

Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del *giusto risarcimento*, quando risulta esclusa la *possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro* (note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018)*

Michele De Luca

Già Presidente titolare della sezione lavoro della Corte di cassazione

1. Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: definizione ed impostazione del tema d'indagine.....	2
2. Segue: dal principio di <i>corrispondenza tra chiesto e pronunciato</i> allo scrutinio di <i>rilevanza</i> ed alle decisioni delle questioni di legittimità costituzionale.....	5
3. Segue: la pronuncia di accoglimento.....	7
4. Segue: tra normativa di risulta e ricerca del giusto risarcimento.	10
5. Segue: le pronunce di rigetto e di inammissibilità.....	18
6. Segue: note conclusive.	21

* Rielaborazione e sviluppo – con il corredo di note essenziali – della relazione all'incontro di studio su Il regime sanzionatorio dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 – nell'ambito (ed in apertura) del Curriculum di diritto e processo del lavoro 2019 – da Università degli studi di Bologna – Scuola superiore di studi giuridici; Struttura didattica territoriale di Bologna; AGER – Associazione avvocati giuslavoristi dell'Emilia Romagna (Bologna, 22 febbraio 2010).

In corso di pubblicazione in Variazioni su temi di diritto del lavoro, 2019.

1. Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: definizione ed impostazione del tema d'indagine.

Non è nuovo, per il nostro diritto del lavoro, il problema che la Corte costituzionale affronta nella sentenza in esame.¹

Riguarda, infatti, la ricerca del *giusto risarcimento*, quando risulti esclusa la possibilità della *tutela in forma specifica*.

Ne costituisce *precedente*, ad esempio, il *divieto di conversione* dei contratti a termine, nel pubblico impiego.²

Nel caso, che ci occupa – della *indennità risarcitoria* per licenziamento *ingiustificato*, nel contratto a tutele crescenti, mentre risulta esclusa la *possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro* – esula, tuttavia, la *copertura eurounitaria* specifica – come quella – che assiste, invece, il *divieto nazionale di conversione* dei contratti a termine nel pubblico impiego.

Si tratta della *condizionalità eurounitaria*, appunto, per lo stesso divieto nazionale.³

Torneremo, sul punto. nelle conclusioni.

1.1 La *lettura* di qualsiasi pronuncia della Corte – su *questioni di legittimità* – costituzionale non può, all'evidenza, prescindere dalle *regole* che ne *governano* il giudizio.⁴

Il principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, infatti, si coniuga – con lo scrutinio di *rilevanza* – per delimitare l'oggetto del giudizio.

E questo consiste non solo nelle disposizioni o norme – investite da censura – ma anche nei parametri, nelle questioni e nei profili di legittimità costituzionale, ad esse relativi.

¹ Sentenza 8 novembre 2018, n. 194, in Foro it., 2019, I, 70 con nota di richiami e nota di S. GIUBBONI, *Il licenziamento nel contratto a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*; in Lav-giur., 2019, 153, con nota di C.CESTER, *Il Jobs act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*; in RIDL, 2019, II, 1031, con note di P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Corte costituzionale* e di M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*; in ADL 2018, 1518, con commento di M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del Jobs act*; in Diritti lavori mercati, 2018, 633 (massima), con commento di R. DE LUCA TAMAYO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*; in Giur.it.2018, 2710, con commento di C.ROMEO, *La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità per licenziamento illegittimo*

Sin dottrina, vedi altresì. G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, in *Lavoro diritto Europa* n. 2 del 2018; L. DE ANGELIS, *Sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e giudizi pendenti: prime riflessioni*, in C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – 387/2019 al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.. Adde: E. BALBONI, *La forza dei principi, ovvero ultimi (?) bagliori costituzionalmente orientati. Commento alla sentenza n. 194 del 2018 intorno al "diritto al lavoro"*; C. PANZERA, *Indennità di licenziamento e garanzie (costituzionali ed europee) del lavoratore* (entrambi a margine di Corte costituzionale n. 194 del 2018, in *Consulta online*, per g.c. del *Forum di quaderni costituzionali* e, rispettivamente, di *Diritti comparati*).

Vedi, inoltre, i *sequiti giurisprudenziali* di Corte cost. 194 del 2018: Trib. Bari 11. ottobre.2018 in tema di licenziamento collettivo (decisa sulla base del *comunicato* – prima del deposito della sentenza – della Corte costituzionale), in ADL 2018, 6, 1575, con nota di LUCCHETTI; Trib. Campobasso 18. dicembre.2018 in tema di licenziamento per giusta causa in piccola impresa; Trib: Genova 21. novembre.2018 in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in piccola impresa; Trib. Firenze 17. gennaio. 2019 in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in grande impres; Trib: Roma 21. gennaio.2019 in tema di licenziamento per giusta causa in piccola impresa.

² Vedi M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento* per illegittima apposizione del termine a contratti *privatizzati* di pubblico impiego, in *Lavoro nella giurisprudenza* 2016,1053 ed – in un testo più ampio – in www.europeanriqts.eu n. 60 del gennaio 2017.

³ Vedi M. DE LUCA, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, newsletter n. 25 del 19/07/2017; www.europeanriqts.eu n. 62 del maggio 2017; *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2016, 489 ; *Labor*, 2017, 4, 401 ss.; ID., *Condizionalità eurounitaria per il divieto di conversione, nel pubblico impiego, previsto dall'ordinamento italiano: la parola alla Corte di giustizia*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, n. /2017; *Cassazione.net*, 8 settembre 2017; www.europeanriqts.eu newsletter n. 64 del 15 settembre 2017.

⁴ Anche se – sia detto per inciso – ne risultano giuridicamente irrilevanti – trattandosi di sentenza di ultima, anzi unica, istanza – eventuali *errores in procedendo*.

Mentre la diversa *efficacia giuridica* delle pronunce – a seconda che siano di accoglimento oppure di rigetto (vedi *infra*) – ne comporta un vincolo, parimenti diverso, anche per l'interprete.

La *normativa di risulta* – all'esito delle pronunce di accoglimento – sostituisce, in tutto o in parte, le *disposizioni o norme* che ne risultino investite.

Le pronunce di rigetto – ed, ancor più, quelle di inammissibilità – non producono alcun effetto sull'ordinamento giuridico.

E quelle di rigetto vincolano soltanto il *giudice a quo*.

Palese il rilievo che, in tutti i casi, possono assumere le *rationes decidendi*.

Se ne può ricavare – ragionando, per così dire, *a contrario* – la *ratio legis* della *normativa di risulta*, all'esito delle pronunce di accoglimento.

Mentre possono soltanto orientare lo scrutinio – circa la fondatezza – delle ipotesi di riproposizione delle questioni investite, appunto, da pronunce di inammissibilità o di rigetto.

L'*iter processuale* – di qualsiasi giudizio su questioni di legittimità costituzionale – sembra quindi scandire, per così dire, i passaggi essenziali dell'*iter* argomentativo, che sorregge le pronunce sulle stesse questioni

E ne orienta, coerentemente, l'interpretazione.

La sentenza in esame della Corte costituzionale non sembra fare eccezione.

1.2. La questione di legittimità costituzionale investe, nella specie, la tutela – prevista dalla disciplina legislativa, applicabile *ratione temporis*⁵ – contro il licenziamento per *giustificato motivo oggettivo* – nel contratto di lavoro *a tutele crescenti* – nei casi in cui *non ricorrono gli estremi del licenziamento*.

Ne risulta specificamente investito, tuttavia, il *criterio automatico* di calcolo – commisurato, esclusivamente, alla anzianità di servizio – della *indennità risarcitoria*, che esaurisce – senza residui – la tutela.

Lo stabilisce, nella sentenza in esame, la stessa Corte costituzionale⁶ in base al principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato* – che *governa* anche il giudizio di legittimità costituzionale – ed all'esito dello scrutinio circa la *rilevanza*, nel *giudizio a quo*, della stessa questione di legittimità costituzionale.

Questo, infatti, ha per oggetto l'impugnazione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo di lavoratore assunto, dopo il 6 marzo 2015 (data di entrata in vigore, appunto, della disposizione applicabile), con contratto di lavoro *a tutele crescenti*.

Ed é lo stesso giudice a quo a precisare che *"il contrasto con la Costituzione non è da lui ravvisato in ragione dell'eliminazione della tutela reintegratoria"*.⁷

1.3. Solo la pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale comporta la *cessazione di efficacia* e la *non applicazione* – dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza – della legge dichiarata incostituzionale.

⁵ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23 (*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*) – che si applica ai lavoratori assunti dopo la data della sua entrata in vigore (6 marzo 2015) – come modificato dal c.d. *decreto dignità* (d.l. 12 luglio 2018 n.87 , convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2018, n. 96, *Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese*), quanto a limite minimo e massimo, che sancisce testualmente:

"1. Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità".

⁶ Nella sentenza in esame 8 novembre 2018, n. 194, cit.

⁷ Così, testualmente, la sentenza in esame della Corte costituzionale 8 novembre 2018, n. 194, cit., riassumendo l'ordinanza di rimessione: Tribunale Roma, ordinanza 28 luglio 2017, in *Mass. giur. lav.*, 2017, 575, n. VALLEBONA; Guida al lav., 2017, fasc. 34, 18 (m), n. MONTEMARANO; Lavoro giur., 2017, 897, n. CARINCI; Giur. it., 2017, 2169, n. TOSI, LUNARDON; Riv. giur. lav., 2017, II, 349 (m), n. SPEZIALE; Dir. relazioni ind., 2017, 1184 (m), n. FERRANTE, GRAGNOLI; Diritti lavori mercati, 2017, 613 (m), n. FONTANA.

Lo stabilisce il *combinato disposto* di due articoli – uno della costituzione⁸ e l'altro della legge costituzionale recante *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*⁹ – che, integrandosi tra loro, dispongono per il futuro e, rispettivamente, per il passato.¹⁰

La *cessazione di efficacia* e la *non applicazione*, tuttavia, possono investire una *disposizione nella sua formulazione letterale* – mediante *pronuncia di accoglimento*, appunto – oppure *norme*, cioè *significati ad esse attribuiti in sede di interpretazione*, mediante *pronuncia interpretativa di accoglimento*.¹¹

Ne risulta, coerentemente, espunta dall'ordinamento – con *effetto retroattivo* ed *erga omnes* – la *disposizione* o, come nella specie, parte di essa oppure la *norma*, dichiarata costituzionalmente illegittima.

1.4. Le pronunce di rigetto, invece, hanno efficacia giuridica – *esclusivamente processuale* – nei soli confronti del *giudice a quo*.¹²

Non incidono, pertanto, sull'ordinamento

Mentre le pronunce di inammissibilità neanche decidono le questioni di legittimità costituzionale, che ne risultano investite.

1.5. Coerente pare, di conseguenza, il vincolo diverso, che – dalle pronunce di tipologie diverse, tutte presenti nella sentenza in esame della Corte costituzionale¹³ – derivano (anche) per l'interprete della stessa sentenza.

La presa d'atto della espunzione dall'ordinamento – della *disposizione* o, come nella specie, di parte di essa oppure della *norma* dichiarata costituzionalmente illegittima – risulta, infatti, funzionale all'applicazione della *normativa di risulta* – all'esito della pronuncia di accoglimento – in luogo della *normativa* che ne risulta investita.

Nessun vincolo, invece, deriva – (anche) per l'interprete – dalle pronunce di rigetto – ed, ancor più, da quelle di inammissibilità – della Corte costituzionale.

Infatti – per quanto si è detto – non incidono sull'ordinamento e vincolano soltanto il *giudice a quo*.

1.6. Coerentemente, l'interpretazione della *normativa di risulta* – all'esito, appunto, della pronuncia di accoglimento – esaurisce l'indagine sulla sentenza in esame della Corte costituzionale.¹⁴

Le pronunce di rigetto e di inammissibilità, infatti, si limitano ad orientare lo scrutinio – circa la fondatezza – delle questioni di legittimità costituzionale, che ne risultano investite

Valga, tuttavia, il vero.

⁸ Articolo 136, primo comma, costituzione, che sancisce testualmente: "Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

⁹ Articolo 30, terzo comma, legge 11 marzo 1953 n. 87, *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, che sancisce testualmente; "Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

¹⁰ Sul punto, vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, 346 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹¹ Sulla distinzione tra *disposizioni* e *norme* – nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale – vedi, per tutti, F. MODUGNO, *i criteri della distinzione diacronica tra norme e disposizioni in sede di giustizia costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1989, 37, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO'. *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, *passim*, spec. Cap. 7 (*SPOSTAMENTO DI PROSPETTIVA. Da giurisdizione di repressione a giurisdizione d'interpretazione*), 337 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, *passim*, spec. capitolo quattordicesimo (*Il giudice delle leggi, artefice del diritto*), 337 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 2011, *passim*, spec. 536.

¹² Sul punto, vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 343 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹³ Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194, cit.

¹⁴ Corte cost. n. 194 del 2018, cit.

2. Segue: dal principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato* allo scrutinio di *rilevanza* ed alle decisioni delle questioni di legittimità costituzionale.

La questione di legittimità costituzionale – come è stato anticipato – riguarda, nella specie, la tutela – prevista dalla disciplina legislativa applicabile *ratione temporis*¹⁵ – contro il licenziamento per *giustificato motivo oggettivo* – nel contratto di lavoro *a tutele crescenti* – nei casi in cui risulta accertato che *non ricorrono gli estremi del licenziamento*.

Ne risulta specificamente investito, tuttavia, soltanto il *criterio automatico* di calcolo – commisurato, esclusivamente, alla anzianità di servizio – della *indennità risarcitoria*, che esaurisce – senza residui – la tutela, restando esclusa la *possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro*.

Lo stabilisce la sentenza in esame, la stessa Corte costituzionale¹⁶ in base al principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato* – che *governa* anche il giudizio di legittimità costituzionale – ed all'esito dello scrutinio circa la *rilevanza* della stessa questione di legittimità costituzionale nel *giudizio a quo*.

2.1. Il principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato* osta – nel giudizio di legittimità costituzionale – alla decisione di *questioni di legittimità costituzionale* diverse da quelle dedotte nell'ordinanza di rimessione-

Disposizioni o norme, investite da censura, si coniugano, in tale prospettiva, con parametri questioni e profili di legittimità costituzionale.

2.2. In coerenza con il principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato*¹⁷, la Corte costituzionale, infatti, preliminarmente procede alla ricognizione delle *disposizioni o norme* impugnate e dei parametri di legittimità costituzionale, come dedotti dall'ordinanza di rimessione.

E risultano così sintetizzati nel dispositivo della stessa ordinanza:

"visto l'art. 23 comma 2 della legge 11.3.1953 n. 87 dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 7, lettera c) L.n. 183/2014 e degli artt. 2,4 e 10 D.Lgs. n. 23/2015, per contrasto con gli artt. 3,4,76 e 117, comma 1, della Costituzione, letti autonomamente ed anche in correlazione fra loro".

Parimenti in coerenza con il principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, la sentenza in esame della Corte costituzionale procede alla declaratoria di inammissibilità di un *profilo di costituzionalità*, perché non dedotto nell'ordinanza di rimessione.¹⁸

2.3. La ricognizione delle questioni di legittimità costituzionale – ritualmente dedotte dall'ordinanza di rimessione – risulta, poi, ridimensionata all'esito dello scrutinio di *rilevanza* nel *giudizio a quo*.¹⁹

Si legge, infatti, nell'*incipit* dell'ordinanza di rimessione:

"La ricorrente ha impugnato il licenziamento irrogato il 15.12.2015 dopo pochi mesi dall'assunzione, avvenuta formalmente il 11.5.2015, e basato su questa motivazione: "a seguito di crescenti problematiche di carattere economico-produttivo che non ci consentano il regolare proseguimento del rapporto di lavoro, la Sua attività lavorativa non può più essere

¹⁵ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit..

¹⁶ Nella sentenza in esame 8 novembre 2018, n. 194, cit..

¹⁷ Sulla *corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 297 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

¹⁸ Come risulta dalla sentenza in esame della Corte (punto 4), si tratta del "*profilo, ulteriore rispetto a quelli indicati nell'ordinanza di rimessione, che (le disposizioni censurate) sarebbero inidonee a conseguire lo scopo dichiarato di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»*". di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione», con la conseguenza che "tale censura si traduce in una questione non sollevata dal giudice rimettente ed è, perciò, inammissibile".

¹⁹ Sul controllo della *rilevanza* nel *giudizio a quo*, vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 310 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

proficuamente utilizzata dall'azienda. Rilevato che non è possibile, all'interno dell'azienda, reperire un'altra posizione lavorativa per poterLa collocare, siamo costretti a licenziarLa per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge 15 luglio 1966 n. 604".

La stessa ordinanza di rimessione, poi, ritiene che, "a fronte della estrema genericità della motivazione addotta e della assoluta mancanza di prova della fondatezza di alcune delle circostanze laconicamente accennate nell'espulsione, il vizio ravvisabile sia il più grave fra quelli indicati, vale a dire la "non ricorrenza degli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo".

E prospetta la questione di legittimità costituzionale "in ragione della disciplina concreta dell'indennità risarcitoria che, nel compensare solo per equivalente il danno ingiusto subito dal lavoratore, è destinata, oggi, altresì a prendere il posto del concorrente risarcimento in forma specifica costituito dalla reintegrazione (divenuta tutela per pochi casi di eccezionale gravità) e dunque avrebbe dovuto essere ben più consistente ed adeguata".

2.4. In coerenza con lo scrutinio di *rilevanza*, il giudizio di legittimità costituzionale risulta limitato alla disposizione che reca la disciplina giuridica del licenziamento per giustificato motivo oggettivo²⁰ – nella parte in cui prevede il prospettato *criterio automatico* di calcolo della *indennità risarcitoria* – ed ai relativi parametri, questioni e profili di legittimità costituzionale.

E la declaratoria di illegittimità costituzionale investe la disposizione impugnata²¹, appunto, "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»".

Parimenti coerenti risultano, tuttavia, anche le pronunce di inammissibilità²² e quelle di rigetto²³, recate dalla stessa sentenza in esame della Corte costituzionale.

Le pronunce di inammissibilità, infatti, investono disposizioni diverse – da quella ritenuta *rilevante nel giudizio a quo*²⁴ – oppure denunciano la stessa disposizione, in relazione a parametri, questioni e profili di legittimità costituzionale diversi da quelli ritenuti fondati

Le pronunce di rigetto, invece, investono la stessa disposizione – ritenuta *rilevante nel giudizio a quo*²⁵ – in relazione a parametri, questioni e profili di legittimità costituzionale diversi da quelli ritenuti fondati.

Direttamente investita dalle pronunce di rigetto e da alcune pronunce di inammissibilità, la disposizione – ritenuta *rilevante nel giudizio a quo*²⁶ – risulta, infatti, presupposta da altre pronunce di inammissibilità, che investono disposizioni diverse, ritenute *non rilevanti*.

²⁰ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit.

²¹ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit.

²² Nei termini testuali seguenti:

"2) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 7, lettera c), della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro) e degli artt. 2, 3, commi 2 e 3, e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, 76 e 117, primo comma, della Costituzione – questi ultimi due articoli in relazione all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, alla Convenzione sul licenziamento n. 158 del 1982 (Convenzione sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro), adottata a Ginevra dalla Conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) il 22 giugno 1982, e all'art. 24 della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con la legge 9 febbraio 1999, n. 30 –, dal Tribunale ordinario di Roma, terza sezione lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

3) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento, dal Tribunale ordinario di Roma, terza sezione lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

²³ Nei termini testuali seguenti:

"4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 30 CDFUE, dal Tribunale ordinario di Roma, terza sezione lavoro, con l'ordinanza indicata in epigrafe".

²⁴ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit., appunto, in relazione a parametri diversi.

²⁵ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit., appunto.

²⁶ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit., appunto.

2.5. Coerente ne risulta, quindi, la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione impugnata²⁷ "*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»*".

Parimenti coerenti risultano, tuttavia, anche le pronunce di inammissibilità e di rigetto – recate dalla sentenza in esame della Corte costituzionale – che investono, direttamente, oppure presuppongono la stessa disposizione (vedi *infra*).

2.6. Ne risultano, tuttavia, pretermesse – parimenti in ossequio allo scrutinio di *rilevanza* – alcune questioni di legittimità costituzionale.

C'è da domandarsi, ad esempio, se il *criterio automatico* di calcolo dell'indennità risarcitoria – commisurato alla anzianità di servizio – risulti radicalmente espunto dal nostro ordinamento – e sostituito, integralmente, dalla *discrezionalità* del giudice (per dirla con le parole, forse improprie, quanto di sicura efficacia, della Corte costituzionale).

Si tratta, in altri termini, di stabilire se resti impregiudicata – all'esito della pronuncia di accoglimento – la base minima della stessa indennità – commisurata, appunto, all'anzianità individuale (in misura pari a due mensilità di retribuzione, appunto, per ogni anno di servizio) – che risulta garantita separatamente – rispetto agli impregiudicati limiti (minimo e massimo) – dalla stessa disposizione investita dalla pronuncia.

La questione risulta, all'evidenza, *non rilevante* nella specie – in dipendenza della anzianità (di *pochi mesi*) del lavoratore colpito dal licenziamento impugnato nel *giudizio a quo* – e, forse per questo, non esaminata dalla sentenza in esame della Corte costituzionale.

Parimenti *non rilevante* – per le medesime ragioni, che sono state prospettate – pare, altresì, la questione – che non sembra investita dalla *decisione*, quale risulta dal dispositivo, pur formando oggetto di un *obiter dictum* (vedi *infra*) – se lo stesso limite massimo (pari a trentasei mensilità di retribuzione di fatto) osti alla *adeguatezza* dell'indennità risarcitoria.²⁸

2.7. La soluzione delle questioni pretermesse resta affidata alla interpretazione della *normativa di risulta*, all'esito della pronuncia di accoglimento.

In tale prospettiva, l'interpretazione – anche estensiva, in ipotesi *costituzionalmente orientata* – della stessa *normativa* è alternativa rispetto alla riproposizione delle questioni pretermesse.

3. Segue: la pronuncia di accoglimento.

La declaratoria di illegittimità costituzionale, come è stato ricordato, investe la disposizione²⁹ – dedotta dall'ordinanza di rimessione e ritenuta *rilevante* nel *giudizio a quo* – "*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»*".

3.1. Solo la pronuncia di accoglimento parziale, che ne risulta, comporta – come pure è stato anticipato – la *cessazione di efficacia* e la *non applicazione* – dal giorno successivo alla

²⁷ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit.

²⁸ Siccome pare ritenuto dalle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti sociali (CESD), del 31 gennaio 2017, complaints n. 106/2014 e 107/2014 entrambi nei confronti della Finlandia (citate dall'ordinanza di rimessione), che – interpretando l'articolo 24 della Carta sociale europea – ha ritenuto *adeguata* la *compensazione* che include:

- il rimborso delle perdite economiche subite tra la data di licenziamento e la decisione del ricorso;
- la possibilità di reintegrazione;
- la compensazione ad un livello sufficientemente elevato per dissuadere il datore di lavoro e risarcire il danno subito dal dipendente («*compensation at a level high enough to dissuade the employer and make good the damages suffered by the employee*»).

Per quel che qui maggiormente interessa, tuttavia, ne ha ricavato la conclusione 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*".

Il principio enunciato, infatti, riguarda la legislazione finlandese, che "*prevedeva il limite di 24 mesi di retribuzione quale limite massimo al risarcimento del danno da licenziamento illegittimo*".

²⁹ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit.

pubblicazione della sentenza – della disposizione investita, limitatamente alla parte che ne viene dichiarata costituzionalmente illegittima.

Infatti lo stabilisce, per quanto si è detto, il *combinato disposto* di due articoli – uno della costituzione³⁰ e l'altro della legge recante *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*³¹ – che, integrandosi tra loro, dispongono per il futuro e, rispettivamente, per il passato.³²

Ne risulta, di conseguenza, espunta dall'ordinamento – con *effetto retroattivo* ed *erga omnes* – la parte di *disposizione* dichiarata costituzionalmente illegittima.

3.2. La *normativa di risulta* – all'esito della prospettata espunzione della parte di *disposizione* dichiarata costituzionalmente illegittima – si risolve nella sostanziale *novellazione*³³ della stessa disposizione, nei termini testuali seguenti:

"Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale (...), in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità".

Nessuna innovazione normativa discende. Invece, dalle pronunce di rigetto né, tantomeno, da quelle di inammissibilità della stessa sentenza in esame della Corte costituzionale.

3.3. Dalla interpretazione della *normativa di risulta*, cioè dalla *disposizione novellata* – all'esito della pronuncia di accoglimento – dipende, in via esclusiva, la soluzione del problema concernente la liquidazione del danno da licenziamento *ingiustificato*, nel contratto a tutele crescenti.

Ne risulta sostituito, infatti, il criterio automatico di calcolo – fondato, esclusivamente, sulla anzianità di servizio individuale – entro i limiti (minimo e massimo), non investiti dalla pronuncia di accoglimento.

3.4. La soluzione del problema, che ne risulti, riguarda, tuttavia, anche il licenziamento giustificato motivo soggettivo e per giusta causa – parimenti contemplato dalla *disposizione novellata*³⁴ – al di fuori, beninteso, della ipotesi – esplicitamente fatta salva (fin dall'*incipit*) – per la quale altra disposizione dello stesso articolo (comma 2) commina la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno.

Né rileva, in contrario, la circostanza che la pronuncia preliminare di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale risulti riferita – in ossequio al principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato* – al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in quanto forma oggetto del *giudizio a quo*.

3.5. La stessa soluzione sembra doversi estendere ai licenziamenti nelle *piccole imprese* in forza di *norma di rinvio*³⁵, che sancisce testualmente:

"Ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300 del 1970, non si applica l'articolo 3, comma 2, e l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, dall'articolo 4, comma 1 e dall'articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità.

³⁰ Articolo 136, primo comma, costituzione, cit..

³¹ Articolo 30, terzo comma, legge 11 marzo 1953 n. 87, cit..

³² Sul punto, vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, 346 ss., cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

³³ Sulla *tecnica legislativa della novellazione* – che incide sulla formulazione letterale delle *disposizioni* – vedi M. DE UCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, n. 251/2015, spec.§ 2, ed in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, n.6, 545 ss, spec. 549-550, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

³⁴ Art, 23, comma 1, decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.

³⁵ Art. 9, primo comma, dello stesso decreto legislativo n. 23 del 2015.

Ne risulta, infatti, che la stessa *indennità risarcitoria* da licenziamento *ingiustificato*³⁶ – calcolata, tuttavia, in base a criterio alternativo rispetto a quello automatico, dichiarato costituzionalmente illegittimo – costituisce la base per il calcolo della stessa *indennità* – con riferimento al licenziamento nelle *piccole imprese*, appunto – nella prevista misura della metà, entro il limite di sei mensilità.³⁷

3.6. Analoga norma di rinvio³⁸ riguarda, poi, i licenziamenti collettivi.

Con specifico riferimento – al licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, appunto – ne risulta, infatti, stabilito che, "in caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all'articolo 3, comma 1".

Pertanto, anche in questo caso, deve trovare applicazione – in forza dell'esplicito rinvio – la stessa *indennità risarcitoria* – da licenziamento *illegittimo*³⁹ – calcolata, tuttavia, in base a criterio alternativo rispetto a quello automatico, dichiarato costituzionalmente illegittimo.

3.7. Ad opposta o, comunque, diversa conclusione sembra doversi pervenire, invece, con riferimento ai licenziamenti individuali affetti da *vizi formali e procedurali*.

La disposizione in materia⁴⁰ non reca, invero, alcuna norma di rinvio – alla disciplina della *indennità risarcitoria* da licenziamento *ingiustificato*⁴¹ – almeno per quanto riguarda tali vizi.

Infatti, per il licenziamento – "intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970", appunto – ne risulta comminata esplicitamente – con la declaratoria di estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento – la condanna del datore di lavoro al "al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità".

Mentre il rinvio contestuale – alle "tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto" – riguarda soltanto l'ipotesi che "il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione" delle stesse tutele.

Per i vizi formali e processuali, manca quindi il rinvio – contestualmente previsto, invece, per altra ipotesi – alla disciplina della *indennità risarcitoria* da licenziamento *illegittimo*.⁴²

Né la pronuncia di accoglimento in esame reca – con la declaratoria di illegittimità della disposizione che, per quanto si è detto, ne risulta investita⁴³ – alcuna declaratoria di *illegittimità* che ne derivi quale conseguenza della stessa decisione.⁴⁴

³⁶ Prevista dall'articolo 3, comma 1, dello stesso decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., appunto.

³⁷ Suscita, quindi, perplessità Trib. Genova 11 novembre 2018, che – per un licenziamento in *piccola impresa* – ritiene che la determinazione dell'ammontare dell'indennità deve incontrare, come unico limite, il tetto massimo fissato dal legislatore (pari a sei mensilità).

³⁸ Art.10, comma 1, secondo periodo, dello stesso decreto legislativo n. 23 del 2015.

³⁹ Prevista dall'articolo 3, comma 1, dello stesso decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., appunto.

⁴⁰ Art.4, comma 1, dello stesso decreto legislativo n. 23 del 2015, che sancisce testualmente.

⁴¹ "1. Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto".

⁴² Prevista dall'articolo 3, comma 1, dello stesso decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., appunto.

⁴³ Articolo 3, comma 1, dello stesso decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., appunto

⁴⁴ Ai sensi dell'articolo 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale.

Sulla *illegittimità costituzionale in via consequenziale*, vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 300 ss, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; Corte Cost. 6 dicembre 2017, n. 251 (in *Giurisprudenza Costituzionale* 2017, 6, 2655; *Foro it.* 2018, 3, 763); n. 6, 21, 36, 81, 90, 190 e 245 del 2017; n. 279, 286 e 288 del 2016.

Mentre la gravità, all'evidenza minore, dei *vizi formali e procedurali* sembra ostare alla estensione – in ipotesi, anche in via di *interpretazione costituzionalmente orientata* – ai licenziamenti, che ne risultino inficiati, della stessa *indennità risarcitoria*, che la Corte costituzionale, nella sentenza in esame, ha ritenuto *adeguata* per i licenziamenti che risultano affetti dal vizio – palesemente più grave – del *difetto di giustificazione*.⁴⁵

3.8. Restano impregiudicate le questioni che, per quanto si è detto, non sono state decise dalla Corte costituzionale, perché *non rilevanti nel giudizio a quo*.

La soluzione delle questioni pretermesse resta affidata – come pure è stato anticipato – alla interpretazione – anche estensiva, in ipotesi, *costituzionalmente orientata* – della *normativa di risulta*, all'esito della pronuncia di accoglimento, oppure, in alternativa, alla riproposizione delle stesse questioni (vedi *infra*).

4. Segue: tra normativa di risulta e ricerca del giusto risarcimento.

La *normativa di risulta*, all'esito della pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale, stabilisce – per quanto si è detto – il criterio di calcolo della *indennità risarcitoria* – da licenziamento *ingiustificato*, nel *contratto a tutele crescenti* – in sostituzione del criterio automatico – commisurato, esclusivamente, alla anzianità di servizio del lavoratore licenziato – che è stato espunto dall'ordinamento, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale.

Il tenore letterale della stessa *normativa di risulta* si coniuga – (anche) ai fini dell'interpretazione – con la sua *ratio legis*.

E questa – come è stato anticipato – attinge dalla *ratio decidendi* della pronuncia di accoglimento.

4.1. La disposizione investita dalla pronuncia di accoglimento⁴⁶ – a seguito della espunzione, dall'ordinamento, della *parte* dichiarata costituzionalmente illegittima (cioè le "(...) 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»") – risulta sostanzialmente *novellata*, per quanto si è detto, nei termini testuali seguenti:

"Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale (...), in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità".

4.2. Il tenore letterale della *normativa di risulta*, recata dalla disposizione *novellata* – all'esito della pronuncia di accoglimento – non lascia dubbi circa l'espunzione, dall'ordinamento, del criterio automatico di calcolo – commisurato, esclusivamente, all'anzianità individuale di servizio – della prevista *indennità risarcitoria* in favore del lavoratore licenziato.

Lascia irrisolto, tuttavia, il problema relativo al criterio alternativo di calcolo della stessa indennità.

La *ratio decidendi* della pronuncia di accoglimento concorre ad integrare – per quanto si è detto – la *ratio legis* della *normativa di risulta* – recata *disposizione novellata* – e contribuisce, per tale via, alla soluzione del problema.

In altri termini: le stesse *ragioni* – sottese alla declaratoria di illegittimità costituzionale del criterio automatico di calcolo della *indennità risarcitoria* – concorrono ad orientare, quale *ratio legis* della *normativa di risulta*, la individuazione del criterio alternativo.

⁴⁵ Di segno quantomeno diversa – quanto ai *rinvii* – pare la *lettura* che, della pronuncia della Corte costituzionale, danno parte dei *seguiti giurisprudenziali (citati a nota 1)* e della dottrina: vedi, per tutti, M.T. CARINCI, *op. cit.*; S. GIUBBONI, *op. cit.*

⁴⁶ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit.

4.3. È ben vero, infatti, che la efficacia giuridica delle sentenze costituzionali *"assiste esclusivamente il dispositivo della sentenza e non anche la sua motivazione"*.

Tuttavia *"questa distinzione non è da intendere in senso topografico, nel senso cioè che tutte le espressioni linguistiche collocate dopo il tradizionale "P.Q.M." vincolino e tutte quelle che lo precedono no, ma in senso logico, cioè nel senso che, dal momento che il decisum della sentenza è l'incostituzionalità di una disposizione o norma, rientrano in esso e quindi sono assistiti dall'efficacia del giudicato, che in questo caso ha carattere normativo, tutte le argomentazioni volte ad individuare e delimitare le disposizioni o le norme dichiarate incostituzionali, mentre fanno parte della motivazione tutte le argomentazioni volte ad illustrare perché la disposizione o la norma dichiarata incostituzionale."*

È evidente, altresì, che il giudicato comprende soltanto la dichiarazione di incostituzionalità (compresa eventualmente la creazione di quest'ultima in via interpretativa), ma non anche la "creazione" della norma destinata a subentrarle, anche se indubbiamente questa ultima operazione interpretativa può essere, in larghissima misura condizionata dal modo in cui è stata elaborata la norma dichiarata incostituzionale".⁴⁷

4.4. Ora, nella sentenza in esame della Corte costituzionale⁴⁸, le *rationes decidendi* della pronuncia di accoglimento identificano i parametri – che concorrono ad integrare, per quanto si è detto, le questioni – di legittimità costituzionale⁴⁹ ed, inoltre, meglio definiscono la (parte della) disposizione che ne risulta investita.

Comunque le stesse *rationes decidendi* concorrono ad individuare la (*ratio legis* della) *normativa di risulta* all'esito, appunto, della *pronuncia di accoglimento*.

4.5. La *ratio decidendi* della pronuncia di accoglimento muove dalla qualificazione della indennità in questione – come *rimedio risarcitorio* – in dipendenza della *illiceità* del licenziamento *ingiustificato*, che ne risulta indennizzato.

Sottolinea, poi, come la disposizione censurata – laddove *ancora* il calcolo della stessa *indennità* all'unico parametro dell'anzianità di servizio – si discosta dal percorso consueto, che ha *"sempre valorizzato la molteplicità dei fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura del risarcimento"*.

E tale scostamento – come esplicitamente rimarca – *"accade proprio quando viene meno la tutela reale"*, che risulta esclusa per il licenziamento intimato a lavoratore assunto, come nella specie, con contratto a termine, dopo la data (6 marzo 2015) di entrata in vigore della disposizione censurata.

⁴⁷ Così, testualmente: A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna e Roma, 2011, 544 ss, spec.547, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori, Vedi, altresì, ID., *Dispositivo e motivazione delle sentenze costituzionali* (in Foro it. 1985, I,

⁴⁸ Corte cost. n.194/2018, cit.

⁴⁹ Peraltro gli stessi parametri risultano omessi nel dispositivo della pronuncia di accoglimento, laddove si legge testualmente:

"1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183) – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96 – *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.»*

Mentre i dispositivi contestuali delle pronunce di inammissibilità e di rigetto (n. 2- 4) recano, invece, l'esplicito riferimento:

"2) agli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, 76 e 117, primo comma, della Costituzione – questi ultimi due articoli in relazione all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, alla Convenzione sul licenziamento n. 158 del 1982 (Convenzione sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro), adottata a Ginevra dalla Conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) il 22 giugno 1982, e all'art. 24 della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con la legge 9 febbraio 1999, n. 30";

"3) agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento";

"4) agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 30 CDFUE".

La duplice *funzione* del risarcimento del danno (anche) da licenziamento *illegittimo* – di *compensazione adeguata* del pregiudizio, subito dal lavoratore ingiustamente licenziato, e di *sanzione* e *dissuasione* per il datore di lavoro – concorre ad integrare, poi, l'oggetto dello scrutinio di legittimità costituzionale in relazione ai parametri ritenuti applicabili.⁵⁰

4.6. Intanto contrasta, palesemente, con il principio costituzionale di uguaglianza (art. 3), la *indebita omologazione* – che risulta dalla disposizione censurata – di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse tra loro.

Infatti la *indennità risarcitoria*, di che trattasi, ne risulta corrisposta nella medesima misura – ai lavoratori dotati della stessa anzianità di servizio – a prescindere dalla misura del danno da ciascuno subito, che all'evidenza può essere di misura diversa.

Palesemente riduttivo – rispetto alla prospettata violazione del principio di uguaglianza – pare, tuttavia, il rilievo contestuale della Corte costituzionale⁵¹, secondo cui "*all'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza*".

Invero la *personalizzazione del danno* risulta fondata – sulle *peculiari condizioni* della vittima⁵² – e, pure essendo parimenti *imposta dal principio di eguaglianza*, sembra riduttiva, tuttavia, rispetto alla portata, palesemente più ampia, della violazione dello stesso principio, che è stata prospettata.

Resta da domandarsi, peraltro, se la *personalizzazione del danno*, appunto, possa formare oggetto della previsione generale ed astratta – recata dalla *disposizione*, nella specie investita da *questione di legittimità costituzionale*, e dalla *normativa di risulta*, all'esito della pronuncia di accoglimento – oppure ne riguardi soltanto il momento applicativo, all'evidenza, estraneo all'incidente di costituzionalità.

4.7. La *inadeguatezza* – in relazione alla duplice *funzione* del risarcimento – della stessa indennità – in quanto commisurata soltanto alla anzianità di servizio – contrasta, poi, con i principi, parimenti costituzionali (art. 3,4, primo comma, e 35, primo comma, in relazione all'articolo 1), non solo di *ragionevolezza*, ma anche di garanzia del *diritto al lavoro* e di *tutela del lavoro*.

Infatti la disposizione censurata "*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*".⁵³

⁵⁰ In senso quantomeno diverso, rispetto al *decisum* della Corte, sembrano prospettazioni e posizioni della dottrina: vedi, per tutti, M.T. CARINCI, *op. cit.*, che prospetta le tesi irrisarcitoria e sanzionatoria; R. DE LUCA TAMAYO, *op. cit.*, laddove qualifica l'indennità "*almeno prevalentemente, e con qualche forzatura, come risarcimento del danno*"; C. CESTER, *op. cit.*, laddove si parla di "*natura almeno essenzialmente risarcitoria*".

Resta, tuttavia, il vincolo del *decisum* (vedi § 4.3. e 4.4. del testo) per l'interprete della sentenza.

⁵¹ Nella stessa sentenza n. 194 del 2018, cit.

⁵² In tal senso è l'orientamento più recente della Corte di cassazione: vedine, da ultima, la sentenza n. 4734/2019 delle sezioni unite civili della Corte di cassazione.

⁵³ Quale risulta, essenzialmente, dal *bilanciamento* stabilito da Corte cost. n. 45 del 1965 (in Foro it., 1965, I, 1118), una sorta di *mito fondativo del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi* (così, testualmente, M. DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, spec. paragrafo 1, in ADL 2013, I, 1345).

Si legge, infatti, nella sentenza 194/2018 della Corte costituzionale:

"Prima di esaminarle singolarmente, è utile prendere le mosse dalla giurisprudenza di questa Corte che, sin da epoca risalente, si è soffermata sugli aspetti peculiari della disciplina dei licenziamenti per delineare i confini della giustificazione, da un lato, e della tutela avverso quelli illegittimi, dall'altro.

9.1. – Nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2118 cod. civ., sollevata in riferimento all'art. 4 Cost., questa Corte affermò che il diritto al lavoro, «fondamentale diritto di libertà della persona umana», pur non garantendo «il diritto alla conservazione del lavoro», tuttavia «esige che il legislatore [...] adegui [...] la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie [...] e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti» (sentenza n. 45 del 1965, punti 3. e 4. del Considerato in diritto). Questa esortazione, come è noto, fu accolta con l'approvazione della legge n. 604 del 1966, che sancì, all'art. 1, il principio della necessaria giustificazione del licenziamento, da considerarsi illegittimo se non sorretto da una «giusta causa» o da un «giustificato motivo».

4.8. Tuttavia ne risulta violata, altresì, la Carta sociale europea (art. 24, primo comma, lettera b) – che garantisce “il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione” – quale fonte interposta (in relazione all’articolo 117, primo comma, cost.) ed in coerenza (ai sensi dell’art. 76 cost.) con il riferimento operato dalla legge di delegazione al rispetto delle convenzioni internazionali.

Il Comitato europeo dei diritti sociali – la cui autorevolezza era stata già riconosciuta dalla stessa corte costituzionale⁵⁴, ancorché le sue decisioni non siano vincolanti per i giudici nazionali – ha chiarito, infatti, che “l’indennizzo è congruo se è tale da assicurare un adeguato ristoro per il concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato senza un valido motivo e da dissuadere il datore di lavoro dal licenziare ingiustificatamente”.

4.9. Ragionando, per così dire, a contrario – rispetto alle *rationes decidendi* sottese, per quanto si è detto, alla pronuncia di accoglimento – pare agevole la conclusione che il giusto risarcimento del danno da licenziamento *ingiustificato* – lungi dal restare ancorato a criteri automatici di calcolo (quale l’anzianità di servizio del lavoratore licenziato) – dipende, essenzialmente, dalla sua idoneità a realizzare la duplice funzione – compensativa e, ad un tempo, sanzionatoria e dissuasiva – della responsabilità civile.

Sembra riecheggiare – con le ricordate suggestioni di fonti costituzionali e sovranazionali – l’approdo, parimenti autorevole, delle sezioni unite civili della Corte di cassazione⁵⁵ – evocato, puntualmente, dall’ordinanza di rimessione – che, in tema di *risarcimenti punitivi*, enuncia il seguente principio di diritto:

“Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché’ sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile”.

In coerenza con tale principio – palesemente di generale applicazione⁵⁶ – perviene, contestualmente, alla seguente conclusione:

“Non è quindi ontologicamente incompatibile con l’ordinamento italiano l’istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi”.

4.10. La funzione – sanzionatoria e dissuasiva – del risarcimento del danno, da licenziamento

Si è in seguito affermato il «diritto [garantito dall’art. 4 Cost.] a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente» (sentenza n. 60 del 1991, punto 9. del Considerato in diritto) e si è poi ribadita la «garanzia costituzionale [del] diritto di non subire un licenziamento arbitrario» (sentenza n. 541 del 2000, punto 2. del Considerato in diritto e ordinanza n. 56 del 2006).

L’«indirizzamento di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost., che ha portato, nel tempo, a introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro» (sentenza n. 46 del 2000, punto 5. del Considerato in diritto), si riscontra in una successiva pronuncia, in cui si afferma che «la materia dei licenziamenti individuali è oggi regolata, in presenza degli artt. 4 e 35 della Costituzione, in base al principio della necessaria giustificazione del recesso» (sentenza n. 41 del 2003, punto 2.1. del Considerato in diritto).

L’affermazione sempre più netta del «diritto al lavoro» (art. 4, primo comma, Cost.), affiancata alla «tutela» del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.), si sostanzia nel riconoscere, tra 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.

9.2. – Al percorso della giurisprudenza costituzionale ora evocato, si è affiancato quello – parallelo e qui più direttamente rilevante – concernente la tutela del lavoratore nel caso di licenziamento illegittimo.

Questa giurisprudenza ha valorizzato la discrezionalità del legislatore in materia (...).

⁵⁴ Vedi Corte cost. n. 120 del 13 giugno 2018, in Foro it., 2018, I, 2581, n. ROMBOLI.

⁵⁵ Vedi Cass., sez. un. civ., 5 luglio 2017, n. 16601, in Foro it., 2017, I, 2613, n. PALMIERI A., PARDOLESI R., e 2018, I, 2503 (m), n. SALVI; Corriere giur., 2017, 1042, n. CONSOLO; Danno e resp., 2017, 419, n. LA TORRE, CORSI, PONZANELLI, MONATERI; Guida al dir., 2017, fasc. 33, 40, n. SACCHETTINI; Giur. it., 2017, 1787, n. DI MAJO; Riv. dir. internaz., 2017, 1305; Resp. civ. e prev., 2017, 1596 (m), n. BRIGUGLIO; Nuova giur. civ., 2017, 1399, n. GRONDONA; Riv. corte conti, 2017, fasc. 3, 520, n. QUAGLINI; Banca, borsa ecc., 2017, II, 568, n. BANATTI; Dir. mercato assic. e fin., 2017, 404, n. VENCHIARUTTI; Dir. comm. internaz., 2017, 709, n. LOPEZ DE GONZALO, ZARRA; Rass. avv. Stato, 2017, fasc. 2, 44, n. TRIOLO; Riv. dir. privato, 2018, 121, n. PARDOLESI P.; Riv. dir. internaz. privato e proc., 2017, 1049.

⁵⁶ Pare, infatti anticipata, tra l’altro, da Cass., sez. un., 6-maggio 2015, n. 9100.

illegittimo, ne evoca, poi. la *gravità del vizio riscontrato*, alla quale deve essere commisurato, appunto, il *risarcimento punitivo*.

E sembra riecheggiare, sia detto per inciso, il riferimento alla *responsabilità* del datore di lavoro, che – nel caso di *insussistenza del fatto*, posto a base del licenziamento, o di altri vizi (ritenuti) parimenti gravi⁵⁷ – viene, talora, addotta per giustificare la reintegrazione nel posto di lavoro che, solo in tali casi. risulta comminata.⁵⁸

4.11. Una volta espunto dall'ordinamento, perché costituzionalmente illegittimo, il criterio automatico – fondato, esclusivamente, sulla anzianità di servizio – il calcolo della *indennità risarcitoria*, da licenziamento *ingiustificato*, non può che essere affidato alla *discrezionalità del giudice* – per dirla con le parole improprie, forse, quanto sicuramente efficaci, della Corte costituzionale – e disciplinato, *direttamente*, soltanto dalle regole, di generale applicazione, nella soggetta materia del risarcimento del danno (art. 1223 ss. c.c.).

Mentre pare, all'evidenza, esclusa l'applicazione *diretta* delle discipline *speciali*, che – nella stessa materia del risarcimento del danno – risultino dettate per altri licenziamenti *illegittimi* ed in genere, per *casi* diversi.

Coerentemente, sembra doversi escludere l'applicazione *diretta* – per la liquidazione della *indennità risarcitoria*, di che trattasi – dei *criteri (numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti)* stabiliti per il calcolo della diversa *indennità alternativa alla riassunzione* – nel campo d'applicazione della *tutela obbligatoria*⁵⁹ – e dei *criteri analoghi (anzianità del lavoratore, numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e delle condizioni delle parti)* stabiliti – per il calcolo della diversa *indennità risarcitoria onnicomprensiva* – nel campo d'applicazione della *tutela reale*.^{60 61}

4.12. Resta, tuttavia, affidata – alla *discrezionalità* del giudice, appunto – la scelta (eventuale) di avvalersi, anche nell'esercizio del proprio potere equitativo, di criteri – non applicabili direttamente – per la liquidazione della *indennità risarcitoria*, da licenziamento *ingiustificato*, nel contratto a tutele crescenti.⁶²

⁵⁷ Dall'articolo 18, commi 4 e 7, dello *Statuto dei lavoratori* (legge n. 300 del 1970) come *novellato* dalla *Legge Fornero* (legge n. 92 del 2012)

⁵⁸ Con riferimento all'articolo 18 dello statuto dei lavoratori, appunto, come *novellato* dalla *legge Fornero* – che commina la reintegrazione nel posto di lavoro, appunto, per il caso di *insussistenza del fatto* addotto a fondamento del licenziamento – vedi, per tutti, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in RIDL, 2012, I, 315, spe, 437, laddove se ne prospetta "il tratto unificante individuabile nell'assoluta pretestuosità del licenziamento, poiché il fatto materiale che lo avrebbe dovuto giustificare si appalesa del tutto inesistente o, quantomeno, tale da dovere essere ricondotto con sicurezza tra quelle infrazioni punibili con sanzione conservativa (...)".

⁵⁹ Vedi arti colo 8 legge n, 604 del 15 luglio 1966, *Norme sui licenziamenti individuali*, che sancisce testualmente:

"Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso fra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro".

⁶⁰ Vedi articolo 18, comma 5, dello *statuto dei lavoratori* (legge n. 300 del 20 maggio 1970, nel testo ora vigente), che sancisce testualmente:

"Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo".

⁶¹ Di segno quantomeno diverso, tuttavia, pare la lettura che, della pronuncia della Corte costituzionale sembrano dare, almeno in parte, i *seguiti giurisprudenziali* (citati a nota 1) e la dottrina: vedi, per tutti, M.T. CARINCI, *op. cit.*; S. GIUBBONI, *op. cit.*

⁶²Invero il giudice, per la liquidazione del danno, può avvalersi – anche in via analogica od estensiva – di *criteri legali* dettati *aliunde*.

Sembra potersi leggere, solo in questi termini, il rilievo della stessa Corte – nella (motivazione della) sentenza in esame – secondo cui “*nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, nell’intervallo in cui va quantificata l’indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell’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, comportamento e condizioni delle parti)*”.

Lungi dal rientrare nel *decisum* – quale risulta, per quanto si è detto, dal dispositivo – il rilievo della Corte, infatti, contrappone la *multifattorialità* del danno – alla commisurazione *automatica* alla sola anzianità di servizio – per (concorrere a) motivarne la *illegittimità costituzionale* dichiarata, appunto, nel *dispositivo*.

Peraltro la Corte non potrebbe, all’evidenza, stabilire in positivo – con pronuncia palesemente *additiva*⁶³ – limiti vincolanti alla *discrezionalità del giudice*.

4.13. In coerenza con le regole di generale applicazione nella soggetta materia (art. 1223 ss. c.c.), appunto, il risarcimento “*deve comprendere così la perdita subita (...) come il mancato guadagno, in quanto (...) siano conseguenza immediata e diretta*” del licenziamento (art.1223 c.c.).

L’onere della prova, a carico del lavoratore (art. 2697 c-c.), può essere affidato anche a presunzioni e risulta agevolato dalla possibilità del ricorso alla *liquidazione con valutazione equitativa* – da parte del giudice – “*se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare*” art. 1226 c.c.).

4.14. Ora il *lucro cessante* può essere, all’evidenza, commisurato alle retribuzioni che, in dipendenza del licenziamento, non risultino percepite durante il periodo di disoccupazione che ne sia conseguito.

Resta, tuttavia, la detraibilità dell’*aliunde perceptum e percipiendum*.⁶⁴

4.15. Nel *danno emergente*, tuttavia, non pare possa essere inclusa la perdita del posto di lavoro a seguito del licenziamento.

Infatti risulta, nella specie, esclusa – per quanto si è detto – la *possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro*.

Di conseguenza, non pare che si possa imporre una *indennità*, destinata a compensare,

Vedi, a mero titolo di esempio:

- Cass. 3 giugno 1994, n. 5389, che risulta così massimata: “*Nella liquidazione del danno biologico, per la quale, in mancanza di specifiche indicazioni normative, è legittimo il ricorso ai criteri equitativi, il giudice, cui spetta la scelta discrezionale del criterio di equità da applicare nel caso concreto, può avvalersi della disciplina dell’art. 4 l. 26 febbraio 1977 n. 39, la quale, pur essendo prevista per la liquidazione del danno alla persona in materia di assicurazione della responsabilità civile connessa alla circolazione di veicoli e natanti, offre una seria base di calcolo del c.d. valore economico convenzionale dell’uomo nella parte in cui stabilisce che il limite minimo invalicabile è costituito dal reddito non inferiore a tre volte l’ammontare annuo della pensione sociale, e si presta, quindi, ad essere utilizzata come affidabile parametro di riferimento, senza che ciò ne comporti l’applicazione analogica*” ;
- Cass. 9 maggio 1990, n. 3804, che risulta così massimata: “*In materia di espropriazione per pubblica utilità, la liquidazione dell’indennità di occupazione legittima in misura pari agli interessi legali sull’indennità di espropriazione (in applicazione analogica di quanto disposto dalla l. n. 429 del 1907 e dal r.d. n. 2119 del 1923 per le occupazioni preordinate all’esecuzione di lavori ferroviari e dal d.l. lgt. n. 1399 del 1917, per il terremoto calabro-siculo del 1908) risponde ad un criterio equitativo e sussidiario che presuppone la mancata deduzione e dimostrazione di una diversa maggior misura del danno subito dall’occupato*”.

Vedi, sul punto, M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego* M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁶³ Quantomeno problematica ne risulta l’ammissibilità in quanto introducono nell’ordinamento *norme nuove*, riservate al potere legislativo: vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO’, *Giustizia costituzionale*, cit., 393 ss.

⁶⁴ Su *aliunde perceptum e percipiendum*, vedi, da ultima Cass, sez. un. civili, 22 maggio 2018, n. 12566, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

appunto, la perdita del posto – al quale non si ha diritto – a seguito del licenziamento.⁶⁵

Nel *danno* emergente, sembra rientrare, tra l'altro, il *danno alla professionalità*, in dipendenza della *inattività* a seguito del licenziamento.

4.16. Né può essere trascurata la *funzione* – sanzionatoria e dissuasiva – della *indennità risarcitoria*, di che trattasi, in quanto *risarcimento punitivo*.

All'evidenza, non risulta assorbita, infatti, dall'assoluzione – in applicazione delle esaminate regole di generale applicazione nella soggetta materia (art. 1223 ss. c.c.) – della concorrente *funzione riparatoria e compensativa*.

Al pari di qualsiasi *risarcimento punitivo*, infatti, l'*indennità* in questione deve essere commisurata – per quanto si è detto – (anche) alla *gravità del vizio riscontrato* nel licenziamento.

Né la *gravità* si esaurisce, all'evidenza, nella mera esistenza del *vizio riscontrato* nel licenziamento.

In altri termini, il vizio di *carezza di giustificazione* – che inficia, nella specie, il licenziamento – può assumere livelli, all'evidenza, diversi di *gravità* a seconda che il fatto – addotto a fondamento – risulti *insussistente* oppure ricorrano ipotesi meno gravi dello stesso vizio.

Coerente ne risulta il grado diverso di responsabilità del datore di lavoro – nell'intimare il licenziamento, comunque, ingiustificato – al quale deve essere commisurata la *indennità risarcitoria*, di che trattasi, per assolvere la propria *funzione punitiva*.

4.17. Tuttavia la declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione impugnata⁶⁶ – "*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»*" – sembra affidare, integralmente, alla *discrezionalità* del giudice – per quanto si è detto – la liquidazione della *indennità risarcitoria*, di che trattasi, entro i limiti minimo e massimo (come elevati dal decreto dignità), escludendo il rilievo *automatico* della *anzianità di servizio*, come di ogni altro *criterio automatico*, appunto, di calcolo della stessa *indennità*.

Ne risulta, all'evidenza, la soluzione – in senso negativo – della questione se la commisurazione automatica della *indennità* – all'*anzianità* individuale di servizio – conservi ancora un qualche rilievo.

La questione, invero, non è stata presa in esame dalla Corte costituzionale – sebbene *contenuta*, almeno implicitamente, o comunque contigua rispetto a quelle decise – perché palesemente priva di qualsiasi rilevanza nel *giudizio a quo*.

Il licenziamento dopo pochi mesi dall'assunzione – che ne forma l'oggetto – all'evidenza ha reso *irrilevante* lo scrutinio circa la legittimità costituzionale della commisurazione automatica della prevista *indennità risarcitoria* – alla *anzianità* individuale – al di sopra del limite minimo (sei mesi) ed entro il limite massimo (trentasei mesi).

La soluzione negativa della stessa questione – imposta, per quanto si è detto, dalla *normativa di risulta* all'esito della pronuncia di accoglimento – comporta, poi, implicazioni di sicuro rilievo.

⁶⁵ In tal senso – sia pure con riferimento al divieto di conversione, nel pubblico impiego, dei contratti a termine *abusivi* – vedi Cass., sez. un. civili, 15-03-2016, n. 5072, esplicitamente condivisa dalla sentenza Santoro 7 marzo 2018, in causa causa C-494/16, della Corte di giustizia dell'unione europea – che investe, direttamente, la stessa sentenza della Corte di cassazione – nei termini testuali seguenti:

"*gli Stati membri non sono tenuti, alla luce della clausola 5 dell'accordo quadro, a prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato. Di conseguenza, non può nemmeno essere loro imposto di concedere, in assenza di ciò, un'indennità destinata a compensare la mancanza di una siffatta trasformazione del contratto*".

In dottrina, non mancano, tuttavia, posizioni di segno contrario: vedi. Per tutti, M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, cit.

Realisticamente, tuttavia, non può prescindere dall'autorevole orientamento giurisprudenziale (interno ed eurounitario), che è stato prospettato.

⁶⁶ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit.

Intanto la *discrezionalità* del giudice non ne risulta limitata alla elevazione dell'indennità – al di sopra della base minima garantita, commisurata alla anzianità individuale – entro la prevista misura massima (pari a 36 mensilità di *retribuzione di fatto*).

Di conseguenza, non ne risultano pregiudicati i lavoratori con maggiore anzianità, per i quali la *discrezionalità* del giudice sarebbe, in ogni caso, ridotta e, talora, addirittura esclusa (per i lavoratori con diciotto anni o più di anzianità).

4.18. Resta il problema ulteriore – del pari palesemente *non rilevante* nel *giudizio a quo* – se lo stesso limite massimo (pari a trentasei mesi di retribuzione di fatto) osti alla *adeguatezza* dell'indennità risarcitoria.

È ben vero che la Corte costituzionale, nella (motivazione della) sentenza in esame, ha ritenuto che "*non contrasta con tale nozione di adeguatezza il limite di ventiquattro (ora trentasei) mensilità, fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento*".

Si tratta, tuttavia, di un *obiter dictum* – privo, come tale, di qualsiasi efficacia vincolante – in quanto esula dal *decisum*, quale risulta – per quanto si è detto – dal dispositivo della sentenza

Risulta, comunque, in palese contrasto rispetto a quanto stabilito – in applicazione dell'articolo 24 della Carta sociale europea – dal Comitato europeo dei diritti sociali⁶⁷.

E la stessa Corte costituzionale – come è stato ricordato – ha riconosciuto espressamente, ribadendo un proprio precedente (sentenza n. 120 del 2018), la *autorevolezza* delle decisioni del Comitato, ancorché non vincolanti per i giudici nazionali.

4.19. L'affidamento – alla *discrezionalità* del giudice – della liquidazione della *indennità risarcitoria*, di che trattasi, comporta, poi, lo scostamento dal *principio direttivo* della *legge di delega*⁶⁸, che impone la previsione di un *indennizzo economico certo*, oltre che *crescente con l'anzianità di servizio*.⁶⁹

Tale *principio direttivo*, all'evidenza, non vincola, tuttavia, la pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale – concernente, come nella specie, una *disposizione* della *legge delegata*⁷⁰– né, con essa, la *normativa di risulta* all'esito della stessa pronuncia.

4.20. Coerenti implicazioni risultano, infine, sul piano processuale.

L'onere del lavoratore di allegazione e prova dei *criteri* – per il calcolo della *indennità risarcitoria* – si coniuga, infatti, con la *discrezionalità del giudice* nella scelta – tra quelli allegati e provati – dei criteri da applicare nel caso concreto.

La *motivazione in fatto* della scelta soggiace, poi, ai noti limiti di censura in sede di legittimità.⁷¹

⁶⁷ Vedi le citate decisioni del Comitato Europeo dei Diritti sociali (CESD), del 31 gennaio 2017, complaints n. 106/2014 e 107/2014 entrambi nei confronti della Finlandia (citate dall'ordinanza di rimessione), che – interpretando l'articolo 24 della Carta sociale europea – ha ritenuto *adeguata* la *compensazione* che include:

- *il rimborso delle perdite economiche subite tra la data di licenziamento e la decisione del ricorso;*
- *la possibilità di reintegrazione;*
- *la compensazione ad un livello sufficientemente elevato per dissuadere il datore di lavoro e risarcire il danno subito dal dipendente («compensation at a level high enough to dissuade the employer and make good the damages suffered by the employee»).*

Per quel che qui maggiormente interessa, tuttavia, ne ha ricavato la conclusione 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*".

Il principio enunciato, infatti, riguarda la legislazione finlandese, che "*prevedeva il limite di 24 mesi di retribuzione quale limite massimo al risarcimento del danno da licenziamento illegittimo*".

⁶⁸ Di cui all'articolo 1, comma 7, lettera c legge 10 dicembre 2014 n.183.

⁶⁹ Sul punto, vedi M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del Jobs act*; cit.

⁷⁰ Art. 3, comma i, decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.

⁷¹ Vedi M. DE LUCA *Giudizio di cassazione sui vizi processuali: note minime su (alcuni) punti di sintesi (dalla denuncia alla decisione)*, in CSDLE Massimo D'Antona, 12 dicembre 2017, 010623; Lavoro nella giurisprudenza, 2018, 329; www.europeanrights.eu newsletter n. 66 del 15 gennaio 2018; cassazione. net del 16 gennaio 2018.

Restano, infine, i problemi – parimenti processuali – concernenti gli effetti della sentenza in esame della Corte costituzionale – quale *ius superveniens* – sui giudizi pendenti, in fasi e gradi diversi, anche per quanto riguarda allegazioni e deduzioni nuove.⁷²

5. Segue: le pronunce di rigetto e di inammissibilità.

Le pronunce di rigetto, per quanto si è detto, hanno efficacia giuridica – *esclusivamente processuale* – soltanto nei confronti del *giudice a quo*.⁷³

Non ne risultano, pertanto, espunte dall'ordinamento, né modificate le *disposizioni* o *norme*, investite da tali pronunce.

Ancor prima, tuttavia, le pronunce di rigetto investono, nella specie, la stessa disposizione – ritenuta *rilevante nel giudizio a quo*⁷⁴ – in relazione a parametri, questioni e profili di legittimità costituzionale – diversi da quelli ritenuti fondati dalla pronuncia di accoglimento – e, pertanto, sembrano da questa sostanzialmente assorbite.

Le pronunce di inammissibilità, poi, precludono qualsiasi scrutinio – nel merito – circa la fondatezza delle proposte questioni di legittimità costituzionale.

Peraltro investono disposizioni diverse – da quella ritenuta *rilevante nel giudizio a quo*⁷⁵ – oppure denunciano la stessa disposizione, in relazione a parametri, questioni e profili di legittimità costituzionale diversi da quelli ritenuti fondati dalla pronuncia di accoglimento.

Il discorso potrebbe fermarsi qui.

Ogni riflessione ulteriore, all'evidenza, non riguarda la sentenza in esame della Corte costituzionale ed i suoi effetti sull'ordinamento.

Può soltanto orientare, tuttavia, lo scrutinio – circa la fondatezza – delle ipotesi di riproposizione delle stesse questioni investite, appunto, da pronunce di rigetto o di inammissibilità.

5.1. Non precluse dalla pronuncia di inammissibilità – per quanto si è detto – sembrano, tuttavia, fondatamente riproponibili – se *rilevanti*, in futuro, nel *giudizio a quo* – le questioni relative a disposizioni che, nella specie, sono risultate *non rilevanti*.⁷⁶

5.2. Ancorché parimenti non preclusa dalla pronuncia di inammissibilità – per quanto si è detto – non sembra, tuttavia, fondatamente riproponibile la questione "sollevata, in riferimento agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., in relazione allo specifico parametro interposto dell'art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982 sul licenziamento".

Tale convenzione, infatti, non è stata ratificata dall'Italia.

Come tale non è idonea, neanche in futuro – nel difetto di (una improbabile) ratifica *superveniens* – ad integrare, quale *fonte interposta*, i dedotti parametri costituzionali.⁷⁷

5.3. Sebbene la riproposizione non sia preclusa dalla pronuncia di rigetto – per quanto si è detto – resta quantomeno problematico, tuttavia, l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale – in riferimento all'articolo 3 della costituzione – della stessa disposizione⁷⁸,

⁷² Vedi, sul punto, L. DE ANGELIS, *Sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e giudizi pendenti; prime riflessioni*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁷³ Sul punto, vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 343 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁷⁴ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit., appunto.

⁷⁵ Articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015 n.23, cit., appunto, in relazione a parametri diversi.

⁷⁶ Si legge, infatti, nella sentenza in esame della Corte costituzionale (n. 194 del 2018).

"5.3.– Dalle argomentazioni che precedono consegue, pertanto, che le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 7, lettera c), della legge n. 183 del 2014 e degli artt. 2, 3, commi 2 e 3, e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 devono essere dichiarate inammissibili per difetto, rispettivamente, di rilevanza (artt. 2, 3, comma 2, e 4 del d.lgs. n. 23 del 2015), di motivazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza (art. 3, comma 3) e di motivazione sulla non manifesta infondatezza (art. 1, comma 7, lettera c, della legge n. 183 del 2014)".

⁷⁷ Si tratta degli articoli 117, primo comma, e 76 della costituzione in relazione – quest'ultimo – di specifico *principio direttivo* della legge delega ()

⁷⁸ Articolo 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, cit.

investita dalla pronuncia di accoglimento, sotto il profilo che *"viola il principio di eguaglianza, perché tutela i lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015 in modo ingiustificatamente deteriore rispetto a quelli assunti, anche nella stessa azienda, prima di tale data"*.

5.4. La *ratio decidendi*, invero, riposa sui rilievi essenziali seguenti;

- *"spetta alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme (...)".*⁷⁹
- *"La modulazione temporale dell'applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015, censurata dal rimettente, non contrasta con il «canone di ragionevolezza» e, quindi, con il principio di eguaglianza, se a essa si guarda alla luce della ragione giustificatrice – del tutto trascurata dal giudice rimettente – costituita dallo «scopo», dichiaratamente perseguito dal legislatore, «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (alinea dell'art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014)".*
- *"Poiché l'introduzione di tutele certe e più attenuate in caso di licenziamento illegittimo è diretta a incentivare le assunzioni a tempo indeterminato, appare coerente limitare l'applicazione delle stesse tutele ai soli lavoratori assunti a decorrere dalla loro entrata in vigore, quelli, cioè, la cui assunzione avrebbe potuto essere da esse favorita".*
- *"Tanto chiarito circa la non irragionevolezza del contestato regime temporale, non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito".*

Tale motivazione, invero, non pare irresistibile.

5.5. infatti è la stessa sentenza in esame della Corte costituzionale a dichiarare inammissibile – per quanto si è detto – un *profilo di costituzionalità* non dedotto nell'ordinanza di rimessione.⁸⁰

Ne risulta che la parte privata ha dedotto nel proprio atto di costituzione – in violazione del principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato* – *"l'irragionevolezza delle disposizioni censurate sotto il profilo, ulteriore rispetto a quelli indicati nell'ordinanza di rimessione, che esse sarebbero inidonee a conseguire lo scopo dichiarato di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione». di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione"*.

Ora è ben vero che non sembrano giuridicamente rilevanti – per quanto si è detto – eventuali *errores in procedendo* nelle sentenze della Corte costituzionale, in quanto di unica istanza.

Tuttavia suscita perplessità che una circostanza – inammissibilmente dedotta – possa concorrere ad integrare la *ratio decidendi* di pronuncia della Corte.

⁷⁹ In tal senso, richiamate dalla sentenza in esame (n. 194 del 2018), Corte cost. n. 273 del 2011, punto 4.2 del *considerato in diritto*; 94 del 2009, punto 7.2. del *Considerato in diritto*; 104 del 2018, punto 7.1. del *Considerato in diritto*.

⁸⁰ Nella sentenza della Corte (punto 4), infatti, si legge:

"4. – Prima di esaminare le questioni di legittimità costituzionale sollevate, va rilevato che, nel proprio atto di costituzione in giudizio, Francesca Santoro ha dedotto l'irragionevolezza delle disposizioni censurate sotto il profilo, ulteriore rispetto a quelli indicati nell'ordinanza di rimessione, che esse sarebbero inidonee a conseguire lo scopo dichiarato di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione». di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione».

Tale censura si traduce in una questione non sollevata dal giudice rimettente ed è, perciò, inammissibile.

Infatti, in base alla costante giurisprudenza di questa Corte, «l'oggetto del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è limitato alle disposizioni e ai parametri indicati nelle ordinanze di rimessione. Pertanto, non possono essere presi in considerazione ulteriori questioni o profili di costituzionalità dedotti dalle parti, sia eccepiti, ma non fatti propri dal giudice a quo, sia volti ad ampliare o modificare successivamente il contenuto delle stesse ordinanze" (ex plurimis, sentenze n. 251 del 2017, n. 214 del 2016, n. 231 e n. 83 del 2015)» (sentenza n. 4 del 2018, punto 2. del Considerato in diritto; nello stesso senso, sentenza n. 29 del 2017)".

Restano, peraltro, le posizioni, che – in senso contrario, rispetto a tale *ratio* – risultano espresse dalla dottrina sul medesimo tema.⁸¹

Realisticamente, tuttavia, non so quante siano le probabilità che la Corte costituzionale si ponga in contrasto con se stessa.

La *doppia pronuncia* sembra avere finora riguardato, a quanto consta, soltanto *pronunce interpretative* della Corte costituzionale: alla *pronuncia di rigetto*, infatti, *talora* è seguita – in dipendenza della mancata *conformazione* dei giudici comuni – la *pronuncia di accoglimento*, parimenti *interpretativa*.⁸²

5.6. Manifestamente infondata, invece, risulterebbe – se riproposta – la questione di legittimità costituzionale rigettata – parimenti in relazione all'articolo 3 della costituzione – della disposizione⁸³, investita dalla pronuncia di accoglimento, sotto il profilo che ne sarebbe violato il principio di uguaglianza perché i dirigenti – a differenza dai lavoratori di altre *categorie* – non sono soggetti alla disposizione stessa.

Palesamente insuperabili risultano, infatti, le argomentazioni addotte a sostegno della pronuncia di rigetto.⁸⁴

5.7. Sebbene la riproposizione non sia preclusa dalla pronuncia di rigetto – per quanto si è detto – sembra quantomeno poco probabile, allo stato, l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale – che è stata rigettata – della disposizione investita da censura⁸⁵, parimenti in riferimento agli articoli 117, primo comma, e 76 della costituzione, sotto il profilo che tali disposizioni costituzionali risultano violate "per il tramite del parametro interposto dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".⁸⁶

La *ratio decidendi*, infatti, riposa sul rilievo conclusivo seguente:

"Si deve pertanto escludere che la CDFUE sia applicabile alla fattispecie e che l'art. 30 della stessa Carta possa essere invocato, quale parametro interposto, nella presente questione di legittimità costituzionale. Da ciò la non fondatezza della stessa".

E tale conclusione si *conforma* ad un orientamento consolidato della Corte di giustizia dell'unione europea, già condiviso dalla stessa Corte costituzionale.⁸⁷

⁸¹Sul punto, vedi, per tutti M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in WP CSDL Massimiliano D'Antona, n. 251/2015, spec. § 4.20. ss., ed in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, n.6, 545 ss., spec. 561 ss.

⁸² Sulla *doppia pronuncia*, vedi, per tutti, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 382 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁸³ Articolo 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, cit.

⁸⁴ Nei termini testuali seguenti:

"La diversità del lavoro dei dirigenti ha indotto questa Corte a più riprese a ribadire che non contrasta con l'art. 3 Cost. l'esclusione degli stessi dall'applicazione della generale disciplina legislativa sui licenziamenti individuali, compresa la regola della necessaria giustificazione del licenziamento (sentenze n. 228 del 2001, n. 309 del 1992 e n. 121 del 1972, ordinanza n. 404 del 1992; queste ultime due pronunce riguardano, in particolare, l'art. 10 della legge n. 604 del 1966, che esclude i dirigenti dall'applicazione, tra l'altro, dell'art. 1 di tale legge, cioè della disposizione che richiede l'esistenza di una «giusta causa» o di un «giustificato motivo» di licenziamento).

In ragione di questa perdurante esclusione si deve confermare che, anche nel sistema vigente, i dirigenti non sono comparabili alle altre categorie dei prestatori di lavoro di cui all'art. 2095, primo comma del codice civile."

⁸⁵ Articolo 3, comma 1, decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., appunto.

⁸⁶ Che sancisce testualmente:

"Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali."

⁸⁷ Si legge, infatti, nella sentenza in esame (n. 194 del 2018)

"A norma dell'art. 51 CDFUE, «[l]e disposizioni della presente Carta si applicano [...] agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» (comma 1, primo periodo). Sulla base di tale disposizione, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha costantemente asserito che le disposizioni della CDFUE sono applicabili agli Stati membri «quando agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» (ex plurimis, Grande sezione, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson e, più recentemente, Ottava sezione, ordinanza 26 ottobre 2017, causa C-333/17, Caixa Económica Montepio Geral contro Carlos Samuel Pimenta Marinh e altri). Questa Corte ha perciò affermato che, «perché la Carta dei diritti UE sia invocabile in un giudizio di legittimità costituzionale, occorre, dunque, che la fattispecie oggetto di legislazione interna "sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto" (sentenza n. 80 del

In dottrina non sono mancate, invero, posizioni contrarie all'orientamento consolidato della Corte di giustizia, condiviso dalla corte costituzionale.⁸⁸

Suscita perplessità, tra l'altro, la circostanza che la *Carta* – pure avendo lo stesso valore del trattato (art. 6 TUE) – veda subordinata la propria efficacia alla *condizione* che ne formi oggetto materia, che – oltre a rientrare nella competenza attribuita all'unione europea (art. TUE) – risulti già disciplinata da altra fonte dell'Unione, in ipotesi derivata, quali le direttive.

Realisticamente, tuttavia, non so quante siano le probabilità di successo – per la riproposizione della stessa questione di legittimità costituzionale – almeno fino a quando resti immutato l'orientamento della Corte di giustizia nella soggetta materia.

6. Segue: note conclusive.

La sentenza in esame della Corte costituzionale – e stato anticipato, fin dall'*incipit* – affronta il problema – non nuovo per il nostro diritto del lavoro – concernente la ricerca del *giusto risarcimento*, quando la *tutela in forma specifica* risulti, comunque, negata.

Ne costituisce, ad esempio, *precedente* – come pure è stato anticipato – il *divieto di conversione* dei contratti a termine, nel pubblico impiego.

Nel caso, che ci occupa, della *indennità risarcitoria* da licenziamento *ingiustificato* nel contratto a *tutele crescenti*, tuttavia, esula una *copertura eurounitaria* specifica – come quella – che risulta garantita, invece, per il *divieto di conversione* dei contratti a termine nel pubblico impiego.

Si tratta della *condizionalità eurounitaria* per lo stesso divieto nazionale di conversione dei contratti a termine *abusivi* nel pubblico impiego.⁸⁹

2011)» (sentenza n. 63 del 2016, punto 7. del Considerato in diritto; nello stesso senso, sentenza n. 111 del 2017 e ordinanza n. 138 del 2011).

Nessun elemento consente di ritenere che la censurata disciplina dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sia stata adottata in attuazione del diritto dell'Unione, in particolare, per attuare disposizioni nella materia dei licenziamenti individuali.

Più nel dettaglio, ai fini dell'applicabilità della CDFUE, l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione di una norma del diritto dell'Unione diversa da quelle della Carta stessa (ex plurimis, Corte di giustizia, terza sezione, sentenza 1° dicembre 2016, causa C-395/15, Mohamed Daouidi contro Bootes Plus SL e altri, punto 64; ottava sezione, ordinanze 8 dicembre 2016, causa C-27/16, Angel Marinkov contro Predsedatel na Darzhavna agentsia za balgarite v chuzhbina, punto 49, e 16 gennaio 2014, causa C-332/13, Ferenc Weigl contro Nemzeti Innovációs Hivatal, punto 14; terza sezione, ordinanza 12 luglio 2012, causa C-466/11, Gennaro Currà e altri contro Bundesrepublik Deutschland, punto 26).

Il solo fatto che l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 ricada in un settore nel quale l'Unione è competente ai sensi dell'art. 153, paragrafo 2, lettera d), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) non può comportare l'applicabilità della Carta dato che, riguardo alla disciplina dei licenziamenti individuali (e, tanto meno, nella situazione specificamente regolata dall'art. 3, comma 1), l'Unione non ha in concreto esercitato tale competenza, né ha adottato, mediante direttive, prescrizioni minime (ex plurimis, Corte di giustizia, decima sezione, sentenza 5 febbraio 2015, causa C-117/14, Grima Janet Nisttahuz Poclava contro Jose María Ariza Toledano, punto 41; quinta sezione, sentenza 10 luglio 2014, causa C-198/13, Víctor Manuel Julian Hernández e altri contro Regno di Spagna e altri, punti 36 e 46; settima sezione, ordinanza 16 gennaio 2008, causa C-361/07, Olivier Polier contro Najar EURL, punto 13).

Contrariamente a quanto mostra di reputare la difesa della parte costituita, non si può ritenere che la normativa censurata sia stata adottata in attuazione della direttiva 20 luglio 1998, n. 98/59/CE (Direttiva del Consiglio concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi), poiché, come è chiaro, l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 disciplina i licenziamenti individuali.

Al fine di sostenere la sussistenza, nelle disposizioni denunciate, di una «fattispecie europea», la parte costituita ha argomentato – in verità, in modo assai generico – che esse ricadrebbero nell'ambito della politica dell'occupazione dell'Unione e, in particolare, nell'ambito delle misure adottate in risposta alle raccomandazioni del Consiglio. Tali raccomandazioni, previste dall'art. 148, paragrafo 4, TFUE all'esito dell'esame annuale svolto dalle istituzioni europee circa la situazione dell'occupazione nell'Unione, rientrano nella discrezionalità del Consiglio e sono prive di forza vincolante.

Non vi sono dunque disposizioni del diritto dell'Unione che impongano specifici obblighi agli Stati membri – né all'Italia in particolare – nella materia disciplinata dal censurato art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015”.

⁸⁸Sul punto, vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale* contro i licenziamenti al tempo delle *larghe intese*: riflessioni su un compromesso necessario, In Riv. It. dir. lav. 2013, I, 3, spec. 20 ss.; ID., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in Argomenti di diritto del lavoro, 2013, 6, I, 1645 ss., spec.1349 ss., 1351 ss. e passim.

⁸⁹ Sulla *condizionalità eurounitaria* per divieti nazionali di conversione vedi M. DE LUCA, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, cit.; ID., *Condizionalità eurounitaria per il divieto di*

6.1. Il *divieto di conversione* è subordinato, infatti, alla *condizione* che, nello stesso ordinamento nazionale, siano contestualmente previste misure alternative – alla *conversione*, appunto – dotate dei requisiti indefettibili stabiliti dal diritto dell’Unione: equivalenza – rispetto al trattamento garantito, per casi analoghi, dallo stesso ordinamento interno – si coniuga, in tale prospettiva, con effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva.

La *discrezionalità* degli stati membri – nello stabilire *divieti di conversione* – non può, quindi, prescindere dalla *condizionalità* imposta dal diritto dell’Unione.

La *condizionalità* potrebbe, quindi, comportare – nel difetto di idonee misure alternative alla *conversione vietata* – la *disapplicazione* dello stesso *divieto* – nel nostro ordinamento – sebbene riposi sul *principio costituzionale del pubblico concorso*.⁹⁰

Né può farsi affidamento, *sine die*, sul *self restraint* – che è stato praticato, finora, dalla Corte di giustizia – nel non dare attuazione effettiva alla *disapplicazione*, appunto, dopo averla ripetutamente predicata.⁹¹

6.2. Nulla di tutto questo è previsto per la *indennità risarcitoria* da licenziamento *illegittimo* – che ci occupa – sebbene risulti parimenti negata la *tutela in forma specifica*, che, in questo caso, è costituita dalla possibilità della *reintegrazione nel posto di lavoro*.

L’alternatività della *indennità risarcitoria* – rispetto alla *reintegrazione* negata, appunto – non sfugge, invero, alla Corte costituzionale, nella sentenza in esame.

Tuttavia sembra affidarne la valutazione – alla *discrezionalità del giudice* – ai fini del calcolo del risarcimento.

Ben maggiore, all’evidenza, risulta la garanzia, che – per il *divieto di conversione* dei contratti a termine nel pubblico impiego – viene assicurata, per quanto si è detto, dalla *condizionalità eurounitaria*.

6.3. Invero la *cessione di sovranità* – sulla quale si fonda il *primato* del diritto comunitario (ed, ora, eurounitario) rispetto agli ordinamenti nazionali degli stati membri – risulta radicata nella nostra costituzione (art. 11), ancor prima della stessa istituzione delle Comunità europee.

Non può essere trascurato, tuttavia, il rilievo che – in dipendenza della *efficacia giuridica* – assume la fonte comunitaria (ed ora eurounitaria) del *primato*.

La fonte eurounitaria⁹², infatti, risulta assistita dallo stesso *primato*.

conversione, nel pubblico impiego, previsto dall’ordinamento italiano: la parola alla Corte di giustizia, in WP CSDLE Massimo D’Antona, n. /2017; Cassazione.net, 8 settembre 2017; www.europeanrigts.eu newsletter n. 64 del 15 settembre 2017.

⁹⁰ Vedi M. DE LUCA, *Condizionalità eurounitaria per il divieto di conversione, nel pubblico impiego, previsto dall’ordinamento italiano: la parola alla Corte di giustizia*, cit., che riproduce, con il corredo di note essenziali, l’intervento orale, per la parte privata, nella udienza della Corte di giustizia del 13 luglio 2017, nella causa C-419/16, Giuseppa Santoro/Comune di Valderice/Presidenza del Consiglio dei ministri, avente ad oggetto: *successione abusiva di contratti a termine nel pubblico impiego – Conseguenze*.

⁹¹ Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l’ordinamento italiano: (più di) trent’anni dopo*, spec. § 4.5., in Rivista del diritto della sicurezza sociale, 2018, n.3; 387 ss.; CSDLE, 370/2018; www.europeanrigts.eu, newsletter del 15 novembre 2018; in corso di pubblicazione negli atti del seminario – *dedicato a Michele De Luca in occasione dei suoi 80 anni* – sul tema *Il lavoro nel diritto comunitario (ora eurounitario) e l’ordinamento italiano: (più di) trent’anni dopo*, organizzato dall’Università degli studi di Parma – Dipartimento di giurisprudenza (Parma, Università degli studi, aula dei filosofi, 4 maggio 2018).

⁹² Sul primato del diritto della Unione europea e la conseguente prevalenza – rispetto al diritto degli stati membri – vedi: - Dichiarazione 17 relativa al primato (allegata al trattato sul funzionamento dell’Unione europea): “La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell’Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall’Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260)”. - Articolo 11 comma 1, della Costituzione italiana: “L’Italia (...) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (...)”.

Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, cit., spec. § 3.1, nota 14, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Molto ampie risultano, infatti, dottrina e giurisprudenza sul primato: Vedi, per tutti, A. RUGGERI., *Il primato del diritto dell’Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l’esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, www.giurcost.org, 2016, fasc. 1; ID., *Primato del diritto dell’Unione europea in fatto di tutela dei diritti*

Coerente con la *cessione di sovranità*, la *primazia* dell'ordinamento comunitario (ed, ora, eurounitario)⁹³ ne comporta la *prevalenza* sugli ordinamenti interni degli stati membri.

Ed assicura la salvaguardia – contro il degrado delle garanzie – coprendo, persino, il rischio – indagato dal *più classico dei classici* sulla democrazia⁹⁴ – di qualsiasi *dittatura della maggioranza* a livello nazionale.⁹⁵

fondamentali?. In Quaderni costituzionali, 2015, 931; M. LUCIANI, Il brusco risveglio - I controllimiti e la fine mancata della storia costituzionale. www.rivistaaic.it, 2016, fasc. 2.

⁹³ Sulla *primazia*, vedi da ultimi:

Corte cost n. 142 del 5 luglio 2018 – in tema di *aiuti di stato* – laddove si legge:

"L'obbligatorietà vale per tutti gli organi dello Stato, compresi i giudici (Corte di giustizia, sentenza 13 febbraio 2014, in causa C-69/13, Mediaset spa), imponendo loro – in base al principio di "primazia" del diritto dell'Unione – di non applicare le norme interne contrastanti (in termini generali, Corte di giustizia, sentenza 21 maggio 1987, in causa 249/85, Albako).

Si tratta di conclusione recepita in modo uniforme anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione (tra le altre, sezione lavoro, sentenza 5 settembre 2013, n. 20413; sezione quinta civile, 12 settembre 2012, n. 15207; sezione quinta civile, 11 maggio 2012, n. 7319).

Ciò premesso, con particolare riguardo ai modi con i quali possono essere fatti valere eventuali vizi che inficino la decisione della Commissione, occorre muovere dal rilievo che, per costante giurisprudenza della Corte di giustizia, i giudici nazionali non sono competenti a dichiarare l'invalidità degli atti delle istituzioni dell'Unione (ex plurimis, Corte di giustizia, grande sezione, sentenza 18 luglio 2007, in causa C-119/05, Lucchini spa; grande sezione, sentenza 10 gennaio 2006, in causa C-344/04, International Air Transport Association e altro). Al fine di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, l'art. 263 TFUE attribuisce, infatti, in via esclusiva il controllo sulla legittimità di tali atti alla Corte di giustizia. Si tratta di una regola sulla giurisdizione che – lungi dall'attendere ai «principi supremi» di soggezione del giudice alla sola legge e di indipendenza della magistratura – si correla alla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, trovando copertura nel quadro delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. "

Cons. stato, Adunanza plenaria, n. 9 del 25 giugno 2018 – in tema di direttori stranieri per i musei italiani – laddove (punto 4.3) si legge:

"(...) il Collegio osserva che, almeno per il caso - che qui rileva – di regolamenti in contrasto con il diritto eurounitario, non risulta predicabile alcuna preclusione per il Giudice amministrativo nel rilevare la non applicabilità della disposizione in contrasto con il diritto UE. È noto al riguardo che la giurisprudenza costituzionale ha ammesso la disapplicazione ex officio della norma interna (anche di fonte regolamentare) in contrasto con il diritto UE, conformemente – del resto – a consolidati orientamenti della Corte di giustizia dell'UE.

Ne consegue che il problema dei limiti alla disapplicazione officiosa del regolamento illegittimo risulti al più confinato alle ipotesi – che qui non ricorrono- in cui il profilo di illegittimità derivi da profili diversi dal contrasto con il diritto UE. In particolare, con la sentenza 10 novembre 1994, n. 384 la Corte costituzionale ha chiarito che "[le] norme contrarie al diritto comunitario (...) dovrebbero comunque essere disapplicate dai Giudici e dalla P.A.". Con la successiva sentenza 7 novembre 1995, n. 482 la Corte costituzionale ha inoltre stabilito che le norme comunitarie muovono su un piano diverso da quello proprio delle norme nazionali (anche di rango regolamentare). Conseguentemente, "il rapporto tra le due fonti è di competenza e non di gerarchia o di successione nel tempo, con l'effetto che la norma nazionale diviene non applicabile se e nei limiti in cui contrasti con le disposizioni comunitarie precedenti o sopravvenute (sentenze nn. 389 del 1989 e 170 del 1984)"

In definitiva, la piena applicazione del principio di primauté del diritto eurounitario comporta che, laddove una norma interna (anche di rango regolamentare) risulti in contrasto con tale diritto, e laddove non risulti possibile un'interpretazione di carattere conformativo, resti comunque preclusa al Giudice nazionale la possibilità di fare applicazione di tale norma interna.

I principi appena richiamati risultano tanto più pregnanti nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame - non solo il Giudice nazionale debba astenersi dal dare applicazione nell'ordinamento interno a una disposizione in contrasto con il diritto UE, ma per di più possa (e anzi, debba) riconoscere diretta applicazione a una disposizione chiara e di fatto autoapplicativa quale il paragrafo 3 dell'articolo 45 del TFUE (il quale, come si avrà modo di rilevare, limita la possibilità di derogare al generale principio della libertà di circolazione dei lavoratori ad ipotesi nel complesso residuali)."

⁹⁴ Vedi ALEXIS implicazioni, Milano, Rizzoli, 2003, spec. Libro secondo, capitolo VII (*l'onnipotenza della maggioranza negli Stati uniti ed i suoi effetti*), pag. 253 ss.

⁹⁵ Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Flessibilità del lavoro, in funzione della competitività nel mercato globale, e garanzia costituzionale dei diritti dei lavoratori*, Foro it., 2009, VI, 442; ID., *Diritti dei lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, spec. § 7.3, in CSDLE "Massimo D'Antona" n. 211/2014