, e ancora prima, alla pari dignità sociale. Vi è dunque una strettissima correlazione con gli artt. 4 e 35 della Costituzione.

Tuttavia le argomentazioni esposte - sicuramente valide sul piano assiologico e dei principi costituzionali - non sembrano sufficienti a giustificare la conclusione cui è pervenuta la sentenza n. 59/2021: e cioè la cancellazione dell'alternativa prevista nel co. 7 art. 18 tra reintegrazione ed indennità nel caso di manifesta insussistenza del fatto nel giustificato motivo oggettivo. La Corte non considera infatti che tale alternativa non è arbitraria ma è a sua volta da ricondurre alla distinzione - ragionevolmente prevista dallo stesso art. 18 come riformato nel 2012 - tra **obbligatorietà** della tutela reale (co. 4 art. 18) quando l'insussistenza del fatto sia riferibile alle condotte inadempienti del lavoratore (licenziamento disciplinare) e **facoltatività** della stessa tutela reale (co. 7 art. 18) quando l'insussistenza del fatto sia riferita a accadimenti attinenti all'economia dell'azienda (licenziamento economico).

Desta infatti meraviglia, nella motivazione della sentenza n. 59/2021, l'assenza di qualsiasi considerazione della natura sostanziale della differenza tra le due fattispecie della insussistenza del fatto nel giustificato motivo soggettivo da un lato; e nel giustificato motivo oggettivo dall'altro. Nel primo caso l'interprete - e quindi, a seguire, le parti e il giudice remittente - viene messo di fronte alla esigenza di accertare e poi sanzionare un comportamento inadempiente del lavoratore (notevole inadempimento ex

art. 3 L. n. 604/1966 oppure nell'art. 2119 c.c. sulla c.d. giusta causa che “*non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto*”). Nel secondo caso invece le parti e il giudice sono di fronte a un fatto attuato o “*messo a terra*” - si direbbe oggi - dalla volontà dell'imprenditore ma dipendente dall'economia dell'azienda e perciò estraneo ad ogni condotta del lavoratore. Ciò è reso palese dall'art. 3 L. 15.7.1966 n. 604 nel quale il giustificato motivo oggettivo è ricondotto a “*ragioni inerenti alla attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*”. Si tratta, all'evidenza, di fatti o meglio atti dell'imprenditore di **natura gestionale** e cioè attinenti alla produzione e all'andamento economico dell'azienda normalmente se non necessariamente antecedenti nel tempo alla decisione della soppressione del posto di lavoro e del conseguente licenziamento.

Insomma se è vero che il licenziamento è sempre atto (recesso) proveniente dalla volontà del datore di lavoro, radicalmente diverse sono le sue causali e/o ragioni nel giustificato motivo soggettivo oppure nel giustificato motivo oggettivo.

Quest'ultimo – e quindi la scelta del lavoratore - è un atto legato da un nesso di causalità finale ai suddetti fatti gestionali di volta in volta come dichiarati nella motivazione del licenziamento. Questo non dipende dalla mera previsione come possibili o perfino inevitabili<sup>11</sup> di eventi futuri, ma dipende – sono parole del legislatore - da **ragioni** e cioè da valutazioni e spesso dalla constatazione di fatti avvenuti o quanto meno in corso di accadimento che costituiscono il presupposto causale della risoluzione del rapporto. E' anzi necessario che le suddette ragioni - e cioè il mutamento organizzativo dell'azienda o comunque dell'attività produttiva e/o degli obiettivi dell'imprenditore – siano ravvisabili in concreto **prima** del licenziamento;

---

<sup>11</sup> P. Ichino, *Appunti sulla giurisprudenza costituzionale in materia di licenziamenti non disciplinari*, Lav.Dir. Europa n. 3/2021.

e soprattutto siano riferibili a fatti o circostanze, come la perdita di valore o di utilità della prestazione del lavoratore, realmente verificabili – e per un congruo periodo – anteriormente al licenziamento<sup>12</sup>.

La diversità causale (o tipologica: e cioè economico-sociale) tra le due fattispecie del giustificato motivo oggettivo e del giustificato motivo soggettivo è stata - per così dire - trasferita dal legislatore dell'art. 18, all'interno della previsione della insussistenza del fatto sia nel licenziamento disciplinare che nel licenziamento economico. Nella prima ipotesi si tratta della valutazione di un comportamento del lavoratore; nella seconda fattispecie si tratta di un comportamento dell'imprenditore.

Senonchè questa differenza – vera e propria **diversità causale** - è ignorata nella sentenza n. 59/2021 la quale invece ravvisa l'elemento comune alle due fattispecie nella insussistenza del fatto in se considerata (e cioè – sembrerebbe – tale da determinare una speciale situazione di inferiorità o soggezione del lavoratore).

Ma l'insussistenza del fatto – è facile replicare – non è cosa diversa dalla soppressione del posto di lavoro che è all'origine del licenziamento. L'insussistenza del fatto è piuttosto un elemento accidentale, se si vuole una qualificazione, del presupposto causale del licenziamento. Precisamente è una **circostanza aggravante**<sup>13</sup> in entrambe le ipotesi del difetto di giustificazione ma non cancella alcune delle differenze esistenti tra le due causali o **motivi** tipizzati dal legislatore nell'art. 3 L. n. 604/1966 per giustificare il licenziamento. Mentre nel giustificato motivo soggettivo – si deve ribadire – si ha la contestazione di un comportamento del lavoratore e l'addebito di un inadempimento delle di lui obbligazioni, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo è l'imprenditore che adduce un fatto

---

<sup>12</sup> v. ancora E. Ghera, *op. cit.* p. 437 ss.

<sup>13</sup> rimando a E. Ghera *op. cit.* p. 439 ss.

attinente alla gestione dell'azienda quale giustificazione della propria decisione di procedere al recesso dal contratto.

Si noti che quanto appena detto trova conferma nello stesso co. 7 art. 18 la cui prima parte concerne il giustificato motivo oggettivo di licenziamento in alcune ipotesi attinenti alla persona del lavoratore ma nelle quali è irrilevante l'accertamento del comportamento dello stesso. E' il caso del difetto del giustificato motivo oggettivo per inidoneità fisica o psichica alle mansioni assegnate ai lavoratori disabili (cfr. art. 4 e 10, L. 12 marzo 1999 n. 68); e ancora il caso del licenziamento giustificato dal un preteso ma infondato superamento del periodo di comporta di malattia (cfr. art. 2110 c.c.). Casistiche queste nelle quali il legislatore non ipotizza nemmeno l'insussistenza del fatto addotto a giustificazione del licenziamento e riconosce senz'altro il diritto alla reintegrazione escludendo l'alternativa della indennità.

Del resto, proprio nella natura gestionale del fatto è la spiegazione - immediatamente avvertita dall'interprete - del diverso regime sanzionatorio stabilito (dalla legge Monti-Fornero) per i due casi. La reintegrazione era (ed è) naturalmente praticabile quando si tratta di annullare o comunque rendere inefficace un atto di recesso dell'imprenditore causalmente collegato e quindi conseguente nel tempo ad un comportamento inadempiente o comunque negativo del lavoratore. Al contrario si poteva (e si può) ragionevolmente dubitare che la reintegrazione sia possibile e utile quando viene in considerazione un atto - certo riconducibile alla volontà dell'imprenditore - ma dallo stesso riferito non alla persona del lavoratore ma all'economia dell'azienda. In questa seconda ipotesi proprio la impossibilità di determinare un ,rapporto di causalità finale tra l'atto di recesso dal contratto e la ragione produttiva e/o organizzativa addotta dall'imprenditore - si rilegga ancora l'art. 3 L. n. 604/1966 - rende difficilmente praticabile la reintegrazione nel posto di lavoro. Questa

potrebbe essere disposta in un momento o comunque a partire da una data che può andare molto al di là nel tempo e può essere tale da rendere irrealizzabile praticamente o, perfino - in taluni casi - giuridicamente impossibile la restituzione del posto al lavoratore.

In definitiva si deve riconoscere che al fine dell'accertamento della manifesta insussistenza del fatto alla base del giustificato motivo oggettivo, oggetto di valutazione deve essere non solo il nesso di causalità finale tra l'evento o la vicenda attinente all'attività produttiva o all'organizzazione del lavoro e la soppressione del posto di lavoro occupato dal dipendente ma soprattutto la **concreta** rilevanza gestionale del fatto addotto dall'imprenditore quale motivo del licenziamento. Dunque la manifesta insussistenza del fatto prevista nell'art. 18 co.7, per essere accertata dovrebbe risalire a una volontà o intenzione dell'imprenditore di predisporre o addirittura simulare il mutamento organizzativo o la vicenda produttiva dell'azienda; e tutto questo al solo scopo di disporre il licenziamento<sup>14</sup>.

### **9.- La disarmonia delle tutele nel sistema sanzionatorio stabilito dall'art. 18 L. n. 300/1970.**

Queste osservazioni oltre a convalidare le critiche a nostro avviso fondate rivolte alla sentenza n. 59/2021 e all'operazione ablativa ivi realizzata, possono tuttavia contribuire ad una migliore sistemazione concettuale della insussistenza del fatto nel "nuovo" art. 18.

L'insussistenza del fatto - nel giustificato motivo oggettivo, come del resto nel giustificato motivo soggettivo - si configura quale circostanza **aggravante del difetto di giustificazione**. Il fatto non soltanto è insufficiente in concreto a giustificare il singolo licenziamento ma non è idoneo nemmeno a configurare in astratto il presupposto organizzativo/gestionale del licenziamento stesso. Ad esempio: nella

---

<sup>14</sup> M. Magnani, op. cit.

fattispecie concreta non si rinviene alcun elemento di fatto idoneo per ravvisare una difficoltà o crisi dell'impresa.<sup>15</sup> Con l'avvertenza, peraltro, che la insussistenza del fatto - che non a caso il legislatore nel co. 7 art. 18 qualifica come **manifesta** - nel giustificato motivo oggettivo deve ritenersi ipotesi di rara e comunque non facile verifica in giudizio.

La Corte nella sentenza n. 59/2021 ha preferito tralasciare questi approfondimenti che illuminano le differenze tra l'assenza (o **insussistenza**) del presupposto causale e la semplice insufficienza di tale presupposto del licenziamento economico. Differenze che spiegano e giustificano, a stregua dell'art. 3 co. 1 cost., il differente trattamento sanzionatorio previsto nell'art. 18 co. 7 St. Lav. quando il legislatore a fronte del giustificato motivo oggettivo ha attribuito al giudice la potestà discrezionale di disporre l'indennità, in luogo della reintegrazione che è invece l'unica sanzione prevista per le altre ipotesi di insussistenza del fatto addotto a giustificazione del licenziamento.

Con questa diversità del trattamento sanzionatorio - afferma la Corte - si era introdotta una **disarmonia** nel sistema delle tutele ed una conseguente violazione del principio di uguaglianza inteso sia come regola di parità di trattamento sia come canone di ragionevolezza delle scelte del legislatore; si prospetta altresì un contrasto con il principio della necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro (sentenza n. 41/2003).

Da qua la necessità o quanto meno la convenienza di eliminare la suddetta disarmonia e cancellare la disparità di trattamento che, nella revisione dell'art. 18 co. 7 L. n. 300/1970, si era venuta a creare quanto alla tutela del diritto del lavoratore alla conservazione del posto e quindi alla c.d. stabilità del rapporto di lavoro. Quest'ultimo (diritto) viene assicurato - secondo la ricostruzione della Corte - nell'ipotesi dell'insussistenza in fatto del giustificato motivo soggettivo e quindi per il licenziamento disciplinare; ma

---

<sup>15</sup> Ghera *Sull'ingiustificatezza aggravata del licenziamento*, op. cit, p. 441-442.

non è assicurato in caso di giustificato motivo oggettivo essendo il rimedio della reintegra non obbligatorio ma rimesso alla discrezionalità del giudice. E' allora evidente che la sentenza n. 59/21 modificando la norma scritta ha determinato un vero e proprio capovolgimento della impostazione del legislatore del 2012. In effetti questo aveva considerato l'indennità risarcitoria quale normale sanzione per il licenziamento economico rimettendo l'alternativa della reintegrazione alla discrezionalità del giudice e soltanto nel caso della insussistenza del fatto. All'opposto a quanto ritenuto nella sentenza n. 59/2021, la reintegrazione sarebbe il rimedio costituzionalmente necessario e quindi la regola in tutte le ipotesi di insussistenza del fatto – addotto e poi giudizialmente accertato - alla base del licenziamento sia disciplinare che economico.

La Corte ha dunque indubbiamente censurato il legislatore. Addirittura di fronte alla sbrigativa motivazione della sentenza n, 59/2021 si potrebbe ragionevolmente dubitare che il giudice delle leggi non abbia resistito alla tentazione di sopprimere una norma - frutto di un faticoso compromesso politico in sede parlamentare - che perseguiva chiaramente l'obiettivo di restringere il più possibile il campo di applicazione della reintegrazione nei casi di ingiustificatezza del licenziamento economico.

Ma non basta. Si deve ravvisare una contrapposizione o, quanto meno, una sostanziale diversità di orientamento con le due precedenti sentenze n. 194/2018 e n. 150/2020.

In queste due sentenze la Corte è intervenuta certo incisivamente correggendo nel testo le norme impugnate ma senza uscire dall'impostazione seguita dal legislatore di sanzionare solo economicamente il datore di lavoro quando il licenziamento intimato fosse carente nelle forme e nelle procedure previste a tutela del lavoratore.

La correzione è stata importante perché, avendo eliminato la determinazione automatica dell'indennità dovuta al lavoratore, si è attribuito al giudice il

potere discrezionale di commisurare tale indennità al pregiudizio arrecato dal licenziamento, caso per caso, e non in base alla mera anzianità di servizio del lavoratore.

Al contrario nulla di ciò si ritrova nella sentenza n. 59/2021 nella quale il modello seguito dal legislatore del 2012 viene radicalmente eliminato. Tra reintegrazione ed indennità non è data al giudice alcuna alternativa essendo la prima l'unica sanzione possibile quando le ragioni giustificatrici del licenziamento risultino (manifestamente) insussistenti.

#### **10.- Le tutele contro il licenziamento illegittimo e la loro connessione finalistica con il diritto al lavoro.**

La sentenza n. 59/2021 è dunque fortemente orientata a riaffermare la prevalenza della tutela reale su quella obbligatoria e intende perciò contribuire a un ridimensionamento – non si sa quanto drastico – dell'area riservata a tutela della libertà dell'imprenditore nel **licenziamento nell'interesse dell'impresa**.

Detto questo si deve prendere atto della innovazione introdotta nel testo e nella stessa *ratio* dell'art. 18 co. 7 St. Lav. La nuova norma mette il giudice di fronte alla alternativa se fermarsi al semplice accertamento del difetto di giustificazione del licenziamento economico o invece di riconoscere la manifesta insussistenza dei fatti disponendo in tal caso la reintegrazione nel posto di lavoro. Potrebbe essere questa la inclinazione più probabile tenuto conto della natura unilaterale della valutazione imprenditoriale a base della decisione di sopprimere anche un solo posto di lavoro; ed altresì della complessità oggettiva dei fatti attinenti all'economia della azienda che configurano il giustificato motivo oggettivo come delineato dall'art. 3 L. n. 604/1966.

Tuttavia il dissenso dalla conclusione raggiunta nel dispositivo non può mettere nell'ombra l'importanza dei principi affermati nella sentenza n. 59/2021 e della loro proiezione sistematica nell'area delle tutele contro il

licenziamento illegittimo nonché della loro connessione finalistica con il diritto al lavoro sancito nell'art. 4 co. 1 cost.

E' questo anzi l'aspetto sicuramente più interessante della sentenza n. 59/2021<sup>16</sup>. La riaffermazione della natura rigorosamente personalistica del diritto al lavoro non solo quale facoltà o libertà di lavorare ma anche quale garanzia della dignità della persona e, in particolare, della pretesa all'occupazione. Un diritto di cittadinanza sociale come tale comprensivo sia dell'interesse collettivo alla promozione dell'occupazione sia dell'interesse individuale del lavoratore alla conservazione del posto. E' il diritto alla c.d. stabilità del rapporto di lavoro. Una stabilità a sua volta da garantire attraverso la tutela reintegratoria in quanto strumento finalizzato alla soddisfazione coercibile del suddetto interesse del lavoratore.

In una simile prospettiva il diritto al lavoro non è soltanto un **principio** – posto a protezione della libertà di occupazione del lavoratore e nei tempi moderni, soprattutto, del suo interesse alla stabile (o continua) occupazione – ma una **regola** applicabile ai concreti rapporti di lavoro: a cominciare dalle tutele contro il licenziamento illegittimo nelle sue differenti tipologie.

Ma la tutela del lavoro in questa estesa accezione va oltre il terreno del licenziamento e delle cause della sua illegittimità all'interno dei rapporti di lavoro per entrare con forza crescente e sempre più incisiva non solo nell'area dell'occupazione discontinua e quindi dei lavori precari ma anche nell'area delle c.d. transizioni occupazionali e/o sospensioni lavorative e quindi delle ormai dominanti misure relative ai c.d. ammortizzatori sociali.

A questo punto è inevitabile il riferimento alle c.d. politiche attive del lavoro: alle misure cioè rivolte a incentivare o promuovere l'incontro tra l'offerta e la domanda di lavoro. L'obiettivo auspicabile se possibile, sarebbe infatti la produzione del ricambio occupazionale in luogo della semplice

---

<sup>16</sup> Si v. infatti gli scritti citati di V. Speciale e A. Perulli.

conservazione di rapporti di lavoro spesso ormai inevitabilmente irrigiditi e interrotti.

Certo la tutela contro il licenziamento resta sempre il modello prioritario e consolidato dalla esperienza storica all'interno del quale si avverte come la illegittimità del recesso sia sempre da correlare alla reale natura dell'interesse tutelato. Questo è infatti da rapportare non tanto alla lesione dei diritti contrattuali del lavoratore (a cominciare dal diritto alla retribuzione) quanto alla lesione di un diritto primario della persona alla propria dignità: precisamente del diritto **sociale** all'occupazione. L'occupazione sia come interesse protetto che come pretesa del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro è infatti il contenuto proprio del diritto al lavoro riconosciuto dall'art. 4 cost.. Si spiega così la natura personale e non patrimoniale dell'illecito derivato dalla violazione del diritto al lavoro come di ogni altro diritto sociale della persona.

Quanto detto induce a pensare che la sentenza n. 59/2021 al di là della sua opinabile conclusione sia da considerare una tappa importante nella evoluzione della giurisprudenza della Corte in materia di licenziamento (meglio di "licenziamenti").

Ma vi è di più. L'art. 4 cost. non solo tutela la conservazione del rapporto contro la ingiustificata estromissione del lavoratore ma altresì tutela il diritto collettivo dei lavoratori e quindi dei sindacati ad agire per la promozione e la difesa dell'occupazione. E' un diritto polivalente a sostegno dell'interesse del lavoratore - e, in generale, dei cittadini come collettività - a lavorare in condizioni di dignità e libertà.

La sentenza n. 59/2021 non si sofferma su questi sviluppi di principio ma a nostro avviso li presuppone. In essa la Corte apre nuove vie alla riconsiderazione delle tutele contro il licenziamento ingiustificato e in genere illegittimo. Questo non deve essere semplicemente considerato come un illecito contrattuale ma anche e soprattutto come lesione della dignità

della persona del lavoratore e quindi quale illecito **sociale**. Ed infatti il licenziamento privo di giustificazione nelle sue diverse manifestazioni tipizzate dalla legge – si pensi alle ormai numerosissime disposizioni sanzionatrici e prima ancora definitorie dei licenziamenti discriminatori – è sempre portatore di una lesione o violazione **di un diritto sociale**. Tale è infatti il diritto della persona alla propria dignità sociale (cfr. art. 3 co. 1 cost.) e quindi ad una occupazione o posizione lavorativa dignitosa e sostenibile.

Sono parole queste che soltanto a pronunziarle misurano la distanza tra il programma costituzionale e la realtà di tutti i giorni.

## Riassunto

Il Saggio commenta le tre sentenze n. 184/2018 n. 150/2020 e n. 59/2021 della Corte Costituzionale che hanno in tutti e tre i casi, attraverso la modificazione del testo legislativo, modificato il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo sia per vizi di sostanza che per vizi di procedura.

L'indirizzo delle tre sentenze è comune: la correzione in senso più favorevole al lavoratore delle sanzioni stesse, particolare rilievo nelle prime due n. 184/2018 e 150/2020 si è determinato un aggravamento dell'indennità da corrispondere al lavoratore, nel terzo caso n. 59/2021 relativo alla manifesta insussistenza del fatto posta a base del giustificato motivo oggettivo di licenziamento si perviene alla conclusione di abolire il potere di scelta tra reintegrazione e indennità riconosciuto al giudice.

Nell'ultima parte (paragrafi 9 e 10) si mette in evidenza l'importanza della sentenza n. 59/2021 dal punto di vista della valorizzazione dei principi costituzionali sul diritto al lavoro e sulla tutela del lavoro.