

Maria Teresa Carinci - Armando Tursi

# Tutele crescenti e lavoro eterorganizzato al vaglio delle Alte Corti



**Giappichelli**

CAPITOLO I

---

**L'ATTACCO AL CUORE DEL *JOBS ACT*,  
CON LA SENTENZA 194/2018:  
DUE LETTURE**



## **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 solo<sup>1</sup> l’art. 3, comma 1,

---

<sup>1</sup> 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 deteriore 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 deteriore 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. 183/2014<sup>2</sup>, 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»<sup>3</sup>; 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

---

<sup>2</sup> 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».

<sup>3</sup> Cfr. punto 3 del Considerato.

non altro con riferimento al parametro interposto costituito dall'art. 24 CSE<sup>4</sup>.

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)<sup>5</sup>.

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"<sup>6</sup> ed

---

<sup>4</sup>Cfr. 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».

<sup>5</sup>Cfr. 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"».

<sup>6</sup>Cfr. punto 11 del Considerato.

“adeguato” ristoro del danno effettivamente patito dal lavoratore<sup>7</sup> né di costituire “adeguato” strumento di dissuasione per il datore di lavoro dal commettere l’illecito<sup>8</sup>.

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 conflitto<sup>9</sup>. 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)»<sup>10</sup>.

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.

---

<sup>7</sup> Cfr. punti 12, 13 e 14 del Considerato.

<sup>8</sup> Cfr. punti 12, 13 e 14 del Considerato.

<sup>9</sup> Cfr. punto 12.1 del Considerato.

<sup>10</sup> 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 motivazione<sup>11</sup>, 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 consolidato<sup>12</sup>, che il principio di giustificazione del licenziamento ha fondamento costituzionale<sup>13</sup>.

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»<sup>14</sup>. Da tempo, però, il Giudice delle

---

<sup>11</sup> Cfr. V. *incipit* del punto 10 del Considerato.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Cfr. punto 9.1 del Considerato.

<sup>14</sup> 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 lavoro<sup>15</sup>.

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»<sup>16</sup>.

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 europei<sup>17</sup> e proprie dell’ordinamento internazionale (art. 24 CSE; Conv. ILO 158/1982<sup>18</sup>), ma soprattutto quelle ragioni assicurano sempre la realizzazione (gc, gms e gmo di tipo personale)<sup>19</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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».

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

<sup>18</sup> 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.).

<sup>19</sup> 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-organizzativo<sup>20</sup> del datore di lavoro<sup>21</sup> (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 ordinario<sup>22</sup>. 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»<sup>23</sup>. Ma, precisa subito la pronuncia, «purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza»<sup>24</sup> 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.

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Cfr. punto 9.2 del Considerato.

<sup>24</sup> 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 limiti<sup>25</sup>, 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

---

<sup>25</sup> 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 sanzionatoria<sup>26</sup>.

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 utile<sup>27</sup>; 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-

---

<sup>26</sup> 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. VACCA, *Le Sezioni Unite ed i punite damages: una significativa circolazione di un modello?*, in *Lav. dir. Europa*, 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*.

<sup>27</sup> Cfr. punto 10 del Considerato.

zianità di servizio del lavoratore, incapace di per sé<sup>28</sup> 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 trasgressore<sup>29</sup>.

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 risarcitoria<sup>30</sup>, ora funzione sanzionatoria<sup>31</sup>, ora entrambe<sup>32</sup>.

Di fronte a questa impasse, la pronuncia riconosce all'indennità entrambe le funzioni, risarcitoria e dissuasivo-sanzionatoria, attribuendo tuttavia priorità

---

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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 St. 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.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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, p. 130 l'indennità ha funzione prevalentemente sanzionatoria.

<sup>32</sup> 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-Ipsosa, 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.