

Maria Teresa Carinci - Armando Tursi

Temi attuali di diritto del lavoro

Jobs Act e Corte Costituzionale

Trasparenza e prevedibilità
nei contratti di lavoro



Giappichelli

PARTE PRIMA

**IL *JOBS ACT* E LA CORTE
COSTITUZIONALE**

**LA CORTE COST. N. 194/2018
RIDISEGNA LE TUTELE ECONOMICHE
PER IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE
INGIUSTIFICATO NEL *JOBS ACT*, E OLTRE**

di *Maria Teresa Carinci*

SOMMARIO: 1. Il “cuore” della pronuncia. – 2. Le premesse: il principio di giustificazione del licenziamento è espressione necessaria del diritto fondamentale della persona al lavoro, mentre il tipo di tutela da accordare al licenziamento ingiustificato è demandato alla scelta discrezionale del legislatore. – 3. Funzione e natura dell’indennità prevista per il licenziamento ingiustificato dall’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015: un nodo difficile da sciogliere. – 4. Il criterio di calcolo dell’anzianità di servizio contrasta con il principio di uguaglianza. “Personalizzazione” del danno e criteri interpretativi ricavabili dal sistema. – 5. La forfettizzazione del danno è conforme a Costituzione, ma l’anzianità di servizio non può costituire l’unico parametro, pena l’irragionevole sbilanciamento fra diritto al lavoro e libertà d’iniziativa economica privata. – 6. Il limite massimo dell’indennità è conforme al principio di ragionevole bilanciamento fra diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica privata? Una affermazione apodittica. – 7. Risarcimento forfettizzato, danno non patrimoniale ed “onnicomprensività” dell’indennità. – 8. Le modalità di calcolo dell’indennità contrastano con il principio di ragionevolezza che impone una “adeguata” dissuasione del datore di lavoro dal recesso ingiustificato. – 9. L’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 a confronto con l’art. 24 CSE. L’autorevolezza, ma non vincolatività delle decisioni del CEDS. – 10. L’impatto della sentenza sul sistema di tutela del licenziamento approntate dal c.d. *Jobs Act*, e oltre.

1. Il “cuore” della pronuncia

Con l’importante sentenza n. 194/2018, che qui si analizza, la Corte costituzionale ridisegna il sistema delle tutele economiche previste dal c.d. *Jobs Act* in caso di licenziamento individuale ingiustificato.

In verità la pronuncia dichiara incostituzionale solo¹ l’art. 3, comma 1,

¹ Il Tribunale di Roma, con l’ordinanza 26 luglio 2017, aveva sollevato dubbi di costituzio-

d.lgs. n. 23/2015 nella parte in cui fissa il sistema di calcolo dell'indennità per il licenziamento ingiustificato senza estendere le sue valutazioni ad altre norme del d.lgs. n. 23/2015 che utilizzano le stesse modalità di calcolo, in quanto non rilevanti nel procedimento *a quo* o non sottoposte al suo giudizio. È chiaro però che la decisione è destinata ad avere in prospettiva un importante impatto di sistema sull'intero impianto del d.lgs. n. 23/2015, se non addirittura sull'intera disciplina dei licenziamenti (cfr. § 10).

Partendo dalla fine, il Giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 4, comma 1 e 35, comma 1, Cost., nonché con gli artt. 76 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 24 della Carta Sociale Europea (CSE), l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 nella parte in cui fissa un meccanismo uniforme, rigido ed automatico per il calcolo dell'indennità prevista per il licenziamento ingiustificato (*i.e.* carente di giusta causa, giustificato motivo

nalità con riferimento anche ad altre norme del d.lgs. n. 23/2015, ma la Corte le ha ritenute inammissibili, alcune perché non rilevanti nel giudizio *a quo* (con riferimento all'art. 2, all'art. 3, commi 2 e 3, e all'art. 4, d.lgs. n. 23/2015), altre in ragione del difetto di motivazione sulla rilevanza e la «non manifesta infondatezza» (art. 3, comma 3, d.lgs. n. 23/2015), altre ancora a causa del difetto di motivazione circa la «non manifesta infondatezza» (art. 1, comma 7, lett. c), legge n. 183/2014).

Per difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza è altresì valutato inammissibile il quesito di illegittimità proposto con riferimento all'art. 1, comma 7, legge n. 183/2014.

La Corte dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, sollevata con riferimento agli artt. 76 e 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 10 della Conv. ILO 158/1982, per la decisiva ragione che tale Convenzione non è stata ratificata dall'Italia e pertanto non può ritenersi vincolante. Tuttavia, la pronuncia attribuisce poi un rilievo alla Convenzione quale “parametro” interpretativo dell'art. 24 CSE (cfr. punto 14 del Considerato).

Viceversa, altre questioni proposte dall'ordinanza del Tribunale di Roma sono state respinte dalla Corte perché ritenute non fondate. Esse, che non verranno qui esaminate *funditus*, riguardano l'illegittimità costituzionale della norma per contrasto con il principio di uguaglianza, perché tutela i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 in modo ingiustificatamente peggiore rispetto a quelli assunti, nella stessa azienda, prima della stessa data; per violazione del principio di uguaglianza perché tutela i lavoratori privi di qualifica dirigenziale in modo peggiore rispetto ai dirigenti (in tema cfr. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *CSDLE*, 246/2015; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, *ibidem*, 259/2015).

La Corte ritiene del pari non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 sollevata con riferimento agli artt. 76 e 117, comma 1, Cost., per il tramite del parametro interposto costituito dall'art. 30 CDFUE (in tema M. PEDRAZZOLI, *Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, in R. MASTROIANNI-O. POLLICINO-S. ALLEGREZZA-F. PAPPALARDO-O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 570 ss. ove riferimenti alla dottrina; P. CHIECO, *Riforme “strutturali” del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro giuridico europeo*, in *GDLRI*, 2015, p. 359 ss.; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *GDLRI*, 2012, p. 620 ss.).

soggettivo o oggettivo) dei lavoratori assunti a decorre dal 7 marzo 2015 ed estende il suo giudizio dal testo originario della norma scrutinata a quello successivamente modificato dal d.l. n. 87/2018 (c.d. Decreto Dignità) conv. in legge n. 96/2018.

Com'è noto, il d.lgs. n. 23/2015, in conformità alle indicazioni della legge delega n. 183/2014², non solo ha eletto la tutela economica a tutela regolare in caso di licenziamento viziato, ma ha altresì individuato parametri fissi per il calcolo e limiti minimi e massimi invalicabili con riferimento all'ammontare dell'indennità dovuta al lavoratore. Tale scelta ha coinvolto *in primis* il licenziamento ingiustificato: l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 prevedeva in origine che l'indennità dovesse corrispondere ad un «importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, per ogni anno di servizio» del lavoratore, fra un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità; in seguito il d.l. n. 87/2018 (c.d. Decreto Dignità) ha sì modificato la norma, ma solo con riferimento all'importo minimo (innalzandolo da 4 a 6 mensilità) e massimo (innalzandolo da 24 a 36 mensilità) dell'indennità medesima, senza incidere sul meccanismo di calcolo.

La Corte, trovatasi a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 dopo le modifiche ad esso apportate dal c.d. Decreto Dignità compie una duplice operazione, al contempo “restrittiva” ed “estensiva”: da un lato, infatti, *restringe il quesito di costituzionalità* a quello che ha ritenuto essere il “cuore delle doglianze” sollevate dal giudice remittente – e cioè appunto «il meccanismo di determinazione dell'indennità configurato dalla norma censurata» – escludendo da esso «il quantum della soglia minima e massima entro cui può essere stabilita l'indennità»³; dall'altra, in virtù di tale interpretazione (può estendere ed in effetti) *estende la dichiarazione di incostituzionalità* dalla versione originaria dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 a quella successivamente modificata dal c.d. Decreto Dignità.

Chi scrive ritiene discutibile l'operazione “restrittiva” compiuta dalla Corte: l'ordinanza del giudice remittente poneva chiaramente al Giudice delle leggi anche la questione di legittimità costituzionale dei limiti dell'indennità, se

² Cfr. art. 1, comma 7, lett. c), legge n. 183/2014 ai sensi del quale il Governo era delegato ad adottare uno o più decreti legislativi nel rispetto del seguente principio e criterio direttivo: «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

³ Cfr. punto 3 del Considerato.

non altro con riferimento al parametro interposto costituito dall'art. 24 CSE⁴.

Proprio questo percorso argomentativo permette in ogni caso al Giudice delle leggi, senza rinviare gli atti al giudice *a quo*, di valutare la questione sottoposta al suo giudizio ed estendere la dichiarazione d'incostituzionalità ad entrambe le versioni dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015. Prima di procedere alla valutazione nel merito del quesito così circoscritto, la Corte ricostruisce i contorni della tutela economica prevista dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015: il meccanismo rigido ed uniforme di quantificazione, collegato alla sola anzianità di servizio del lavoratore; i limiti minimo (4 poi 6 mensilità) e massimo (24 poi 36 mensilità), che segnano i confini insuperabili del meccanismo di quantificazione; la non incrementabilità degli importi risultanti dall'applicazione di quel meccanismo ("onnicomprensività" dell'indennità)⁵.

Il Giudice delle leggi chiarisce, poi, che l'indennità prevista dalla norma riveste duplice funzione e duplice natura: una, prioritaria, di carattere risarcitorio ed un'altra, secondaria, di carattere deterrente.

Tale assunto conduce inevitabilmente la Corte ad operare una doppia valutazione di legittimità costituzionale dell'indennità, prima nella sua veste di rimedio risarcitorio e poi dissuasivo-sanzionatorio.

L'analisi successiva, condotta in modo parallelo e variamente intrecciato con riferimento alle due "anime" della tutela economica, porta la Corte a ritenere la norma che la contempla, nella parte in cui disciplina il meccanismo di calcolo dell'indennità di licenziamento, non conforme né al principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), né idonea a realizzare quel "ragionevole" bilanciamento fra diritto al lavoro (artt. 3, 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost.) e libertà di iniziativa economica privata imposto dalla Carta costituzionale e, per suo tramite, dal diritto internazionale (artt. 117, comma 1, e 76 Cost. in relazione alla norma interposta costituita dall'art. 24 CSE).

Il parametro prescelto infatti, costituito dall'anzianità di servizio del lavoratore – in quanto *uniforme* per tutti i dipendenti, a prescindere dalla loro particolare situazione personale, e *rigido e perciò incongruo rispetto alla duplice finalità perseguita* –, non è in grado né di garantire un "personalizzato"⁶ ed

⁴Cfr. Trib. Roma 26 luglio 2017, cit., nella quale con riferimento all'art. 24 CSE si legge «Ne deriva che, in linea di principio qualsiasi limite risarcitorio che precluda una compensazione commisurata alla perdita subita e sufficientemente dissuasiva è in contrasto con la Carta».

⁵Cfr. punto 10 del Considerato: «Nonostante il censurato articolo 3, comma 1 – diversamente dal vigente art. 18, quinto comma, della legge n. 300 del 1970 – non definisca l'indennità "onnicomprensiva" è in effetti palese la volontà del legislatore di predeterminare compiutamente le conseguenze del licenziamento illegittimo, in conformità al principio e criterio direttivo dettato dalla legge di delegazione di prevedere un indennizzo economico "certo"».

⁶Cfr. punto 11 del Considerato.

“adeguato” ristoro del danno effettivamente patito dal lavoratore⁷ né di costituire “adeguato” strumento di dissuasione per il datore di lavoro dal commettere l’illecito⁸.

Secondo la Corte, viceversa, è conforme a Costituzione il limite massimo delle 24 mensilità (poi divenute 36 con il c.d. “Decreto Dignità”) fissato dalla norma all’importo dell’indennità, considerata nella sua prioritaria dimensione risarcitoria, in quanto sotto questo aspetto essa attua – ma l’affermazione è apodittica – un “adeguato” temperamento degli interessi in conflitto⁹. L’affermazione, peraltro non necessaria nell’economia della decisione, che già *in apicibus* aveva circoscritto il proprio intervento alle sole modalità di calcolo dell’indennità, non appare condivisibile, proprio perché, come si dirà, immotivata.

In conclusione, l’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 è dichiarato incostituzionale limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio». Si aggiunge poi – ai sensi della motivazione – che, nell’intervallo fra i limiti minimo e massimo fissati dalla legge, spetta al giudice quantificare l’importo dell’indennità, tenendo conto «innanzitutto dell’anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall’art. 1, comma 7, lett. c), della legge 183 del 2014 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. 23 del 2015 – nonché degli altri criteri (...) desumibili in chiave sistematica dall’evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell’attività economica, comportamento e condizioni delle parti)»¹⁰.

Ne consegue pertanto la flessibilizzazione dell’indennità prevista dall’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 per il licenziamento ingiustificato posto in essere dai datori di lavoro di maggiori dimensioni, poiché, grazie alla pronuncia in esame, l’importo di tale indennità non è più oggi predeterminato in modo fisso dalla legge, ma demandato ad una valutazione discrezionale del giudice, sulla base di definiti criteri enucleabili dal sistema, all’interno di un *range* che va dal minimo di 6 ad un massimo di 36 mensilità di retribuzione.

Viene così smantellato dalla Corte, proprio per il suo insuperabile contrasto con i principi costituzionali, il meccanismo previsto dal d.lgs. n. 23/2015, in ossequio alle indicazioni della legge delega (art. 7, comma 1, lett. c), legge n. 183/2014), per conferire “certezza” all’importo economico conseguente al licenziamento ingiustificato.

⁷ Cfr. punti 12, 13 e 14 del Considerato.

⁸ Cfr. punti 12, 13 e 14 del Considerato.

⁹ Cfr. punto 12.1 del Considerato.

¹⁰ Cfr. punto 15; v. anche punto 11 del Considerato.

La prima conseguenza prevedibile, in punto di fatto, è che d'ora in poi, nell'applicare l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, i giudici tenderanno a liquidare, mediamente, somme più alte rispetto a quelle derivanti dal calcolo imposto dalla norma dichiarata incostituzionale. Assicurare al lavoratore una tutela economica "personalizzata" ed "adeguata" sia a ristorare il danno patito (*funzione riparatoria*), che a scoraggiare atti illeciti (*rectius*: illegittimi) del datore di lavoro (*funzione dissuasiva*) appare del resto la ragione e l'obiettivo della pronuncia d'incostituzionalità.

2. Le premesse: il principio di giustificazione del licenziamento è espressione necessaria del diritto fondamentale della persona al lavoro, mentre il tipo di tutela da accordare al licenziamento ingiustificato è demandato alla scelta discrezionale del legislatore

La pronuncia muove da due premesse che, come precisato in motivazione¹¹, segnano le coordinate di fondo del bilanciamento imposto dalla Costituzione (art. 3 Cost.) in tema di recesso datoriale fra diritto al lavoro da un lato (artt. 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost.) e libertà d'iniziativa economica privata dall'altro (art. 41, comma 1, Cost.): la giustificazione dell'atto e le tutele previste in caso di carenza di giustificazione. Coordinate relativamente alle quali la Corte chiarisce quali siano il fondamento ed i vincoli imposti dalla Costituzione.

Quanto alla prima, la Consulta riafferma, in linea di continuità con un orientamento ormai consolidato¹², che il principio di giustificazione del licenziamento ha fondamento costituzionale¹³.

In origine la Corte aveva demandato integralmente alla legge l'individuazione del bilanciamento imposto dalla Carta fondamentale in tema di licenziamento, inclusa la previsione di un eventuale obbligo di giustificazione del recesso del datore, e per questa ragione si era limitata solo ad esortare il legislatore ordinario ad introdurre «opportuni temperamenti nei casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti»¹⁴. Da tempo, però, il Giudice delle

¹¹ Cfr. V. *incipit* del punto 10 del Considerato.

¹² Sul punto cfr. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali all'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali*, in *GDLRI*, 2007, p. 611 ss.; se vuoi anche M.T. CARINCI, *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, I, specie p. 218 ss.

¹³ Cfr. punto 9.1 del Considerato.

¹⁴ Così Corte cost. 26 maggio 1965, n. 45, punto 4. Nello stesso senso cfr., senza pretesa di completezza, Corte cost. 18 dicembre 1970, n. 194; Corte cost. 15 luglio 1971, n. 174; Corte

leggi ha statuito che la regola di necessaria giustificazione integra il nucleo minimo insopprimibile del diritto, di rilievo costituzionale, alla “stabilità” del lavoro¹⁵.

La pronuncia in commento ribadisce con forza questo assunto: «L’affermazione sempre più netta del “diritto al lavoro” (art. 4, comma 1, Cost.), affiancata alla “tutela” del lavoro “in tutte le sue forme e applicazioni” (art. 35, comma 1, Cost.) si sostanzia nel riconoscere, fra l’altro, che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro. Il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele»¹⁶.

Per la Corte il principio di giustificazione, in quanto costituisce attuazione *necessaria* del diritto fondamentale della persona al lavoro, è pienamente partecipe di quella stessa natura. Né si può immaginare che l’ordinamento possa ammettere – senza tradire l’imperativo costituzionale di protezione del «diritto fondamentale della persona al lavoro» – obblighi di giustificazione più ristretti e circoscritti di quelli oggi previsti dalla legge. Infatti, non solo le causali giustificative del licenziamento poste dalla normativa italiana (art. 2119 c.c. e art. 3, legge n. 604/1966), sono in linea con quelle dei principali ordinamenti europei¹⁷ e proprie dell’ordinamento internazionale (art. 24 CSE; Conv. ILO 158/1982¹⁸), ma soprattutto quelle ragioni assicurano sempre la realizzazione (gc, gms e gmo di tipo personale)¹⁹ ed addirittura la totale prevalenza (gmo di

cost. 22 giugno 1972, n. 121; Corte cost. 19 maggio 1976, n. 129; Corte cost. 16 dicembre 1980, n. 189; Corte cost. 14 gennaio 1983, n. 15; Corte cost. 8 gennaio 1986, n. 2; Corte cost. 9 novembre 2011, n. 303.

¹⁵ Cfr. Corte cost. 3 febbraio 2000, n. 46; Corte cost. 27 novembre 2000, n. 541; Corte cost. 30 gennaio 2003, n. 41; Corte cost. ord., 10 febbraio 2006, n. 56.

¹⁶ Cfr. punto 9.1 del Considerato. Già Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45 riferendosi all’art. 4, comma 1, Cost. parla di «diritto fondamentale della persona al lavoro».

¹⁷ Cfr. i contributi raccolti nel volume M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, Franco Angeli, Milano, 2014.

¹⁸ La Conv. ILO 158/1982, sebbene non ratificata dall’Italia costituisce importante criterio interpretativo per dotare di contenuti il diritto fondamentale di giustificazione del licenziamento. (Cfr. le condivisibili osservazioni di G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione Europea*, cit., p. 625. Per un commento alla Convenzione mi sia permesso rinviare a M.T. CARINCI, *ILO Convention 158*, in E. ALES-M. BELL-O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVER, (a cura di), *International and European Labour Law*, Nomos, Busto Arsizio, 2018, p. 1149 ss.).

¹⁹ È opinione condivisa che gc, gms e gmo di tipo personale inglobano in sé ipotesi che secondo i principi civilistici costituirebbero figure di risoluzione del contratto, cfr. M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980, pp. 222 ss. e 385 ss.

tipo economico) del genuino interesse tecnico-organizzativo²⁰ del datore di lavoro²¹ (interesse che chi scrive ha altrove definito come «interesse a disporre dell'organizzazione»).

La seconda premessa da cui muove il Giudice delle leggi concerne i vincoli costituzionali in merito al tipo di tutela da riconoscere in caso di licenziamento ingiustificato. Al riguardo, seguendo un orientamento ormai consolidato, la sentenza ribadisce che la scelta fra tutela restitutoria e tutela economica è rimessa alla decisione discrezionale del legislatore ordinario²². Per la Corte, dunque, l'opzione di fondo del d.lgs. n. 23/2015 – che pone al centro del sistema la tutela economica e relega ad eccezione la tutela reintegratoria – è di per sé conforme a Costituzione. «Il legislatore – si legge infatti in motivazione – ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio – monetario»²³. Ma, precisa subito la pronuncia, «purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza»²⁴ e, come si vedrà, di uguaglianza.

Questo l'interrogativo: quale tutela economica realizza un ragionevole bilanciamento fra diritto al lavoro e libertà d'impresa? Quale tutela economica realizza una tutela uniforme di situazioni uniformi e una tutela difforme di situazioni difformi?

Per rispondere è necessario prima di tutto chiarire la funzione e la natura dell'indennità disciplinata dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

²⁰ Interesse, che chi scrive ha altrove definito come «interesse a disporre dell'organizzazione», cfr. se vuoi M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *GDLRI*, 2012, p. 555.

²¹ Per la considerazione che gc, gms e gmo danno sempre e comunque rilievo all'interesse datoriale a disporre dell'organizzazione cfr. se vuoi M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio e o "per motivo illecito determinante" alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *RGL*, 2012, I, p. 647 ss. e con riferimento specifico al gmo di tipo economico EAD., *L'obbligo di "ripescaggio" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, cit.

²² Cfr. fra le altre Corte cost. 18 dicembre 1974, n. 194; Corte cost. 6 marzo 1974, n. 55; Corte cost. 8 luglio 1975, n. 189; Corte cost. 19 maggio 1976, n. 129; Corte cost. 8 gennaio 1986, n. 2; Corte cost. 3 febbraio 2000, n. 46; Corte cost., ord. 10 febbraio 2006, n. 56; Corte cost. 9 novembre 2011, n. 303.

²³ Cfr. punto 9.2 del Considerato.

²⁴ Cfr. sempre punto 9.2 del Considerato.

3. Funzione e natura dell'indennità prevista per il licenziamento ingiustificato dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015: un nodo difficile da sciogliere

La Corte, al fine di valutare la conformità a Costituzione dell'indennità prevista dall'art. 3 comma 1, d.lgs. n. 23/2015, si interroga innanzitutto – e a ragione – sulla funzione e sulla natura di tale corresponsione economica. Stabilire, in effetti, se un importo monetario rispetti i principi costituzionali e bilanci ragionevolmente quelli fra loro in conflitto dipende dalla funzione e dalla conseguente natura ad esso attribuita dalla legge: solo dopo averne definito la cornice giuridica è possibile capire quali siano i principi costituzionali rilevanti e, di conseguenza, valutare se i criteri di determinazione della somma da riconoscere al lavoratore siano conformi al quadro costituzionale.

Il legislatore, in via di principio, nel sistema posto dal *Jobs Act* avrebbe potuto scegliere di attribuire funzioni diverse alla corresponsione economica collegata al licenziamento privo delle ragioni giustificatrici, a seconda che considerasse il recesso datoriale ingiustificato nella prospettiva del contratto di lavoro su cui incide oppure valutasse il licenziamento ingiustificato nella sua veste di atto unilaterale di esercizio di un potere giuridico o, ancora, avesse dato rilievo simultaneamente ad entrambi i profili.

Dall'angolo visuale del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, l'atto di licenziamento ingiustificato costituisce un atto di recesso datoriale *contra legem*, che tuttavia – giusta la previsione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 – è comunque idoneo a interrompere il rapporto, pregiudicando così l'interesse del lavoratore all'adempimento della controparte. Osservato da questo angolo visuale, il licenziamento ingiustificato è ragione di danni, sicuramente patrimoniali (le retribuzioni non percepite, il danno alla professionalità) ed eventualmente anche non patrimoniali. La corresponsione economica considerata in questa prospettiva rivestirebbe, dunque, una funzione prioritariamente risarcitoria.

Dall'angolo visuale della relazione potere-soggezione, l'atto di licenziamento ingiustificato costituisce, invece, un atto unilaterale di esercizio di un potere giuridico di supremazia in violazione di limiti²⁵, posti dalla legge per due ragioni: in primo luogo, per circoscriverne l'utilizzo – *in diritto* – da parte del datore di lavoro in vista di specifiche e predefinite finalità, giudicate conformi all'ordinamento (appunto: gc, gms e gmo) e così proteggere l'interesse

²⁵ È infatti opinione condivisa che il d.lgs. n. 23/2015 non abbia modificato le nozioni e la struttura della gc, del gms e del gmo. Cfr. però per le modifiche in seguito apportate alla struttura del gmo del nuovo art. 2103 c.c., se vuoi, M.T. CARINCI, *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, cit.

del lavoratore alla stabilità dell'occupazione; in secondo luogo, per scongiurare che – *di fatto*: per il timore di perdere l'occupazione – un illimitato potere di licenziamento ponga a rischio l'esercizio da parte del lavoratore di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti che si radicano nel rapporto di lavoro (diritto di libertà religiosa, sindacale, politica ecc.). Da questo punto di vista, il licenziamento ingiustificato è atto di esercizio di un potere giuridico *contra legem*. La tutela economica ad esso connessa potrebbe svolgere dunque, in questa prospettiva, una funzione più prettamente deterrente-sanzionatoria se non squisitamente sanzionatoria²⁶.

È pertanto chiaro che, se quelle appena descritte sono le scelte in astratto possibili nel sistema del *Jobs Act*, la funzione e la natura dell'indennità in parola dipendono più specificamente dall'assetto degli interessi prescelto dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

Ed è proprio nell'indagare il significato dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 che la Corte si è trovata di fronte un problema interpretativo difficile da sciogliere: da una parte, infatti, il generico termine "indennità" utilizzato dalla disposizione scrutinata non fornisce alcuna indicazione utile²⁷; dall'altra, i due criteri di calcolo da essa individuati risultano incongruenti rispetto sia all'una che all'altra funzione menzionata: nella prospettiva risarcitoria, il riferimento alla retribuzione sarebbe coerente con l'obiettivo di ristorare il danneggiato, ma la sua portata viene annullata dal moltiplicatore, costituito dalla an-

²⁶ In linea astratta il legislatore avrebbe anche potuto far ricorso alla figura dei c.d. danni punitivi (cfr. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 319 ss.; F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, 531 ss.) astrattamente ammissibili nel nostro sistema (v. in giurisprudenza Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 1660, in merito alla quale cfr. G. PONZANELLI, *Le decisioni delle sezioni Unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno?*, in *RDC*, 2018, 1, p. 300 ss.; ID., *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, in *NLCC*, 2017, 10, p. 1413 ss.; E. GABRIELLI-A. FEDERICO (a cura di), *I danni punitivi dopo la sentenza delle Sezioni Unite*, in *GI*, 2018, p. 2274 ss.; C. VACCÀ, *Le Sezioni Unite ed i punite damages: una significativa circolazione di un modello?*, in *LDEu*, 2017, 1, p. 1 ss.), purché espressamente previsti dalla legge (cfr. M. SESTA, *Risarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *RDC*, 2018, p. 305 ss.).

Tuttavia, i c.d. danni punitivi sono caratterizzati dal fatto di essere "ultracompensativi" rispetto al danno o comunque sganciati dal danno sofferto dalla vittima, oltre che calibrati sul comportamento del danneggiante, anziché sul pregiudizio sofferto dal danneggiato. Tali caratteristiche sono, entrambe, completamente estranee al dettato dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, che invece, come esplicitato nel testo, da un lato prende a parametro la retribuzione del lavoratore, ma dall'altra gli attribuisce una somma statisticamente quasi sempre inferiore al danno effettivamente patito. Per una ipotesi di liquidazione di danni punitivi nel diritto del lavoro Trib. Bergamo, 30 marzo 2018, in *GI*, 2018, p. 2191 ss. con nota di M. BIASI, *Il caso Ryanair e l'ingresso del "danno punitivo" nel diritto del lavoro*.

²⁷ Cfr. punto 10 del Considerato.

zianità di servizio del lavoratore, incapace di per sé²⁸ di intercettare il danno patito dalla vittima; in terzo luogo, sotto il profilo deterrente-sanzionatorio, entrambi i parametri risultano totalmente inconferenti rispetto allo scopo di dissuadere il datore che ha posto in essere l'atto *contra legem*, non riuscendo quei criteri né a calibrare l'importo economico in base alla gravità della violazione, né a modularlo in relazione alle capacità economiche del trasgressore²⁹.

Sono quindi evidenti, alla luce di queste osservazioni, le difficoltà interpretative che la Corte ha dovuto affrontare.

Neppure la dottrina, del resto, è riuscita a definire la questione, attribuendo all'indennità ora funzione risarcitoria³⁰, ora funzione sanzionatoria³¹, ora entrambe³².

Di fronte a questa impasse, la pronuncia riconosce all'indennità entrambe

²⁸ Il parametro dell'anzianità di servizio è incapace di intercettare il danno effettivamente patito dal lavoratore se considerato isolatamente, non invece se utilizzato in connessione con altri indicatori. È dato di comune esperienza, infatti, che il lavoratore con maggiore anzianità (anagrafica e di servizio) – statisticamente – ha più difficoltà a trovare una nuova occupazione e dunque da questo punto di vista è maggiormente esposto a subire danni di natura patrimoniale, in caso di licenziamento ingiustificato.

²⁹ Chi scrive non pensa che la portata squisitamente sanzionatoria dell'indennità possa essere tratta – prescindendo dal dettato dell'art. 3, comma 1 – dall'impianto complessivo del d.lgs. n. 23/2015. Il *Jobs Act* infatti calibra le tutele non sulla colpa del soggetto che pone in essere l'atto illecito, ma sul tipo di patologia che affligge l'atto unilaterale di esercizio del potere. Per la prospettiva qui non condivisa con riferimento all'art. 18 Stat. lav. come modificato dalla legge n. 92/2012, cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio per il licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, p. 415 ss.

³⁰ Cfr. V. FILÌ, *Tutela risarcitoria e indennitaria: profili qualificatori, previdenziali e fiscali*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, p. 206. Di "indennità risarcitoria" parla M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2015, p. 529; R. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*, in *RIDL*, 2018, I, p. 76.

³¹ Per M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie o indennitarie del licenziamento illegittimo*, in F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt University Press, Modena, 2015, p. 130 l'indennità ha funzione prevalentemente sanzionatoria.

³² Cfr. C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in F. CARINCI-M. PERSIANI, (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, V, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2017, p. 1125 che ritiene l'indennità «polifunzionale, diretta ora a fini punitivi ora a fini restitutori e rimediali delle conseguenze (illecito licenziamento) indiscutibilmente produttivo di danno»; cfr. altresì E. TARQUINI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma del Jobs Act*, Wolters Kluwer-Ipsoa, Milano, 2016, p. 216 ss. Di "sanzione risarcitoria" parla G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e non poche ombre*, in *ADL*, 2015, p. 358.

le funzioni, risarcitoria e dissuasivo-sanzionatoria, attribuendo tuttavia priorità alla prima: «Si tratta di una tutela non specifica *dell'interesse del lavoratore all'adempimento del contratto di lavoro a tempo indeterminato* – la reintegrazione, infatti, è preclusa – ma per equivalente e, quindi, soltanto economica»³³ (corsivo dell'A.).

In effetti una lettura attenta dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 mostra che la tutela economica voluta dalla legge è conseguenza *in primis* dell'interruzione *contra legem* del contratto. La norma prevede infatti testualmente che: «nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, *il giudice dichiara estinto il rapporto (...) e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità (...)*» (corsivo dell'A.).

La posizione della Corte appare in definitiva condivisibile: il dato letterale denota, infatti, che il legislatore ha voluto considerare l'indennità prioritariamente come conseguenza dell'atto interruttivo *contra legem* del contratto di lavoro. La funzione dissuasiva costituisce solo una conseguenza secondaria del risarcimento del danno patito dal lavoratore³⁴, a fronte di un recesso che è pur sempre al contempo un atto unilaterale illecito (*rectius*: illegittimo).

Si osservi, inoltre, che il percorso seguito permette al Giudice delle leggi di mantenere l'indennità all'interno dei limiti minimo e massimo fissati dalla legge (cfr. § 6). Risultato che, infatti, non sarebbe possibile se, al contrario, – senza peraltro alcun riferimento normativo – la pronuncia avesse attribuito all'indennità funzione dissuasivo-sanzionatoria: in tal caso il lavoratore avrebbe necessariamente conservato, in ossequio ai principi costituzionali (artt. 3, 4 e 35 Cost.), il diritto *all'integrale* risarcimento del danno al di fuori dei confini dell'indennità sanzionatoria prevista dalla legge.

La sentenza riconduce in definitiva la portata della tutela economica di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 nel solco della riflessione che ha interessato tanto l'«indennità risarcitoria» prevista dall'art. 8, legge n. 604/1966³⁵

³³ Cfr. punto 10 del Considerato.

³⁴ Del resto, che la responsabilità civile svolga un ruolo polifunzionale è un dato ormai da tempo acquisito (vedi S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1964, p. 41 ss.; più di recente P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Utet, Torino, 2006, p. 19). Cfr. Cass. 5 luglio 2017, n. 16601, che afferma «può dirsi che accanto alla primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una “natura polifunzionale” della responsabilità civile».

³⁵ Cfr. M. NAPOLI, *Licenziamenti*, in *DDP comm.*, IX, 1993, p. 83 che parla di «danno forfezzizzato»; in senso analogo P. SANDULLI-A. VALLEBONA-C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, Padova, 1990, p. 51; D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori alla stregua della nuova disciplina legislativa Legge 15 luglio 1966, n. 604*, Utet,

quanto l'“indennità risarcitoria onnicomprensiva” posta dall'art. 18, comma 5, Stat. lav.³⁶, come modificato dalla legge n. 92/2012, ritenute entrambe di natura esclusivamente o prevalentemente risarcitoria dalla dottrina maggioritaria.

4. Il criterio di calcolo dell'anzianità di servizio contrasta con il principio di uguaglianza. “Personalizzazione” del danno e criteri interpretativi ricavabili dal sistema

La valorizzazione della dimensione risarcitoria dell'indennità permette alla Corte di dichiarare incostituzionale l'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 per contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)³⁷.

La standardizzazione, infatti, del calcolo della indennità – ancorato all'unico criterio della anzianità di servizio del lavoratore – omologa in modo ingiustificato situazioni diverse: l'applicazione di quell'unico criterio comporta che lavoratori con pari anzianità di servizio, ma che, in connessione ad altre circostanze, abbiano sofferto danni diversi, percepiscano comunque un identico risarcimento³⁸.

A ragione dunque la Consulta – in linea con i propri precedenti³⁹ e nell'ottica di quella giurisprudenza che nega la possibilità di automatismi nel risarcimento di diritti fondamentali – ritiene imprescindibile, ai sensi dell'art. 3 Cost., la “personalizzazione” o “individualizzazione” dell'indennità, vista nella sua primaria funzione risarcitoria, al danno effettivamente subito da ciascun lavoratore.

La Corte tuttavia non si ferma qui: nel corpo della motivazione⁴⁰ indica i criteri, già insiti nel sistema, che il giudice deve utilizzare per calibrare il ri-

Torino, 1967, p. 78; da ultimo M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2015, p. 129.

³⁶ Cfr. C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. PERSIANI-F. CARINCI, *Trattato di diritto del lavoro*, V, Utet, Torino, p. 881 ed ivi ulteriori riferimenti; cfr. anche V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *CSDLE*, 165/2012, p. 56.

³⁷ Punto 11 del Considerato.

³⁸ Si pensi per fare qualche esempio alle diverse conseguenze che il licenziamento può avere a seconda delle condizioni economiche del lavoratore (per es. la necessità di pagare un mutuo), alla difficoltà di ricerca di altra occupazione, alla importanza della continuità del lavoro per la “manutenzione” della professionalità ecc. Cfr. punto 11 del Considerato ove la Corte si riferisce ad un «dato di comune esperienza».

³⁹ Cfr. Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235; Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303.

⁴⁰ Cfr. punto 11; nonché punto 15 del Considerato.

sarcimento del danno in base alla singola situazione concreta. Al riguardo la pronuncia richiama espressamente sia gli indici fissati dall'art. 8, legge n. 604/1966 – che si riferisce a «il numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti» – sia a quelli indicati dall'art. 18, comma 5, Stat. lav. – che individua come parametro innanzitutto l'«anzianità del lavoratore» e precisa poi «tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione al riguardo». I parametri ricavabili dall'ordinamento, dunque, sono ampiamente convergenti, se non totalmente sovrapponibili. Si registra, anzi, una positiva evoluzione nella comparazione fra il parametro della mera «dimensione dell'impresa» di cui all'art. 8, legge n. 604/1966 – che si riferisce ad un mero dato «quantitativo»: il numero dei dipendenti – e quello più recente delle «dimensioni dell'attività economica» – che allude invece all'elemento «qualitativo» della capacità economica dell'impresa, che riassume in sé anche l'indicatore del mero numero dei lavoratori – parametro certo maggiormente in grado di dar conto della forza e solidità del datore di lavoro nello scenario economico-produttivo odierno.

La pronuncia fornisce, poi, un ulteriore invito al giudice: «il giudice terrà conto innanzitutto del criterio dell'anzianità di servizio» in quanto «prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c), della legge n. 184 del 2014 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. 23 del 2014»⁴¹, norma che, come detto, rimane in vita⁴². Una priorità da considerare di ordine logico – da un parametro il giudice dovrà pur partire! –, non di tipo qualitativo – relativa cioè all'importanza o al «peso» del criterio dell'anzianità –, pena sconfessare tutto l'impianto della decisione. Del resto, il criterio dell'anzianità è posto in primo piano anche dall'art. 18 Stat. lav., il che non ha impedito ai giudici di parametrare il risarcimento al danno effettivamente patito dal lavoratore.

Se secondo la Corte non esiste una lacuna normativa quanto ai criteri per calibrare l'indennità fra il minimo e il massimo previsti dalla legge – i parametri di riferimento sono già insiti nel sistema – rimane da valutare però se quei criteri siano da ritenere vincolanti per il giudice.

A parere di chi scrive la risposta deve essere positiva: la pronuncia della Corte solo dal punto di vista *formale* si presenta come una sentenza di accoglimento parziale, che si limita a caducare una parte della disposizione scrutinata, ma dal punto di vista *sostanziale* deve invece essere annoverata fra le sentenze additive di regola, adottate quando la soluzione normativa idonea a

⁴¹ Punto 14 del Considerato.

⁴² Cfr. *supra*, nota 1.

colmare la lacuna è implicita nell'ordinamento⁴³. È evidente, infatti, che nella motivazione la Corte integra i criteri al dispositivo: «Il giudice *terrà conto* innanzitutto della anzianità di servizio (...) nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica e condizioni delle parti)»⁴⁴ (corsivo dell'A.). Ne consegue che il dispositivo vada letto alla luce della motivazione.

In definitiva il giudice deve applicare i criteri indicati dalla Corte, fornendone adeguata motivazione.

5. La forfettizzazione del danno è conforme a Costituzione, ma l'anzianità di servizio non può costituire l'unico parametro, pena l'irragionevole sbilanciamento fra diritto al lavoro e libertà d'iniziativa economica privata

La decisione in esame sancisce inoltre che le modalità di calcolo dell'indennità, considerata ancora sotto il profilo risarcitorio, viola il principio di ragionevolezza nel bilanciamento fra diritto al lavoro (artt. 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost.) e libertà d'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e ciò in considerazione della concreta modalità di forfettizzazione del danno patito dal lavoratore.

In realtà il Giudice delle leggi esordisce riaffermando, in linea con la propria precedente giurisprudenza⁴⁵, che una norma che preveda un risarcimento forfettizzato del danno non è di per sé contraria alla Costituzione. Ed in effetti l'assunto con riferimento al danno patrimoniale è pacifico⁴⁶.

Tuttavia – precisa immediatamente la Corte – la Costituzione impone che il

⁴³ V. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. 2, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 202.

⁴⁴ Cfr. punto 15 del Considerato.

⁴⁵ Cfr. Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235, che riafferma il principio con riferimento anche al danno non patrimoniale, ma in un'ipotesi in cui la norma prevede la forfettizzazione a tutto vantaggio del danneggiato (cfr. *infra* § 7); Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303; Corte cost. 26 maggio 2005, n. 199; Corte cost. 9 novembre 2000, n. 482; Corte cost. 30 aprile 1999, n. 148; Corte cost. 22 novembre 1991, n. 420; Corte cost. 6 maggio 1985, n. 132.

⁴⁶ Cfr. G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in P. SIRENA (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., p. 325; G. VILLA, *La forfettizzazione legale del danno contrattuale*, in AA.VV., *Il risarcimento del danno contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 11 ss.; C. SALVI, *Risarcimento del danno*, in *ED*, XL, 1989, p. 1093; G. DE NOVA, voce *Clausola penale*, in *DDP civ.*, 1988, p. 377 ss.

danno forfettizzato sia in ogni caso di importo “adeguato”⁴⁷. È chiaro che il parametro dell’“adeguatezza” esprime, con parole più adatte alla valutazione della congruità di una somma monetaria, il principio di “ragionevolezza” che costituisce il criterio generale di bilanciamento fra principi costituzionali.

Così inquadrata la questione, la pronuncia in commento conclude che le modalità di calcolo dell’indennità, ancorate come sono al solo criterio dell’anzianità di servizio già valutato “incongruo” rispetto alla funzione risarcitoria, non possono al contempo realizzare in alcun modo un “adeguato” e dunque “ragionevole” contemperamento degli interessi in conflitto⁴⁸.

Il criterio dell’anzianità, infatti, scollegato com’è dal danno, finisce per premiare chi quel danno ha cagionato. Situazione questa particolarmente evidente quando vengano in considerazione lavoratori con bassa anzianità di servizio, rispetto ai quali non può neppure essere ritenuta sufficiente garanzia di “adeguatezza” la previsione di un livello minimo dell’indennità (4 e poi 6 mensilità di retribuzione)⁴⁹.

Chi scrive concorda pienamente con le conclusioni dalla Consulta: il criterio dell’anzianità è “incongruo”, perché incapace da solo di realizzare la finalità di ristoro del danno patito dal lavoratore, e per questo è al contempo “inadeguato” (o irragionevole), perché finisce per comprimere, frequentemente, in modo molto significativo l’interesse del lavoratore e, di conseguenza, favorisce in modo netto il contrapposto interesse del datore che ha cagionato il danno.

Quel criterio infatti è funzionale sempre e comunque al solo interesse del datore di lavoro alla certezza e prevedibilità dei costi (cfr. art. 1, comma 7, lett. c), legge n. 183/2014).

6. Il limite massimo dell’indennità è conforme al principio di ragionevole bilanciamento fra diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica privata? Una affermazione apodittica

La Corte costituzionale, nel valutare la conformità a Costituzione dell’indennità nella sua dimensione risarcitoria, afferma che la misura massima per

⁴⁷ Cfr. punto 12.1 del Considerato.

⁴⁸ Cfr. punto 12.3 del Considerato ove si legge che l’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 «non realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell’impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall’altro. Con il prevedere una tutela economica che non può costituire adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento (...) la disposizione censurata comprime l’interesse del lavoratore in misura eccessiva, al punto da risultare incompatibile con il principio di ragionevolezza».

⁴⁹ Cfr. punto 12.1 del Considerato.

essa prevista (24 e poi 36 mensilità) realizza un “adeguato” contemperamento degli interessi in conflitto, bilanciando adeguatamente il diritto al lavoro, da una parte, e la libertà d’iniziativa economica privata, dall’altra. L’affermazione non era necessaria, avendo la Corte limitato il quesito proposto dal giudice remittente alle sole modalità di calcolo dell’indennità.

Affermazione che, sprovvista totalmente di motivazione, suscita perplessità. Se è indiscusso in via generale che la legge, nel forfettizzare il danno, possa anche fissare soglie massime, tuttavia anche queste ultime devono risultare rispettose dei principi costituzionali: in primo luogo del principio uguaglianza, che richiede che il creditore-lavoratore non sia trattato in modo ingiustificatamente deteriore con riferimento al contratto di lavoro rispetto agli altri creditori nell’ambito di diversi contratti sinallagmatici; in secondo luogo del principio di ragionevolezza, che impone che la soglia non sia individuata in modo arbitrario, ma in modo tale da quantificare quel “tetto” in una somma congruente rispetto al *vulnus* massimo che il lavoratore possa subire. Nel caso che ci occupa, ad esempio, il limite massimo dell’indennità potrebbe essere individuato tenendo in considerazione il tempo necessario per un lavoratore con notevole anzianità di servizio per trovare una nuova occupazione.

Nulla di tutto ciò si ritrova nella motivazione della sentenza, che si limita ad affermare che quel limite “è adeguato”.

L’affermazione non convince. Dietro ad essa può nascondersi da parte della Corte vuoi un atteggiamento di *self restraint*, rispettoso della discrezionalità già esercitata dal legislatore con il *Jobs Act*, vuoi il timore di scardinare *ab imis* le tutele in tema di licenziamento individuale, demandando nuovamente alla legge di ridisegnare integralmente il sistema di tutela per il recesso datoriale. In effetti se la Corte non fosse riuscita ad argomentare la “adeguatezza” del limite massimo dell’indennità avrebbe dovuto dichiarare la norma incostituzionale, rinviando la ridefinizione della disciplina al legislatore.

Quale che ne sia la ragione, l’omessa motivazione sul punto è particolarmente rilevante, perché la compatibilità del limite massimo fissato dalla legge con la Costituzione non viene argomentata neppure con riferimento al parametro interposto (in relazione agli artt. 76 e 117, comma 1, Cost.) costituito dall’art. 24 CSE (cfr. § 9).

7. Risarcimento forfettizzato, danno non patrimoniale ed “onnicomprensività” dell’indennità

La decisione della Corte ritiene “onnicomprensiva” l’indennità prevista dall’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015.

Del resto, che nelle intenzioni del legislatore l’indennità dovesse esaurire il

novero delle provvidenze economiche conseguenti al licenziamento ingiustificato, si trae da una lettura della norma che la contempla alla luce delle indicazioni della legge delega, che prescrive al legislatore di introdurre un indennizzo economico “certo” nel suo ammontare (cfr. art. 1, comma 7, lett. c), legge n. 183/2014).

Tuttavia, questo carattere di “onnicomprensività” deve essere correttamente inteso.

Se infatti, come già sottolineato, per quanto riguarda il danno patrimoniale, deputato a soddisfare interessi patrimoniali, la Costituzione non impedisce limitazioni o forfettizzazioni al risarcimento (cfr. § 5), viceversa per il danno non patrimoniale, che consegue alla lesione di interessi della persona, vige l’opposto principio della integralità del risarcimento.

La necessità del risarcimento integrale del danno non patrimoniale è affermazione del tutto pacifica, sia nella giurisprudenza della Corte costituzionale⁵⁰, che della Corte di Cassazione⁵¹.

È allora evidente che, nonostante il silenzio della pronuncia sul punto, l’indennità *ex art. 3*, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 non può che includere – pena un plateale contrasto con la Costituzione – il solo risarcimento forfettizzato del danno patrimoniale⁵²; il danno non patrimoniale deve ritenersi al contrario escluso. Ne consegue che il lavoratore potrà sempre provare il danno non patrimoniale conseguente ad un licenziamento ingiustificato ed il giudice dovrà disporre il risarcimento in aggiunta rispetto all’importo dell’indennità legislativamente prevista.

Negli stessi termini del resto si è orientata la giurisprudenza con riferimento al risarcimento forfettizzato del danno sia *ex art. 18 Stat. lav.*⁵³ che *ex art. 8*, legge n. 604/1966⁵⁴, ritenendo riferite ai soli danni patrimoniali le indennità previste dalle due norme.

Preme sottolineare, comunque, che solo in qualche ipotesi estrema – per es.

⁵⁰ Cfr. Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233; Corte cost. 18 luglio 1991, n. 356. Ma v. già Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184. Solo in un caso la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità della limitazione del danno non patrimoniale, ma si trattava di un’ipotesi in cui il bilanciamento operato dalla legge risultava *a favore dello stesso danneggiato*: cfr. Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235.

⁵¹ Cfr. per tutte Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972.

⁵² Cfr. L. DE PAOLA, *Il danno “ulteriore” connesso al licenziamento*, in ID. (a cura di), *Il licenziamento dalla legge Fornero al Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 384 ss.

⁵³ Cfr. Cass. 19 novembre 2015, n. 23686; Cass. 8 gennaio 2015, n. 63; Cass. 12 marzo 2014, 5730; Cass. 30 dicembre 2011, n. 30668; Cass. 17 dicembre 2007 n. 26561; Cass. 13 luglio 2002, n. 10203.

⁵⁴ Cfr. Trib. Milano 1° dicembre 2013 in *LG*, 2014, p. 904 ss.

nel caso di licenziamento ingiurioso – il licenziamento privo di giustificazione può produrre danni di natura non patrimoniale. Nella maggior parte dei casi, infatti, è piuttosto il licenziamento discriminatorio o per motivo illecito che lede i diritti della persona del lavoratore.

8. Le modalità di calcolo dell'indennità contrastano con il principio di ragionevolezza che impone una "adeguata" dissuasione del datore di lavoro dal recesso ingiustificato

Come detto Corte cost. n. 194/2018 riconosce all'indennità *ex art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015* anche una secondaria portata dissuasivo-sanzionatoria. È necessario allora chiedersi se l'indennità prevista dalla norma assolva a questa complementare funzione rispettando il dettato costituzionale.

La risposta della Corte è ancora una volta negativa.

In primo luogo, infatti, la pronuncia ritiene violato il principio di ragionevolezza in sé considerato: l'inadeguatezza dell'indennità rispetto alla sua primaria funzione riparatorio-compensativa – si legge nella pronuncia – «è suscettibile di minare in tutta evidenza, anche la funzione dissuasiva della stessa nei confronti del datore di lavoro, allontanandolo dall'intento di licenziare senza valida ragione»⁵⁵.

In secondo luogo, il Giudice delle leggi ritiene che la norma scrutinata non realizzi neppure un ragionevole bilanciamento fra diritto fondamentale della persona al lavoro e libertà di iniziativa economica, in quanto pregiudica in modo eccessivo l'interesse del lavoratore all'occupazione⁵⁶. Proprio in questo passaggio la Corte attribuisce rilievo al licenziamento ingiustificato non solo come atto interruttivo *contra legem* del contratto di lavoro, ma anche come atto di esercizio *contra legem* di un potere giuridico di supremazia in grado di pregiudicare in diritto ed in fatto la complessiva posizione del lavoratore (cfr. *supra* § 3). Si legge infatti in motivazione⁵⁷: «Il "diritto al lavoro" (art. 4, primo comma, Cost.) e la "tutela" del lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35, comma 1, Cost.) comportano la garanzia dell'esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Il nesso che lega queste sfere di diritti della persona, quando si intenda procedere a licenziamenti, emerge dalla già richiamata sentenza n. 45 del 1965, che fa riferimento «ai principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa»⁵⁸ (...), oltre che

⁵⁵ Cfr. punto 12.2 del Considerato.

⁵⁶ Cfr. punto 13 del Considerato.

⁵⁷ Cfr. punto 13 del Considerato.

⁵⁸ Cfr. Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45.

nella sentenza n. 63 del 1966, là dove si afferma che «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia ad una parte dei propri diritti»⁵⁹.

In definitiva, per il Giudice delle leggi un meccanismo di calcolo che non è in grado assicurare ristoro “adeguato” al pregiudizio sofferto, non può in alcun modo costituire strumento di efficace dissuasione per il datore dal commettere l’illecito.

In effetti si sa che una sanzione per poter risultare deterrente e dissuasiva deve essere in qualche misura temibile: certo non può esserlo un’indennità che si risolve spesso nella corresponsione di importi modesti e comunque assai lontani da quelli necessari per assicurare il pieno risarcimento del danno.

9. L’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 a confronto con l’art. 24 CSE. L’autorevolezza, ma non vincolatività delle decisioni del CEDS

Corte cost. n. 194/2018 sancisce, infine, che l’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015⁶⁰ – con riferimento, ancora una volta, al criterio di calcolo dell’anzianità – viola sia l’art. 76 Cost. (in quanto la legge di delegazione imponeva il rispetto dei Trattati internazionali), sia l’art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla norma interposta costituita dall’art. 24 CSE⁶¹.

La Corte ribadisce innanzitutto, in linea con la propria più recente giurisprudenza⁶², che anche la CSE – come già la CEDU⁶³ «di cui costituisce un

⁵⁹ Cfr. Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63, punto 3 del Considerato.

⁶⁰ Per diverse valutazioni in merito al rilievo dell’art. 24 CSE con riferimento alla disciplina del licenziamento posta dall’art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 cfr. fra i giuslavoristi G. FONTANA, *La Carta sociale Europea oggi*, in *CSDLE*, 132/2016; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, 2016, I, p. 11 ss.; C. CESTER, *Il licenziamento nel Jobs Act*, in *CSDLE*, 273/2015, p. 8 ss.; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione Europea*, cit., p. 623 ss.

⁶¹ Cfr. punto 14 del Considerato. La CSE, revisionata nel 1996, è stata ratificata dall’Italia con legge n. 30/1999.

⁶² L’orientamento è stato inaugurato da Corte cost. 13 giugno 2018, n. 120 secondo la quale la CSE «deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell’art. 117, primo comma, Cost. Essa è priva di effetto diretto e la sua applicazione non può avvenire immediatamente ad opera del giudice, ma richiede l’intervento di questa Corte cui va prospettata la questione di legittimità costituzionale, per violazione del citato disposto dell’art. 117 Cost.». In precedenza, Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178 che si era limitata a richiamare la CSE (punto 16 del Considerato); cfr. altresì Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46.

⁶³ Cfr. le due “sentenze gemelle” Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

completamento sul piano sociale»⁶⁴ – è un Trattato internazionale vincolante per l'Italia, che come tale non può determinare in alcun modo la disapplicazione della legge interna difforme da parte del giudice, ma richiede di essere utilizzato dalla Corte, quale norma interposta, per valutarne la legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.⁶⁵.

L'acquisizione è importante: la CSE esce così definitivamente dal limbo dell'irrelevanza giuridica in cui il Giudice delle leggi per lungo tempo l'ha confinata, per assurgere finalmente a parametro di costituzionalità interposto della legge⁶⁶. Il rilievo riconosciuto alla CSE permette pertanto alla Corte di valutare la legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, in connessione con l'art. 24 CSE.

Il Giudice delle leggi riafferma tuttavia al contempo, richiamando una propria recentissima pronuncia⁶⁷, che le norme della CSE non vanno necessariamente intese nel senso ad esse attribuito dalle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS), decisioni che seppur da considerare “autorevoli”, non sono però vincolanti. L’“autorevolezza” delle decisioni del CEDS è affermata in modo esplicito ed ulteriormente rafforzata dall'inusuale ed esplicito richiamo in motivazione alla decisione resa a seguito del reclamo collettivo n. 106/2014 proposto dalla *Finnish Society of Social Rights*.

Decisioni del CEDS che peraltro la Corte ribadisce non avere carattere cogente.

Il punto non è pacifico⁶⁸.

Al riguardo una parte della dottrina costituzionalistica, nonostante l'assenza di disposizioni specifiche nella CSE, sostiene che le pronunce del CEDS sono vincolanti, non solo in considerazione del fatto che il Comitato è l'unico organo istituzionalmente deputato ad interpretare la Carta, ma soprattutto sottolineando che quelle pronunce – pur di carattere non propriamente giurisdizionale e sprovviste di sanzioni – sono emesse all'esito di specifiche procedu-

⁶⁴ Così Corte cost. 11 aprile 2018, n. 120.

⁶⁵ Per una panoramica delle posizioni assunte da giurisprudenza e dottrina ed anche dalla Corte costituzionale in merito alla portata giuridica della CSE, cfr. per tutti G. GUIGLIA, *Il contributo della giurisprudenza e degli studi giuridici all'effettività della Carta Sociale Europea nell'ordinamento italiano: cenni ricostruttivi*, in *Riv. giur. Derechos Sociales*, 2018, 8, p. 45 ss. ove si possono trovare ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶⁶ Cfr. A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale (nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL)*, in *Consultaonline.it*, 2015, II, p. 504 ss.

⁶⁷ Cfr. Corte cost. 11 aprile 2018, n. 120.

⁶⁸ La questione è discussa anche in seno alle Nazioni Unite, cfr. UN Doc. A/73/10 *Report of the International Law Commission, Seventieth Session (30 April-1 June and 2 July-August 2018)*, specie *Conclusion*, n. 13.

re finalizzate ad accertare la violazione degli obblighi previsti dalla Carta e che l'obbligo di rimediare alle violazioni, una volta accertate, origina dalla stessa accettazione della CSE da parte degli Stati⁶⁹. La dottrina appena richiamata – forte dell'orientamento espresso con riferimento alla CEDU⁷⁰ – auspicava, dunque, che la Corte adottasse lo stesso orientamento per la CSE, ritenendo non solo quest'ultima vincolante in sé, ma vincolanti, se frutto di un orientamento consolidato, anche le decisioni del Comitato istituzionalmente chiamato ad interpretarla.

Una posizione più “moderata” è quella assunta da una parte della dottrina internazionalistica, secondo la quale il principio di “leale collaborazione” posto dall'art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa, che impone agli Stati di collaborare “sinceramente ed operosamente” nella promozione e tutela dei diritti sociali, importa anche l'obbligo delle Corti nazionali di prendere necessariamente “in considerazione” le decisioni del Comitato e di potersene discostare solo con adeguata motivazione⁷¹.

Il Giudice delle leggi, tuttavia, non ha accolto né l'una né l'altra delle due proposte interpretative, ribadendo, sulla scia di Corte cost. n. 120/2018, che le decisioni del Comitato, seppur autorevoli, non possono essere ritenute vincolanti, in quanto la CSE – a differenza di quanto fa la CEDU con riferimento alla Corte EDU – non attribuisce al Comitato tale competenza⁷². La posizione

⁶⁹ Cfr. C. PANZERA, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in *AIC*, 2017, I, p. 1.

⁷⁰ Cfr. Corte cost. 4 dicembre 2009, n. 317; Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236; Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303; Corte cost. 7 luglio 2012, n. 150; Corte cost. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

⁷¹ Cfr. L. BORLINI-L. CREMA, *Il valore delle pronunce del Comitato Europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta Sociale Europea nel diritto internazionale*, in AA.VV., *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?*, *Atti del Seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d.lgs. n. 23/2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 103 secondo i quali: «il principio di sincera e operosa collaborazione incombente sullo Stato italiano in ragione della sua partecipazione al Consiglio d'Europa, si traduce, nel sistema delineato dalla CSE e dai suoi protocolli integrativi in un aggravamento dell'onere motivazionale incombente sul giudice nazionale, il quale – se riterrà di non aderire agli orientamenti del CEDS nel caso concreto – dovrà indicarne espressamente le motivazioni». Cfr. anche D. AMOROSO, *Sull'obbligo della Corte costituzionale italiana di “prendere in considerazione” le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti sociali*, *ibidem*, p. 81.

⁷² Cfr. Corte cost. 11 aprile 2018, n. 120, punto 13.4 del Considerato, ove si sottolinea che la CSE non contiene una norma equivalente all'art. 32, § 1, della CEDU secondo cui «La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte ad essa»; né il Protocollo addizionale della CES, che disciplina i reclami collettivi, contiene una disposizione di contenuto ana-

di Corte cost. n. 194/2018 circa la non vincolatività delle decisioni del CEDS ha evidenti ricadute sulla valutazione di legittimità costituzionale non tanto dei criteri di calcolo, quanto dei limiti fissati all'importo della corresponsione economica.

L'art. 24 CSE prevede al riguardo che, per assicurare un adeguato esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti si impegnano a riconoscere «il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo ad un congruo indennizzo o altra congrua riparazione» (lett. b).

Sono molte le decisioni sulla nozione di “congruo indennizzo” del CEDS, che nel tempo ha assunto un orientamento consolidato.

Il Comitato ritiene innanzitutto costantemente che l'indennizzo può essere considerato “congruo” se è tale «da garantire un adeguato ristoro per il concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato senza un valido motivo e da dissuadere il datore dal licenziare ingiustificatamente»⁷³. La Corte costituzionale nella pronuncia che si sta esaminando valorizza sotto questo aspetto le “autorevoli” decisioni del Comitato, riaffermando in tale modo il concetto di “adeguatezza” del risarcimento già ritenuto rilevante sul piano del diritto nazionale.

Tuttavia, in plurime decisioni il CEDS precisa altresì, in modo inequivocabile, che la tutela economica per il licenziamento ingiustificato per essere “adeguata” deve possedere ulteriori precise caratteristiche: essere comprensiva di tutte le perdite economiche subite dal lavoratore dalla data del licenziamento a quella della sentenza e, soprattutto, non essere assoggettata a tetti o limiti invalicabili che pregiudichino l'integrale ristoro. Il CEDS ha altresì precisato proprio nella decisione citata in motivazione (*Finnish Society of Social Rights v. Finland – Complaint* n. 106/2014), che il limite di 24 mensilità non può essere ritenuto congruo⁷⁴. Il Giudice delle leggi, non ritenendosi vincolato⁷⁵,

logo all'art. 46 CEDU secondo il quale «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie di cui sono parti», disposizione che – afferma la pronuncia – «fonda l'autorità di *res iudicata* delle sentenze della Corte EDU relativamente allo/agli Stato/Stati in causa e alla controversia decisa dalla Corte stessa».

⁷³ Cfr. Comitato Europeo dei Diritti Sociali, *Finnish Society of Social Rights v. Finland – Complaint*, n. 106/2014, in www.coe.int. Cfr. altresì Comitato Europeo dei diritti sociali, *Conclusioni Slovenia* 2012 e *Conclusioni Finlandia* 2012. Si tratta peraltro di un principio ricorrente nelle decisioni del Comitato (cfr. tra gli altri G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, cit., p. 636).

⁷⁴ Cfr. altresì per la valutazione di contrarietà all'art. 24 di limiti massimi di risarcimento i provvedimenti del CEDS del 9 dicembre 2016 nei confronti di Lettonia, Francia, Portogallo e Moldavia, in www.hudoc.esc.coe.int.

⁷⁵ Si segnala che è attualmente pendente davanti al CEDS un reclamo collettivo presentato dalla CGIL che investe gli artt. 3, 4, 9 e 10 del d.lgs. n. 23/2014 per contrasto con l'art. 24