

Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*

Riccardo Vianello

1. Considerazioni introduttive.	213
2. Il “nuovo” parametro di determinazione del risarcimento: l’«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto».	217
3. Il rapporto tra le ipotesi risarcitorie previste dal d.lgs. n. 23/2015 e il meccanismo derogatorio di cui all’art. 8, co. 2, lett. c, d.l. n. 138/2011.	221
4. Il problema dell’individuazione dell’«ultima retribuzione».	227
5. Breve nota conclusiva.	231

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 359/2018

1. Considerazioni introduttive.

Il d.lgs. n. 23/2015 ha dato attuazione all'art. 1, co. 7, lett. c, l. n. 183/2014, introducendo, per le nuove assunzioni, il «contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio».

Sebbene il titolo del decreto sia avvolgente e onnicomprensivo («Disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (...)), in realtà le norme di cui esso si compone sono dedicate esclusivamente alla disciplina del «regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo» (art. 1), così rivelando l'esorbitanza terminologica del plurale utilizzato (chiaro residuo della versione della norma approvata al Senato), posto che l'unica "crescita" (peraltro non illimitata⁸¹²), collegata all'«anzianità di servizio», attiene al *quantum* di tutela economica riconoscibile, appunto, allorché il licenziamento risulti viziato⁸¹³.

D'altra parte, che la preoccupazione principale del legislatore delegante fosse quella di predeterminare i costi del licenziamento è dato di tutta evidenza, se solo si consideri che la previsione di «un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio» costituisce uno dei principi e criteri direttivi dell'introduzione del contratto a tutele crescenti, e che l'esigenza di "certezza" è viepiù accentuata dall'ulteriore (ma, in realtà, superflua⁸¹⁴ e, di fatto, inattuata) previsione di «termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

L'obiettivo di rendere certo quel costo è stato perseguito essenzialmente forfettizzando l'ammontare del risarcimento nelle ipotesi di licenziamento ingiustificato (art. 3, co. 1) nonché di licenziamento collettivo viziato solo per violazione delle procedure o dei criteri di scelta (art. 10, co. 1), di licenziamento ingiustificato purché sia provata l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, ma ciò limitatamente al periodo che precede la pronuncia di reintegrazione (v. l'art. 3, co. 2, e, per i datori di lavoro che non raggiungono i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 St. lav., l'art. 9, co. 1), di licenziamento affetto da vizi formali e procedurali, anche se disposto da «piccole imprese» (artt. 4 e 9, co. 1): tutto ciò sulla falsariga di quanto, in realtà, già previsto dall'art. 18 St. lav. (nel testo novellato dall'art. 1, co. 42, l. n. 92/2012), che pure aveva percorso la medesima via della predeterminazione del *quantum* risarcitorio entro limiti minimi e massimi, sebbene avesse preservato un margine di discrezionalità, che nel d.lgs. n. 23/2015 è ormai venuto meno a seguito dell'eliminazione di tutti i parametri diversi dall'anzianità di servizio.

Nella stessa ottica, poi, si inquadra la forfettizzazione dell'importo offerto dal datore di lavoro in via conciliativa ai sensi dell'art. 6, co. 1.

⁸¹² F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 252/2015, 11; G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, *giustiziacivile.com*, Approfondimento del 24 aprile 2015, 14.

⁸¹³ In questi termini anche A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, Giappichelli, 2015, 27, e M. RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme*, in *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»* (Contributi a margine del Convegno "Il regime dei licenziamenti individuali e collettivi", a cura di G. FERRARO, Napoli, Università degli Studi Federico II, Dipartimento di Giurisprudenza, 27 febbraio 2015), *Quaderni di ADL*, 2015, n. 14, 196.

⁸¹⁴ Previsione superflua perché la certezza dei termini per l'impugnazione del licenziamento (già ampiamente perseguita con la novella dei primi due commi dell'art. 6, l. n. 604/1966, attuata dapprima con l'art. 32, co. 1, l. n. 183/2010 e poi con l'art. 1, co. 38, l. n. 92/2012) non necessitava di ulteriori specificazioni.

La scelta normativa può essere valutata sotto diversi profili: qui ne verranno presi in considerazione due, quello della costituzionalità e quello della astratta idoneità al raggiungimento dello scopo immediato (rendere certo il costo del licenziamento), pacifico essendo che la valutazione dell'efficacia, cioè della concreta idoneità al raggiungimento dello scopo mediato (il rafforzamento delle opportunità di ingresso nel mondo del lavoro), è questione di carattere eminentemente empirico, che esula dall'ambito dell'analisi giuridica e soprattutto richiede tempi di decantazione e di concreta verifica, sul campo, dei flussi occupazionali in entrata e in uscita.

Sotto il primo profilo (e anticipando qui alcuni rilievi che verranno ripresi nel paragrafo conclusivo), la nuova disciplina (che, nell'accentuare la monetizzazione del licenziamento, divarica ancor più il solco rispetto al principio civilistico della *restitutio in integrum*⁸¹⁵, ponendosi, peraltro, in linea con la scelta già adottata con la legge Fornero⁸¹⁶) non presenta, a prima vista, problemi di costituzionalità⁸¹⁷: ciò, quanto meno, se lo sguardo si appunta sulla maggior parte degli importi risarcitori⁸¹⁸ e sul meccanismo di forfezzazione⁸¹⁹, asetticamente intesi. Sovviene in proposito, infatti, la chiara indicazione del Giudice delle leggi, che ha escluso debba ritenersi costituzionalmente obbligata la tutela reale per il licenziamento ingiustificato⁸²⁰.

È bene evidenziare, però, che quella tendenziale omogeneità di *rationes* e finalità che connota la l. n. 92/2012 e il d.lgs. n. 23/2015 si limita, appunto, alla scelta della monetizzazione, certamente accentuata nel recente provvedimento. Le due discipline presentano, invece, un significativo scarto sul versante processuale: e sarà proprio qui che potrebbe misurarsi la capacità di tenuta del nuovo regime sanzionatorio sul piano della compatibilità non solo con i principi costituzionali, ma anche con le norme sovranazionali.

È evidente, infatti, che la forfezzazione dell'importo riconoscibile al lavoratore ingiustamente licenziato, nella misura in cui comprime il *quantum* del risarcimento (ancora una volta derogando, qui in termini monetari, al principio della *restitutio in integrum*), si giustifica, secondo una logica compensatoria⁸²¹, nel contesto di un processo che, a beneficio di tutte le parti in causa, sia destinato a risolversi in tempi ragionevolmente brevi: com'è appunto, almeno nelle intenzioni, il

⁸¹⁵ Analoghi rilievi in M. RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme*, cit., 194; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 246/2015, 5-6; e A. PERULLI, *Il contratto* cit., 31.

⁸¹⁶ Si rammenti, peraltro, che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale» (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991): così C. cost. 16 novembre 2011, n. 303.

⁸¹⁷ Sul tema v. tra i molti, su posizioni opposte, da un lato C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, RIDL, 2015, I, 395 ss.; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, e G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, entrambi in R. PESSI - C. PISANI - G. PROIA - A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, rispettivamente 42-43, e 71; dall'altro lato V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, RIDL, 2015, I, 131 ss.; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali* cit., 16 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, ADL, 2015, 326-327.

⁸¹⁸ Del resto, da alcuni criticati, al contrario, per la loro eccessiva onerosità, quanto meno «nella fase iniziale del rapporto, quando l'incertezza circa la bontà della scelta della persona da parte dell'impresa è massima»: così P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, <http://www.pietroichino.it/?p=33918>.

⁸¹⁹ Un meccanismo tradizionalmente utilizzato nel contesto della legge sui licenziamenti individuali (art. 8, l. n. 604/1966), e poi sempre più impiegato: basti pensare al comma 5 dell'art. 32, l. n. 183/2010 e all'art. 18, come novellato dall'art. 1, co. 42, della legge Fornero.

⁸²⁰ C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46, FI, 2000, I, 699.

⁸²¹ M. DE CRISTOFARO (e G. GIOIA), *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. CESTER, Cedam, 2013, 377 ss.

processo che si instaura con il cosiddetto “rito Fornero”, ai sensi dell’art. 1, co. 48-68, l. n. 92/2012 (che comunque, già nella prima fase del primo grado di giudizio, sfocia in un provvedimento dotato di una certa “tenuta”: art. 1, co. 50).

Ma ai licenziamenti disposti sulla base del d.lgs. n. 23/2015 quel rito non si applica (v. l’art. 11 del decreto)⁸²². Perciò, al di fuori delle ipotesi maggiormente garantiste di cui all’art. 2, co. 2, la misura del risarcimento rischia di incappare negli strali della Corte costituzionale non perché, di per sé, esigua, ma perché suscettibile di diventare tale a causa delle lungaggini processuali, ormai non più mitigate dalla celerità del rito speciale introdotto dalla legge Fornero⁸²³.

D’altra parte, è pur vero che, secondo un recente monito del Giudice delle leggi, «il processo è neutro rispetto alla tutela offerta»⁸²⁴, ma è altrettanto vero che ciò è stato affermato in ordine a «presunte disparità di trattamento ricollegabili al momento del riconoscimento in giudizio del diritto del lavoratore»: tant’è che, nella vicenda decisa dalla Corte costituzionale in merito alla presunta incostituzionalità dell’art. 32, co. 5, 6 e 7, della l. n. 183/2010, il sospetto di violazione dell’art. 3 Cost., era sì stato sollevato in relazione alla «situazione del lavoratore il quale ottenga una sentenza favorevole in tempi brevi, possibilmente in primo grado, rispetto a quella di chi risulti vittorioso solo a notevole distanza di tempo (magari nei gradi successivi di giudizio)», ma sempre ipotizzando la possibilità di impiegare il medesimo rito processuale. Ciò che non accade, invece, nei giudizi in cui si discute dell’illegittimità del licenziamento di un lavoratore assunto con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, cui – come detto – non si applica il più celere “rito Fornero”.

Sempre nell’ambito di una riflessione sinottica volta ad approfondire analogie e differenze tra la normativa esaminata e le leggi n. 183/2010 e n. 92/2012, in chiave di verifica dell’adeguatezza del risarcimento (che è garanzia imprescindibile non solo sul piano costituzionale, ma anche per espressa previsione delle fonti sovranazionali⁸²⁵), un possibile elemento di criticità può essere

⁸²² Né potrebbe applicarsi, se non in forza di espressa previsione (che ovviamente qui manca), trattandosi di rito pensato unicamente per «le controversie aventi ad oggetto l’impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall’art. 18» St. lav. (art. 1, co. 47, l. n. 92/2012), che è norma che non vale per i rapporti regolati dal d.lgs. n. 23/2015, se non nei ridotti limiti in cui esso viene richiamato (ad esempio, nell’art. 1, co. 3, e nell’art. 9, co. 1).

⁸²³ Per uno spunto in tal senso v. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a’ sensi della bozza del D.Lgs. 24 dicembre 2014)*, LG, 2015, 117, e in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentari agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, a cura di F. CARINCI - M. TIRABOSCHI, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2014, n. 37, University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT, 72, il quale rileva che «di per sé la tutela obbligatoria finisce per addossare sulle spalle del lavoratore ingiustamente licenziato tutto il costo del tempo richiesto dal processo»; ID., *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, *ibidem*, 16; nonché F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, MGL, 2015, 370; e anche V. FILI, *Tutela risarcitoria e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, in *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione nel Jobs Act 2*, a cura di E. GHERA - G. GAROFALO, Cacucci, 2015, 205.

⁸²⁴ In tal senso v. espressamente C. cost. 16 novembre 2011, n. 303.

⁸²⁵ Di «diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» parla espressamente l’art. 24 della Carta sociale europea. L’art. 10 della Convenzione OIL n. 158/1982 sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro immagina, come possibile alternativa alla reintegrazione in caso di licenziamento ingiustificato, «il versamento di un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata».

A delega ancora aperta, esprimeva perplessità circa la congruità delle sanzioni ipotizzate, per contrasto con l’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei, L. ZOPPOLI, *Qualche nota di metodo per giuristi e legislatori con applicazione al contratto a tutele crescenti*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, a cura di M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” - *Collective Volumes* - 3/2014, 15-16. Critico circa la rispondenza del sistema sanzionatorio apprestato ai canoni di effettività e congruità dell’indennizzo rispetto al danno patito è A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel*

desunto paradossalmente proprio da quella decisione del Giudice delle leggi (la n. 303/2011) che ha salvato il trattamento forfetario previsto dall'art. 32, commi 5 e 6, del "Collegato lavoro" (considerato dal giudice *a quo* assorbente «l'intero pregiudizio subito dal lavoratore a causa dell'illegitima apposizione del termine al contratto di lavoro, dal giorno dell'interruzione del rapporto fino al momento dell'effettiva riammissione in servizio»), sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, volta «a ritenere che il danno forfetizzato dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto»: sulla base, in altre parole, della constatazione che la tutela forte risiede qui nell'obbligo del datore di lavoro di riammettere in servizio il lavoratore, obbligo di cui la tutela economica forfetizzata rappresenta un corollario.

Peraltro nel caso di contratto a tutele crescenti, risolto con atto di recesso illegittimo, la forfetizzazione del risarcimento (fatte salve le ipotesi di cui agli artt. 2 e 3, co. 2) non è mai corroborata dal ripristino del rapporto (anzi, «il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento»: art. 3, co. 1, e art. 4, co. 1), ma si presenta come la forma di tutela esclusiva: il che, se da un lato contribuisce ad avvicinare notevolmente, sul piano qualitativo, la tutela offerta ai lavoratori delle piccole imprese assunti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 (che pure beneficiano solo della tutela risarcitoria forfetizzata, sia pure in misura ridotta⁸²⁶) a quella prevista

contratto a tutele crescenti. Profili critici, RIDL, 2015, I, 418-419; ID., *Il contratto cit.*, 32. Sulla medesima linea si pongono, tra i molti, V. SPEZIALE, *Il contratto cit.*, 139 ss., il quale ritiene che un giudizio di adeguatezza tra risarcimento e protezione contro il recesso possa essere formulato in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea, non rispetto all'art. 30 della Carta di Nizza, e ciò anche per l'impossibilità di far valere la violazione di questa norma dinanzi alla Corte di giustizia europea; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali cit.*, 22; F. SANTONI, *Il campo di applicazione cit.*, 375; M. CINELLI, «Salute» e «occupazione» nell'attuale quadro normativo del Jobs Act: alcune considerazioni, RIDL, 2015, I, 443; in forma più dubitativa, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, ADL, 2015, 326-327. Non ravvisa, invece, problemi di compatibilità fra la tutela risarcitoria e i menzionati artt. 24 e 30 C. CELENTANO, *La tutela cit.*, 408 ss.

⁸²⁶ Creando anche qualche effetto che (secondo i paradigmi sino a oggi utilizzati, ispirati all'incremento della tutela conseguente all'aumento delle dimensioni aziendali) appare paradossale perché, lungi dall'essere crescente, è innegabilmente "recessivo". Si pensi, ad esempio, al lavoratore assunto, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, da un datore di lavoro che occupi più di quindici dipendenti, ma senza raggiungere la soglia dimensionale di cui all'art. 18 St. lav.: costui, in caso di vizi formali del licenziamento (mancanza della motivazione), potrà invocarne l'inefficacia (art. 2, co. 3, l. n. 604/1966) e ottenere il ripristino del rapporto di lavoro (data l'inidoneità del licenziamento ad incidere sulla continuità del rapporto, e fatta salva la possibilità, per il datore di lavoro, di reiterare il licenziamento stesso) e il risarcimento del danno da determinarsi secondo le regole in materia di inadempimento delle obbligazioni (Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508), oppure, in caso di vizi procedurali per violazione dell'art. 7 (e per effetto della tradizionale attrazione del licenziamento disciplinare viziato nell'area dell'ingiustificatezza: Cass., S.U., 26 aprile 1994, n. 3965 e n. 3966, FI, 1994, I, 1708 ss., nt. G. AMOROSO; in precedenza v.: Cass. 29 novembre 1988, n. 6447; Cass. 1 febbraio 1992, n. 1037), potrà invocare la tutela obbligatoria ex art. 8 (alternativa fra riassunzione e risarcimento del danno, secondo il sistema della l. n. 604 del 1966: Cass. 5 ottobre 2006, n. 21412; Cass. 27 agosto 2003, n. 12579) e così, se ha un'anzianità superiore ai venti anni, ottenere una maggiorazione dell'indennità risarcitoria fino a 14 mensilità; ma se il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, viene a integrare il requisito occupazionale di cui all'art. 18, co. 8 e 9, St. lav., posto che il licenziamento di quel lavoratore, anche se assunto precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del decreto in esame (e, quindi, è efficace perché il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del recesso), escluso il ripristino del rapporto, la misura massima dell'indennità spettante non potrà superare le 12 mensilità (e ciò in virtù del combinato disposto di cui all'art. 1, co. 3, e all'art. 4, d.lgs. n. 23/2015).

Dunque, come si può notare, alla crescita dimensionale del datore di lavoro non solo non corrisponde una parallela crescita delle tutele per i lavoratori, conseguente (com'era tradizione) alla conquistata applicazione dell'art. 18; al contrario, a quella crescita può accompagnarsi una riduzione delle tutele, derivante dalla perdita della maggior protezione garantita dalla l. n. 604/1966 (in termini, appunto, vuoi di ripristino del rapporto, vuoi di più elevato beneficio economico) e dall'applicazione generalizzata del d.lgs. n. 23/2015: e ciò – come si può ben vedere – in chiara controtendenza e contraddizione (forse anche sul piano costituzionale, per contrasto con il principio di ragionevolezza desumibile dall'art. 3 Cost.) non solo con il sistema di protezione quale esso è stato sin qui costruito, ma anche con la stessa impostazione di tale decreto, che, comunque, conferma la logica della distinzione fra grandi e piccole imprese

per i lavoratori neo-assunti presso le imprese che si collocano sopra la soglia dimensionale⁸²⁷, dall'altro rappresenta una deviazione rispetto allo schema argomentativo che nel 2011 aveva indotto la Corte costituzionale a salvare la predeterminazione del risarcimento in caso di contratto a termine nullo.

Queste prime considerazioni introduttive conducono senza dubbio a rispondere affermativamente alla domanda circa l'astratta idoneità della nuova normativa a conseguire l'obiettivo di rendere maggiormente certo il costo del licenziamento. Questo, però, è l'effetto pressoché ineludibile che si ottiene ogniqualvolta si sterilizza o, comunque, si contiene la discrezionalità del giudice e, rompendo il connubio tra durata dell'inadempimento e misura del risarcimento, soprattutto si neutralizza la durata del processo, da un lato legando la misura del ristoro a un parametro certo perché insuscettibile di espandersi (tale è l'anzianità di servizio, che non è più incrementabile allorché si sia stabilito che il licenziamento, quand'anche illegittimo, risolve il rapporto di lavoro), e, dall'altro lato, apponendo tetti massimi al risarcimento, i quali impediscono che esso si estenda quantitativamente sino al momento in cui sarà effettivamente rimossa la lesione. Di contro, non può certo dirsi che quell'obiettivo verrà raggiunto nei casi in cui il risarcimento sia commisurato al periodo che intercorre tra il giorno del licenziamento e quello dell'effettiva reintegrazione (art. 2, co. 2, e art. 3, co. 2): anzi, a ben vedere, in questi casi il costo del licenziamento potrebbe essere più incerto rispetto al recente passato (e per tutti i lavoratori assunti sino al marzo del 2015, prima dell'arrivo del contratto a tutele crescenti) a causa della maggior lunghezza dei giudizi conseguente al venir meno di quell'argine⁸²⁸ rappresentato (almeno teoricamente, ché la prassi non sempre ha rispettato la tempistica ipotizzata dalla legge) dalle scansioni temporali del "rito Fornero".

2. Il "nuovo" parametro di determinazione del risarcimento: l'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto».

Minimo comune denominatore in tutte le ipotesi risarcitorie previste dal d.lgs. n. 23/2015, e tratto caratterizzante della nuova disciplina (potenzialmente foriero di conseguenze in buona parte ancora tutte da approfondire), è l'individuazione di un "nuovo" e «più elastico»⁸²⁹ parametro di determinazione del risarcimento, rappresentato dall'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto»⁸³⁰, e distinto dall'«ultima retribuzione globale di fatto»

(art. 9), riconoscendo ai lavoratori delle seconde un *quantum* risarcitorio inferiore ai lavoratori delle prime (il che non si verifica, invece, per il lavoratore del nostro esempio, il quale, per poter continuare a beneficiare della più ampia tutela offertagli dalla l. n. 604/1966, avrà interesse a che il suo datore di lavoro rimanga piccolo).

⁸²⁷ Sotto la soglia il ripristino del rapporto può aversi solo in caso di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale ex art. 2, non di licenziamento ingiustificato, stante l'inapplicabilità dell'art. 3, co. 2, disposta dall'art. 9, d.lgs. n. 23/2015.

⁸²⁸ Magari solo psicologico, data l'ordinarietà dei termini, ma, comunque, da non trascurare, se almeno si vuole dare un senso al comma 68 dell'art. 1, l. n. 92/2012.

⁸²⁹ Secondo la definizione di R. DE LUCA TAMAJO, *Art. 2 - Riassunzione o risarcimento del danno*, in *Legge 11 maggio 1990, n. 108 - Disciplina dei licenziamenti individuali*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO e D'ANTONA M., *NLCC*, 1991, 191, riferita al testo originario dell'art. 8, l. n. 604/1966.

⁸³⁰ Questo parametro è stato, poi, inserito anche nel d.lgs. n. 81/2015 per le ipotesi in cui la condanna al risarcimento dei danni si aggiunge rispettivamente alla trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato (art. 28, co. 2) e, in presenza di una somministrazione irregolare, all'accoglimento della domanda di costituzione del rapporto con l'utilizzatore (art. 39, co. 2).

Lo schema di decreto legislativo contenente «Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della l. 10 dicembre 2014, n. 183», approvato dal Consiglio dei ministri il 24 dicembre 2014, utilizzava, invece, la nozione

di cui al novellato art. 18 St. lav. (che nel 2012 aveva sostituito il precedente parametro della «retribuzione globale di fatto» senza altri aggettivi⁸³¹).

La vera novità, meritevole di qualche considerazione, è insita, però, più che nella diretta menzione del tfr (sotto questo profilo, infatti, potendo anche dirsi che il legislatore si è limitato a recuperare, aggiornandola, la versione originaria dell'art. 18, che, ai fini del calcolo del risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento inefficace o invalido, utilizzava la «mensilità di retribuzione, determinata secondo i criteri di cui all'art. 2121 del codice civile», cioè impiegava gli stessi criteri di computo dell'indennità di anzianità)⁸³², nell'indiretto effetto di trascinamento della relativa regolamentazione contenuta nell'art. 2120 c.c.⁸³³, essendo evidentemente necessario

di «retribuzione globale di fatto» per la quantificazione del risarcimento in caso di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale (art. 2, co. 2), nonché di «ultima retribuzione globale di fatto» ai fini della determinazione dell'indennità risarcitoria prevista per il licenziamento ingiustificato (art. 3, co. 2) e dell'indennità dovuta in caso di licenziamento affetto da vizi formali e procedurali (art. 4).

⁸³¹ La novità apportata all'art. 18 dalla l. n. 108/1990 era stata salutata con favore da chi aveva ritenuto che la nozione di retribuzione globale di fatto fosse preferibile a quella di retribuzione presa a base di computo del tfr perché in tal modo si evitava la tensione fra modello legale e modello contrattuale di retribuzione: in questi termini M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di F. CARINCI, I, Jovene, 1991, 150; e, di contro, era stata criticata da chi ne aveva lamentato i «confini incerti» e i «contenuti sicuramente ambigui» (P. FERRARI, *Sulla nozione di retribuzione globale di fatto nella nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, DL, 1991, I, 169).

Oggi ritengono, invece, migliore la scelta del parametro della retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr: V. FILI, *Tutela risarcitoria e indennitaria* cit., 187 e 193; G. TREGLIA, *Il calcolo delle indennità*, in *Jobs Act - Il contratto a tutele crescenti*, a cura di M.T. CARINCI - A. TURSI, Giappichelli, 2015, 215; L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, cit., 109, il quale evidenzia il minor costo per il datore di lavoro e la maggior chiarezza della nozione (in quanto di fonte legislativa o contrattuale collettiva) rispetto a quella di retribuzione globale di fatto (*contra*, invece, F. SCARPELLI, *Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele*, *wikilabour.it*, 9; e L. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione in caso di licenziamento*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, cit., 159); C. CESTER, *Le tutele*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, V, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato* a cura di E. GRAGNOLI, Wolters Kluwer - Cedam, 2017, 1126, il quale parla di «un saldo tendenzialmente positivo per la retribuzione legata al trattamento di fine rapporto, in linea di massima di importo maggiore». Critico nei confronti della scelta adottata, proprio perché foriera di maggiori incertezze, è, invece, A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, RIDL, 2015, I, 233-234, cui *adde* F. AMENDOLA, *L'offerta di conciliazione preventiva*, in *I licenziamenti nel contratto a tutele crescenti*, a cura di G. FERRARO, cit., 166.

Non appare chiara la posizione di chi (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*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 251/2015, 29-30) nega che vi sia differenza fra retribuzione come base di calcolo per il tfr e retribuzione globale di fatto perché la seconda viene spesso presa dalla giurisprudenza come base di calcolo della prima (o, meglio, perché le due nozioni sono usate come sinonimi, come ricorda M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, a cura di F. CARINCI - C. CESTER, ADAPT Labour Studies e-Book Series, 2015, n. 46, University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT, 121), e perché, *ex art. 18 St. lav.*, la retribuzione globale di fatto costituisce da sempre la base di calcolo del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo e il legislatore delegato non può innovare sul punto «in difetto di principio direttivo» (ciò che dovrebbe allora far supporre un vizio di costituzionalità per eccesso di delega): infatti, il d.lgs. n. 23/2015 non è intervenuto sull'art. 18, e nulla esclude che fattispecie identiche siano sanzionate, in momenti diversi, prendendo come riferimento basi di computo differenti.

⁸³² Il testo originario dell'art. 18, a sua volta, era parzialmente modellato sul primigenio testo dell'ultimo comma dell'art. 8, l. n. 604/1966, che pure utilizzava il parametro rappresentato dall'ultima (mensilità di) retribuzione «presa a base della determinazione dell'indennità di anzianità».

Il comma 1 dell'art. 2121 c.c. recitava: «Le indennità di cui agli articoli 2118 e 2120 devono calcolarsi computando le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili e ai prodotti e ogni altro compenso di carattere continuativo, con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese».

⁸³³ Il comma 3 dell'originario testo dell'art. 2120 c.c. non definiva l'indennità di anzianità, ma stabiliva che il relativo ammontare fosse «determinato dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità, in base all'ultima retribuzione ed in relazione alla categoria alla quale appartiene il prestatore di lavoro».

verificare quanto di quella norma è importabile nel contesto di una disciplina volta a sanzionare l'illegittima risoluzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Peraltro, prima di affrontare questa problematica è opportuno richiamare alcuni principi consolidati, utili innanzitutto al fine di cogliere le possibili conseguenze della scelta legislativa di introdurre un nuovo parametro di determinazione del risarcimento.

Com'è noto, la «retribuzione globale di fatto» è una nozione molto ampia, che comprende anche ogni elemento accessorio⁸³⁴ a carattere continuativo⁸³⁵ che si ricolleggi alle particolari modalità della prestazione in atto al momento del licenziamento (con esclusione dei soli compensi aventi natura indennitaria o di rimborso spese⁸³⁶, e, comunque, eventuali, occasionali o eccezionali⁸³⁷), e che (nella formulazione dell'art. 18 St. lav. anteriore alla novella apportata dalla legge Fornero) teneva conto di incrementi e automatismi retributivi successivi al licenziamento perché non conteneva la limitazione temporale insita nell'aggettivo «ultima» (già presente, invece, nell'art. 8, l. n. 604/1966 e introdotto nell'art. 18, appunto, solo dopo la modifica del 2012); essa corrisponde tendenzialmente alla retribuzione dovuta in virtù del rapporto di lavoro, cioè deve essere commisurata alla retribuzione che il lavoratore avrebbe percepito se avesse lavorato, ad eccezione di quei compensi legati non già all'effettiva presenza in servizio, ma solo eventuali e dei quali non vi è prova della percezione, nonché di quelli legati a particolari modalità di svolgimento della prestazione e aventi normalmente carattere occasionale o eccezionale o indennitario⁸³⁸.

Per quanto riguarda la base di computo del tfr, che qui viene principalmente in evidenza, essa è determinata dall'art. 2120, co. 2, c.c., secondo cui, «salvo diversa previsione dei contratti collettivi la retribuzione annua, ai fini del comma precedente [cioè, appunto, ai fini del calcolo del tfr], comprende tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese».

Se, dunque, nella versione dell'art. 18 St. lav. e dell'art. 8, l. n. 604/1966 successiva alle modifiche operate rispettivamente dagli artt. 1 e 2, co. 3, l. n. 108/1990, il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo utilizzava, come unità di misura, la «retribuzione globale di fatto», tradizionalmente intesa come media dei compensi percepiti dal lavoratore nell'ultimo periodo precedente il licenziamento⁸³⁹, il rinvio al diverso parametro indicato dal d.lgs. n. 23/2015 (e poi anche

⁸³⁴ V., però, Cass. 23 ottobre 2000, n. 13953, secondo cui, «ancorché nell'ipotesi di annullamento del licenziamento illegittimo ai sensi dell'art. 18 della l. n. 300 del 1970 la ricostituzione *de iure* del rapporto di lavoro comporti l'equiparazione della mera utilizzabilità delle energie lavorative del prestatore alla loro effettiva utilizzazione, la garanzia retributiva connessa alla continuità giuridica del rapporto stesso va riferita esclusivamente alla normale retribuzione da collegare al contenuto professionale delle mansioni e non comprende, invece, eventuali ulteriori compensi la cui corresponsione presupponga l'effettivo svolgimento della prestazione lavorativa».

⁸³⁵ Quindi anche la tredicesima e la quattordicesima mensilità: da ultimo v., ad esempio, Cass. 12 giugno 2012, n. 9575.

⁸³⁶ Giurisprudenza consolidata: v., da ultimo, Cass. 4 ottobre 2011, n. 20266.

⁸³⁷ Giurisprudenza costante: v., ad esempio, Cass. 5 giugno 2015, n. 11691.

⁸³⁸ Cass. 29 gennaio 2007, n. 1833, *LG*, 2007, 1029; Cass. 17 luglio 2015, n. 15066.

⁸³⁹ Cass. 1 febbraio 2003, n. 1520; Cass. 13 luglio 2000, n. 9307, *MGL*, 2001, 63, nt. M. PAPAIONI (riguardante un'ipotesi in cui il giudice di merito aveva valorizzato le retribuzioni risultanti dalle buste paga prodotte, relative agli ultimi quattro mesi prima del licenziamento, nel corso dei quali erano stati prestati orari complessivi molto differenziati); A. Torino 29 novembre 2001, *RCDL*, 2002, 197 (in una particolare vicenda in cui a un primo licenziamento, dichiarato inefficace, ne era seguito un secondo, intervenuto dopo il fallimento del datore di lavoro, la Corte torinese ha commisurato il risarcimento dei danni alla retribuzione globale di fatto maturata dal

dal d.lgs. n. 81/2015) trascina evidentemente con sé la disciplina di cui all'art. 2120 c.c., da ritenersi applicabile ora anche in quel differente contesto⁸⁴⁰, e soprattutto legittima pacificamente la difformità del costo del licenziamento illegittimo in funzione del diverso contratto collettivo applicato: il che, però, non deve sorprendere, posto che al contratto collettivo compete il governo della retribuzione (e quindi, in senso lato, del parametro risarcitorio / indennitario) qualunque sia la retribuzione di riferimento (sia essa, cioè, quella globale di fatto o quella utilizzata per il calcolo del tfr); e, d'altra parte, è sempre alla retribuzione contrattuale (cioè, contrattualmente dovuta) che la giurisprudenza di legittimità si riferisce quando interpreta il concetto di retribuzione globale di fatto (includendovi la retribuzione base e le varie indennità, pur sempre di fonte legale o contrattuale), sicché non è dato comprendere come possa ritenersi una novità (per di più biasimevole⁸⁴¹) la circostanza che la tutela economica del licenziamento illegittimo sia «“incerta” e variabile in ragione del contratto collettivo applicato», quando quella tutela, ove fondata su un parametro retributivo (qualunque esso sia), è per sua natura (e non solo a partire dal d.lgs. n. 23/2015, ma anche in precedenza) legata al contratto collettivo di riferimento.

Secondo la tradizionale elaborazione sviluppata in sede dottrinale e giurisprudenziale, si prenderà, perciò, come riferimento non la retribuzione effettivamente corrisposta, ma quella maturata ed esigibile, alla stregua del criterio di competenza e non di cassa, e utilizzando il principio di onnicomprensività⁸⁴². Quanto alla non occasionalità del titolo della dazione, l'emolumento andrà computato non in forza della frequenza o della periodicità dell'erogazione, ma sulla base della ragione che giustifica il compenso (il «titolo», appunto), dovendosi, quindi, escludere dalla base di calcolo le corrisposizioni che non dipendono causalmente dal rapporto di lavoro⁸⁴³, cioè che non sono legate a esso da una relazione di causalità diretta (l'occasionalità esprime, infatti, un nesso di causalità meramente indiretto)⁸⁴⁴. Per ciò che riguarda, poi, i compensi da computare o no nella base di calcolo del tfr quale unità di misura del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, sarà evidentemente utilizzabile l'ampia casistica giurisprudenziale elaborata ormai in più di un trentennio.

Sintetizzate nei suddetti termini le due nozioni, ai primi commentatori è parso che «la differenza tra i due istituti, che giustifica l'utilizzo di un diverso criterio da parte del legislatore», consista in ciò: che «la retribuzione globale di fatto è, come dice il termine, un elemento di fatto, cioè

dipendente dal momento del licenziamento fino al momento in cui possa presuntivamente considerarsi cessato lo stato di disoccupazione, periodo nella specie parametrato a un anno).

La determinazione della media delle retribuzioni costituisce un accertamento che deve essere compiuto dal giudice del merito e che non può essere sindacato in sede di legittimità, se non (almeno prima della novella dell'art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c.) per difetto di motivazione.

⁸⁴⁰ Ciò vale anche per le piccole imprese, per le quali il parametro di cui all'art. 8, l. n. 604/1966 («ultima retribuzione globale di fatto») viene ormai scalzato, per gli assunti con contratto a tutele crescenti, in forza dei rinvii operati dall'art. 9, co. 1, d.lgs. n. 23/2015.

⁸⁴¹ In tal senso L. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione* cit., 161.

⁸⁴² Cass. 1 ottobre 2012, n. 16636, *RCDL*, 2012, 1035.

⁸⁴³ A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1984, 57.

⁸⁴⁴ Giurisprudenza costante e pacifica, sintetizzabile nell'assunto (esemplificativamente desumibile, tra le molte e da ultimo, da Cass. 4 marzo 2016, n. 4286) secondo cui i compensi vanno esclusi dal calcolo solo in quanto sporadici e occasionali, per tali dovendosi intendere solo quelli collegati a ragioni aziendali del tutto imprevedibili e fortuite, mentre devono essere computati gli emolumenti riferiti ad eventi collegati al rapporto lavorativo o connessi alla particolare organizzazione del lavoro. In passato v. già Cass. 24 febbraio 1993, n. 2254, e ivi la lettura del concetto di “non occasionalità” non come «frequenza dell'erogazione», ma come «omogeneità del relativo titolo rispetto al normale svolgimento del rapporto di lavoro», con conseguente inclusione anche di indennità non continue, purché non occasionali.

comprende ogni elemento retributivo non continuativo che in concreto il datore di lavoro abbia versato al lavoratore a prescindere dalla qualificazione giuridica data dalle parti; non così il concetto di retribuzione ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, considerato che l'art. 2120, co. 2, fa salva ogni previsione contenuta nei contratti, così che le parti sociali potranno stabilire quali elementi retributivi inserire o meno nel calcolo del trattamento di fine rapporto (e adesso anche dell'indennità risarcitoria)⁸⁴⁵.

E, in effetti, la salvezza di diverse previsioni dei contratti collettivi in ordine alla determinazione della retribuzione da utilizzare come base di calcolo per il tfr⁸⁴⁶ è – per le ragioni che si diranno – l'aspetto veramente peculiare, che, una volta importato nel campo della determinazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, può comportare effetti forse imprevisi.

Com'è noto, ai sensi del co. 2 dell'art. 2120 c.c., quella salvezza è sempre stata intesa quale possibilità per la contrattazione collettiva di qualunque livello (quindi, anche aziendale) di derogare, in senso sia migliorativo che peggiorativo⁸⁴⁷, al principio di onnicomprensività cui si ispira la norma: ciò a patto che la deroga risulti in modo chiaro e non equivoco, cioè sia frutto di una volontà espressa (non essendo sufficiente la mera quantificazione di un elemento in termini tali da essere escluso dalla base di calcolo), e sia stabilita da contratti collettivi successivi all'entrata in vigore della riforma del 1982.

Appare, dunque, evidente che l'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», nel momento in cui viene impiegata quale parametro di commisurazione del risarcimento da licenziamento illegittimo, trascina con sé non solo i propri criteri identificativi che ne consentono la determinazione, ma (ancor più se si condivide il carattere dinamico del rinvio alla nozione *de qua*) conseguentemente anche i meccanismi di deroga eventualmente introdotti dalla contrattazione collettiva in virtù dell'*incipit* di cui al co. 2 dell'art. 2120.

3. Il rapporto tra le ipotesi risarcitorie previste dal d.lgs. n. 23/2015 e il meccanismo derogatorio di cui all'art. 8, co. 2, lett. c, d.l. n. 138/2011.

Vi è, però, un problema di cui è doveroso farsi carico: infatti, la deroga (che qui interessa ovviamente soprattutto nella sua veste peggiorativa) ai criteri di determinazione del risarcimento in caso di licenziamento illegittimo (indotta, quale effetto di rimbalzo, dal rinvio ai meccanismi di computo della retribuzione utile ai fini del calcolo del tfr), in realtà, non è una novità, ma era già ricavabile dalla previsione di cui all'art. 8, co. 2, lett. c, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148), che abilita i «contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più

⁸⁴⁵ G. MIMMO, *La disciplina cit.*, 12-13, il quale osserva che «un contratto potrebbe escludere dalla base di calcolo, per esempio, il c.d. superminimo, ovvero la quattordicesima mensilità, emolumenti che invece in ogni caso concorrerebbero a formare la retribuzione globale di fatto»; negli stessi termini M. LAVINIA BUCONI, *Tutele crescenti: il sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi secondo il D.Lgs. n. 23/2015*, LG, 2015, 996.

⁸⁴⁶ Per l'orientamento ministeriale in materia v. la risposta a interpello del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali n. 43/2008 del 3 ottobre 2008.

⁸⁴⁷ Cioè includendo elementi non computabili sulla base della nozione onnicomprensiva di cui all'art. 2120, co. 2, c.c., o escludendo elementi riconducibili a quella nozione: ad esempio, la contrattazione collettiva tende spesso a escludere voci quali le maggiorazioni per lavoro straordinario o festivo oppure le mensilità aggiuntive.

In giurisprudenza, ad esempio, v.: Cass. 19 dicembre 1986, n. 7755; Cass. 2 settembre 2008, n. 22060 (secondo cui l'art. 2120 c.c. consente alla contrattazione collettiva di considerare ai fini del tfr determinati tassativi emolumenti e non più tutte le somme corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non occasionale).

rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, compreso l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011», a realizzare «specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali», che possono riguardare «la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento», tra l'altro, alle «conseguenze del recesso del rapporto di lavoro, fatta eccezione per il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed il licenziamento in caso di adozione o affidamento»⁸⁴⁸.

È allora evidente che la novità indotta dall'applicazione dell'art. 2120, quale effetto dell'utilizzo di quel particolare parametro di determinazione della retribuzione, rischia di entrare in collisione con le previsioni di cui al menzionato art. 8 e obbliga innanzitutto a chiedersi se, nelle ipotesi di rapporti di lavoro instaurati con contratto a tutele crescenti, dato il diverso strumento utilizzabile in funzione derogatoria (qualunque contratto collettivo, ex art. 2120, co. 2, c.c.; solo le intese siglate a certe condizioni, sulla base di determinati contratti collettivi, ex art. 8), le conseguenze del licenziamento possano essere derogate esclusivamente ai sensi dell'art. 8 o anche in virtù dell'art. 2120, co. 2: il che – come ben si comprende – non significa unicamente individuare lo strumento abilitato alla deroga (l'art. 8, ad esempio, non menziona la contrattazione collettiva nazionale), ma anche interrogarsi circa l'ammissibilità di una deroga peggiorativa (o anche, evidentemente, migliorativa) "tacita", cioè collegata alla sola scelta di modificare i criteri di computo della retribuzione utilizzabile per il calcolo del tfr, e non anche alla volontà espressa di incidere sul *quantum* del risarcimento nelle ipotesi di licenziamento illegittimo⁸⁴⁹ (come verosimilmente accadrebbe, invece, nel caso di utilizzo delle intese di cui all'art. 8).

Ritengo che la risposta debba essere affermativa e che dunque, in presenza di un contratto a tutele crescenti, il meccanismo derogatorio di cui all'art. 8 debba considerarsi superato⁸⁵⁰ per effetto del rinvio al criterio dell'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» e, conseguentemente, alla norma che quel criterio disciplina: ciò per varie ragioni.

In primo luogo, non ravviso motivi né testuali, né sistematici per sostenere il contrario: è pur vero, infatti, che quanto ora affermato determinerebbe una sorta di doppio binario (peraltro, con il tempo, destinato a esaurirsi) tra rapporti di lavoro "ordinari" (in cui, essendo l'«ultima retribuzione globale di fatto» il parametro di determinazione del risarcimento, la deroga potrebbe essere disposta evidentemente solo dalle intese ex art. 8) e rapporti di lavoro sorti con contratto a tutele crescenti (in cui qualunque contratto collettivo avrebbe voce in capitolo); ma è altrettanto vero che questa difformità (che, comunque, conseguirebbe non alla semplice scelta legislativa,

⁸⁴⁸ Peraltro la Relazione svolta dal presidente della Commissione Lavoro del Senato Maurizio Sacconi nella seduta del 15 gennaio 2015 sullo schema di decreto sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, presentato dal Governo alle Camere, per il parere consultivo delle Commissioni competenti, il 13 gennaio (AG 134) evidenzia il «diffuso, anche se non sempre esplicito, impiego [dell'art. 8] nelle relazioni industriali locali per gli altri contenuti ma non per quanto riguarda l'art.18».

⁸⁴⁹ Nonché di violazione della normativa in tema di apposizione del termine o di somministrazione irregolare.

⁸⁵⁰ Ma sul significato di questo "superamento" v. *infra*.

ma alla volontà delle parti sociali, tradottasi concretamente in una deroga peggiorativa o migliorativa rispetto alla nozione codicistica di retribuzione di cui all'art. 2120, co. 2, c.c.) non sarebbe, in fondo, che uno dei tanti punti di differenziazione (e nemmeno il principale) tra le due discipline in ordine alle conseguenze del licenziamento illegittimo.

In secondo luogo, non potrebbe nemmeno sostenersi che il legislatore fosse inconsapevole quando, utilizzando il nuovo parametro di determinazione del risarcimento, di fatto ha implicitamente richiamato l'art. 2120 c.c.: il concetto di «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» ha il suo *habitat* naturale in quella norma e sarebbe incongruo immaginare che a quella norma (e al portato giurisprudenziale e dottrinale su di essa costruito) ci si debba riferire per costruire la nozione retributiva *de qua*, ma non per immaginare deroghe che quella stessa disposizione consente tramite il rinvio alla contrattazione collettiva.

In terzo luogo, è da rilevarsi che nulla impedisce che, in sede di contrattazione collettiva, si possa precisare che alcune eliminazioni (o inclusioni) di determinati emolumenti valgono solo ai fini della determinazione della retribuzione da utilizzare per il calcolo del tfr, e non anche per il calcolo del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo (trattandosi, in fondo, della stessa operazione che l'autonomia collettiva compie quando esclude un determinato compenso dalla base di calcolo di istituti di retribuzione indiretta⁸⁵¹): il che – come può ben comprendersi – significa che, nel caso dell'eliminazione di qualche voce (e, quindi, di compressione della base di calcolo retributiva), la norma può risultare, in realtà, meno negativa di quel che appare in prima battuta (purché ovviamente le parti sociali abbiano avuto l'accortezza di precisarlo nel contratto collettivo, limitando gli effetti insiti nella scelta normativa di utilizzare il concetto di «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» e specificando, ad esempio, che di un certo emolumento non si dovrà tener conto ai fini del tfr, mentre si dovrà tener conto sul piano risarcitorio).

A questo proposito, infatti, è bene precisare che l'automatismo che deriva da quella scelta significa che non è necessario che il contratto collettivo dica espressamente (e nemmeno – si potrebbe aggiungere – che sia consapevole) che l'esclusione di un emolumento dalla base retributiva ai fini del calcolo del tfr produrrà effetti anche sulla quantificazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo: questo sarà, appunto, un effetto automatico che deriva dal rinvio operato dalle norme del d.lgs. n. 23/2015 alla nozione di «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» (e conseguentemente alla norma che quella retribuzione disciplina, cioè all'art. 2120, co. 2, c.c.) e dalla salvezza della eventuale diversa previsione della contrattazione collettiva, ammessa dall'*incipit* di quella norma⁸⁵².

Proprio per questo motivo, però, deve ritenersi che quell'automatismo possa valere solo per le disposizioni in tema di tfr contenute nei contratti collettivi stipulati successivamente all'entrata

⁸⁵¹ Tra le molte v.: Cass. 3 novembre 2000, n. 14395; Cass. 23 luglio 1998, n. 7251, *NGL*, 1999, 48; Cass. 13 maggio 1998, n. 4836, *DL*, 1998, II, 512, nt. M. MOCELLA; Cass. 25 maggio 1991, n. 5942; Cass. 23 maggio 1990, n. 4635.

⁸⁵² In altre parole, l'automatismo insito nel descritto meccanismo di rinvio, per effetto della clausola di salvezza della contrattazione collettiva di cui all'art. 2120, co. 2, realizza il medesimo risultato derogatorio prodotto dalle intese di cui all'art. 8 in virtù di quanto previsto dal co. 2-*bis* della stessa norma.

in vigore del d.lgs. n. 23/2015⁸⁵³, non per i contratti collettivi previgenti⁸⁵⁴, e ciò in linea con quanto sostenuto in passato dalla dottrina⁸⁵⁵ e dalla giurisprudenza a proposito delle deroghe stabilite dalla contrattazione collettiva a cavallo della riforma del 1982⁸⁵⁶.

Una ragione mi pare decisiva in proposito: premesso che le deroghe attuali operano generalmente nel senso dell'esclusione di determinate voci (solitamente alcune maggiorazioni, ad esempio per lavoro straordinario o festivo) dalla retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr, e che, dunque, perseguono il fine di alleggerire il costo del lavoro (producendo un effetto favorevole per il datore di lavoro), risulterebbe distorsivo rispetto all'originaria intenzione delle parti sociali, e pure distonico rispetto al componimento di interessi da esse perseguito e realizzato in sede di contrattazione collettiva, un utilizzo non più circoscritto, ma allargato del prodotto di quella contrattazione, che andasse, cioè, retroattivamente al di là della finalità originaria, e ciò non a seguito di una rimeditazione dell'equilibrio dei contrapposti interessi (costruito evidentemente in relazione non solo alla singola clausola contrattuale, ma anche al testo negoziato nel suo complesso), bensì a causa dell'automatico recepimento delle conseguenze del rinvio tacitamente operato dal d.lgs. n. 23/2015 all'art. 2120 c.c. (e conseguentemente dell'ulteriore rinvio alla contrattazione collettiva) in un contesto (il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo) del tutto diverso da quello preso in considerazione dalle parti al momento della conclusione dell'accordo (l'individuazione della retribuzione ai fini del calcolo del tfr).

⁸⁵³ E, per i casi di violazione della normativa in tema di apposizione del termine o di somministrazione irregolare, del d.lgs. n. 81/2015.

⁸⁵⁴ In senso contrario: P. SORDI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, a cura di G. ZILIO GRANDI - M. BIASI, cit., 204-205; M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze* cit., 123-124, la quale, pur consapevole delle criticità derivanti dall'applicazione dei contratti collettivi antecedenti al d.lgs. n. 23/2015, ritiene insuperabile l'argomento fondato sulla unicità della base di calcolo del tfr: argomento che, però, non mi pare decisivo perché, secondo una lettura teleologica, di base di calcolo "unica" ha senso parlare quando essa viene impiegata per un unico scopo (perché unica è la destinazione che da essa viene servita), non quando se ne prevede l'utilizzo per finalità diverse da quelle per le quali è stata originariamente pensata. C. CESTER, *Le tutele*, cit., 1128, nt. 978, ritiene che la rilevanza dei contratti collettivi pregressi possa essere esclusa «solo applicando i principi (peraltro non del tutto affidabili) della presupposizione».

⁸⁵⁵ A. VALLEBONA, *Il trattamento* cit., 152-153, in linea con l'opinione di R. DE LUCA TAMAJO, *Le nuove liquidazioni: inquadramento sistematico e difficoltà applicative*, *Contr*, 1982, n. 5, 14.

⁸⁵⁶ V. Cass. 18 gennaio 1991, n. 431; Cass. 4 maggio 1994, n. 4301; Cass. 13 aprile 1994, n. 3447 (in motivazione v. ulteriori richiami giurisprudenziali); Cass. 24 dicembre 1997, n. 13043 e Cass. 24 ottobre 2012, n. 18207 (le quali precisano altresì che, ove i contratti successivi si richiamano a contratti collettivi previgenti che prevedevano detta deroga, è necessario che le clausole siano riformulate con l'espressa menzione della conoscenza della loro preesistente nullità); Cass. 13 gennaio 2010, n. 365, secondo cui ai fini del calcolo del tfr i criteri di quantificazione della retribuzione annua fissati dall'art. 2120 c.c. «possono essere derogati solo dalla normativa collettiva intervenuta successivamente all'entrata in vigore della norma di legge», rilevando che «tale deroga non può essere effettuata mediante il richiamo a norme pattizie previgenti» perché «la reviviscenza di dette clausole contrattuali nulle [nulle, ovviamente, ex art. 4, l. n. 297/1982] può derivare (come già sostenuto da Cass. 24 giugno 1995, n. 7185) solo da una «manifestazione di volontà delle parti contraenti che evidenzia una previsione diversa, rispetto a quella legale, circa il criterio specifico per l'individuazione della base di computo del trattamento di fine rapporto» (ad esempio, Cass. 5 maggio 2000, n. 5624 richiede la riformulazione delle clausole derogatorie di contratti previgenti con l'esplicita menzione della conoscenza della preesistente nullità).

Del resto, anche la deroga al principio della onnicomprensività della retribuzione agli effetti della determinazione del tfr, operata dalla contrattazione collettiva, seppur può risultare da «modalità indirette», cioè senza l'utilizzazione di formule speciali o espressamente derogatorie (Cass. 13 gennaio 2010, n. 365; sul punto *contra*, però, Cass. 6 febbraio 2008, n. 2781, in adesione a Cass. 18 settembre 2007, n. 19350), necessita comunque di una «volontà chiara» e univoca, in quanto le relazioni sindacali, così come i rapporti negoziali, devono ispirarsi al rispetto del principio di correttezza e buona fede: Cass. 23 marzo 2012, n. 4708; Cass. 27 dicembre 2011, n. 28881, *RCDL*, 2012, 245; Cass. 15 marzo 2010, n. 6204; Cass. 30 agosto 2007, n. 18289; Cass. 5 novembre 2003, n. 16618; Cass. 8 gennaio 2003, n. 96, *NGL*, 2003, 389; Cass. 23 marzo 2001, n. 4251.

In altre parole, si vuol dire che se, in un contratto collettivo sottoscritto prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015⁸⁵⁷, le parti sociali hanno eliminato una certa voce dalla retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr, così intendendo evidentemente agevolare il datore di lavoro sul versante del costo del lavoro, non si può utilizzare quell'esclusione per esportare automaticamente quel *benefit* anche sul fronte del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo perché in questo modo si determinerebbe una penalizzazione per il lavoratore, di cui le parti non avevano tenuto conto al momento della stipulazione dell'originaria pattuizione collettiva⁸⁵⁸. E naturalmente ad analoga conclusione deve giungersi anche nel caso in cui il contratto collettivo includa determinate voci nella retribuzione da utilizzare ai fini del calcolo del tfr: anche qui, cioè, l'automatismo (in questa ipotesi, a beneficio del lavoratore) potrà valere solo per i contratti collettivi successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 (o del d.lgs. n. 81/2015), non per quelli precedenti (e ciò nonostante la possibile suggestione indotta dall'art. 12, l. n. 604/1966, che – com'è noto – fa «salve le disposizioni di contratti collettivi e accordi sindacali che contengano, per la materia disciplinata dalla presente legge, condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro», essendo evidente che in quel contesto la clausola di salvezza delle più favorevoli previsioni contrattuali collettive pregresse si giustifica proprio in virtù dell'espressa previsione legislativa, è, comunque, circoscritta alla materia oggetto della l. n. 604/1966⁸⁵⁹, ed è spiegabile, appunto in quell'ambito, alla luce della specificità del contenuto delle clausole collettive salvate, riguardanti proprio la materia dei licenziamenti).

Né mi pare che alla soluzione proposta possa opporsi il diverso contesto rappresentato dalla l. n. 297/1982, che si caratterizza per la presenza di specifiche disposizioni transitorie (si pensi ai commi 11 e 12 dell'art. 4) volte a governare il transito alla disciplina del tfr con il meccanismo della sostituzione di diritto delle clausole dei contratti collettivi che regolano la materia (disposizioni assenti, invece, nei decreti attuativi del c.d. *Jobs Act* che qui rilevano), posto che la *ratio* della resistenza a un utilizzo dinamico della contrattazione collettiva pregressa, quasi “allora per ora” (difficilmente sostenibile, in virtù del co. 1 dell'art. 1362 c.c., pena l'artificioso rimpinguamento della comune intenzione delle parti), è identica in entrambe le ipotesi (trattandosi di evitare, all'epoca, la inconsapevole «riduzione della liquidazione del tfr in virtù di mero richiamo a contratti collettivi precedenti»⁸⁶⁰, e oggi la altrettanto inconsapevole modifica dei parametri risarcitori).

Ciò precisato, la nuova normativa suggerisce ancora qualche altra considerazione.

Si è detto in precedenza che, a fronte di un contratto a tutele crescenti, il meccanismo derogatorio di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011 deve intendersi superato per effetto del rinvio al criterio dell'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» e, quindi,

⁸⁵⁷ Analogo discorso vale, per i profili ivi previsti, con riferimento ai contratti collettivi anteriori all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015.

⁸⁵⁸ In questi termini anche A. GARILLI, *Nuova disciplina* cit., 232, pur nel contesto di una lettura della norma che pare auspicare che il rinvio alla retribuzione utile per il calcolo del tfr debba intendersi riferito esclusivamente alla nozione legale e non a quella contrattuale; manifesta dubbi circa la nozione di retribuzione di riferimento (se, cioè, legale o contrattuale) F. AMENDOLA, *L'offerta* cit., 166.

⁸⁵⁹ Si che una sua applicazione anche ai lavoratori dipendenti da datori di lavoro che impiegano più di 15 dipendenti dovrebbe passare per un'ardua estensione analogica *in bonam partem*.

⁸⁶⁰ Solitamente si trattava di ipotesi in cui le cui clausole, che pur avrebbero consentito deroghe al principio dell'onnicomprendività, non erano state applicate nella vigenza della preesistente disciplina perché nulle, ma potevano risultare applicabili con la nuova disciplina in conseguenza della prevista derogabilità di quel principio.

all'art. 2120 c.c.: ora, è bene precisare che quel superamento deve essere inteso nel senso di ammettere una diversa quantificazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo come semplice conseguenza automatica della scelta, adottata in sede collettiva, di determinare in un certo modo la retribuzione utilizzabile ai fini del calcolo del tfr (senza, cioè, che sia necessario ricorrere obbligatoriamente alle intese di cui all'art. 8), non nel senso di escludere aprioristicamente la possibilità di utilizzare le intese ex art. 8 in caso di contratto a tutele crescenti⁸⁶¹, cioè di far tornare in gioco quel particolare meccanismo con l'assenso delle parti sociali; d'altra parte, esse possono avere interesse a utilizzare, comunque, la strumentazione offerta dall'art. 8 perché le intese ivi previste hanno efficacia *erga omnes*, a differenza della contrattazione collettiva ex art. 2120, co. 2, il cui ambito di applicazione è disciplinato, invece, in base alle tradizionali regole di determinazione dell'efficacia soggettiva delle fonti collettive.

A ciò si aggiunga che la scelta di sterilizzare l'automatismo indotto dalla salvezza delle eventuali previsioni derogatorie della contrattazione collettiva, legittimate dall'art. 2120, co. 2, c.c., potrebbe essere giustificata anche da un ulteriore rilievo⁸⁶²: dalla constatazione, cioè, che, con specifico riferimento alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, le intese derogatorie ex art. 8 incontrano, comunque, dei limiti in caso di licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, di licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, di licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore, e di licenziamento in caso di adozione o affidamento (limiti che, nel caso di specie, dovrebbero implicare evidentemente anche l'impossibilità di derogare peggiorativamente ai criteri di quantificazione del danno da licenziamento illegittimo, individuando, per via contrattuale collettiva, una base di calcolo retributiva diversa, e inferiore, rispetto a quella desumibile dalla norma codicistica). Di contro, nulla impedirebbe ai contratti collettivi abilitati alla deroga ex art. 2120, co. 2, di stabilire un differente criterio di individuazione dell'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» (e, quindi, per effetto del descritto automatismo, di determinazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo), che, se generalizzato, varrebbe anche nelle suddette ipotesi di licenziamento. Perciò, ferma restando naturalmente la possibilità di concordare l'introduzione di quelle limitazioni in qualunque sede contrattuale collettiva (anche estranea alle intese), l'utilizzo dell'art. 8 potrebbe rispondere semplicemente alla volontà di garantire la preservazione di quelle eccezioni.

Va da sé che, in ogni caso, se delle conseguenze economiche del licenziamento si occupassero tanto le intese derogatorie ex art. 8, quanto una qualche fonte collettiva ex art. 2120, co. 2 (quest'ultima anche indirettamente, cioè semplicemente mediante l'introduzione di una diversa modalità di determinazione della retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr), le previsioni contenute nelle intese prevarrebbero in virtù di quanto disposto dal comma 2-*bis* dell'art. 8,

⁸⁶¹ Sull'attuale sopravvivenza dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, peraltro sotto diversi profili, v. G. SANTORO PASSARELLI, *Il contratto aziendale in deroga*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 254/2015, 15 ss.

⁸⁶² Contrariamente all'opinione espressa da M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze* cit., 124 (cui aderisce P. SORDI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 205), ritengo, perciò, che nulla impedisca alla contrattazione collettiva (non solo ex art. 8, co. 2, lett. c, d.l. n. 138/2011: così invece, cautamente, M.G. MATTAROLO, *op. ult. cit.*, 125 e 131, e C. CESTER, *Le tutele*, cit., 1128) di elaborare una nozione di tfr specificamente utilizzabile ai soli fini della determinazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, da violazione della normativa in tema di contratto a termine o da somministrazione irregolare: o, meglio, di prevedere che determinate voci dovranno essere escluse dalla (o incluse nella) sola nozione di tfr da impiegare ai sensi delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 23/2015 e/o al d.lgs. n. 81/2015.

secondo cui, «fermo restando il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro, le specifiche intese di cui al comma 1 operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate dal comma 2 ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro».

La scelta del nuovo parametro di determinazione del risarcimento, con il conseguente implicito richiamo dell'art. 2120, consente, poi, anche di semplificare il quadro e di ricomporre la distinzione che una parte della dottrina ha elaborato in relazione all'art. 8, teorizzando che le intese derogatorie possano riguardare soltanto le conseguenze del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo⁸⁶³, e non anche per ragioni soggettive. È evidente, infatti, che la deroga al parametro risarcitorio ricavabile mediante il rinvio all'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», attuata dalla contrattazione collettiva ex art. 2120, non essendo in alcun modo influenzata *a priori* dalla motivazione del recesso, può certamente valere anche per il licenziamento disciplinare, ferma restando naturalmente la possibilità per le parti sociali di derogare in maniera diversificata quel parametro a seconda delle diverse tipologie di licenziamento.

4. Il problema dell'individuazione dell'«ultima retribuzione».

Una riflessione finale, anch'essa trasversale a tutte le ipotesi di illegittimità del licenziamento, deve essere dedicata all'individuazione dell'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», che, previa mensilizzazione, funge poi da unità di misura del risarcimento.

In proposito è evidente che la scelta legislativa, in quanto omogenea rispetto sia all'art. 8, l. n. 604/1966 che all'art. 18 St. lav. (nel testo successivo alle modifiche del 2012), deve essere intesa innanzitutto nel senso di escludere la cosiddetta retribuzione *in progress*⁸⁶⁴, cioè la possibilità di tener conto delle variazioni della retribuzione successive al licenziamento⁸⁶⁵: si tratta

⁸⁶³ Cioè il licenziamento intimato «per quelle stesse ragioni inerenti l'organizzazione e la produzione cui il comma 2 dell'art. 8 si riferisce, a loro volta riconducibili o alle “ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa” di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966, ovvero, ai casi di “riduzione o trasformazione di attività o lavoro” (art. 24 della l. n. 223/1991)»: così C. CESTER, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, in Contrattazione in deroga - Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, a cura di F. CARINCI, Milano, 2012, 409-410.

⁸⁶⁴ Per la necessità di determinare la retribuzione globale di fatto solo con riferimento al periodo intercorrente dalla data del licenziamento sino a quello della reintegrazione per opera dell'accertamento del giudice, e l'impossibilità di commisurare il risarcimento del danno correlato alle retribuzioni perdute per il periodo successivo alla scadenza del suddetto periodo, v. (in relazione all'art. 18 St. lav. nel testo anteriore alle modifiche del 2012) Cass. 10 febbraio 2014, n. 2887.

⁸⁶⁵ Sulla necessità di includere nella retribuzione globale di fatto spettante al lavoratore al tempo del licenziamento, in relazione alla natura risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore in seguito all'illegittimo licenziamento, anche gli aggiornamenti delle retribuzioni medesime che, di detta natura, costituiscono espressione, v. Cass. 22 settembre 2011, n. 19285.

Sul significato dell'aggettivo «ultima» v. M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, in *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91*, a cura di F. CARINCI, cit., 192, il quale osserva che esso identifica la retribuzione percepita prima della cessazione del rapporto, dovendosi escludere la retribuzione spettante e attuale. Con riferimento all'art. 18 St. lav. v. C. CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012)*, a cura di F. CARINCI - M. MISCIONE, Supplemento a *DPL* n. 33 del 15 settembre 2012, 34: «la retribuzione che va presa a parametro per la determinazione dell'indennità risarcitoria (...) ora è l'ultima, cioè riferita al rapporto come cristallizzato al momento del licenziamento, senza considerare la sua possibile evoluzione (interessi e rivalutazione a parte)» (v. anche ID., *I quattro regimi sanzionatori del*

evidentemente di una scelta che si pone sulla scia dell'ultima novella dell'art. 18, e che si inquadra in una logica di mero contenimento dei costi del licenziamento; essa, infatti, è coerente e spiegabile nelle ipotesi di tutela obbligatoria ex art. 8, l. n. 604/1966 e nei casi in cui, ex art. 18 St. lav., il giudice, pur in presenza di licenziamento viziato, dichiara «risolto» retroattivamente il rapporto di lavoro (o, in caso di contratto a tutele crescenti, lo dichiara «estinto»), mentre appare meno giustificabile, sul piano sistematico, nelle ipotesi di tutela reale, in cui è previsto che si debba tener conto delle vicende successive al licenziamento che possono ridurre il *quantum* del risarcimento (si pensi all'*aliunde perceptum* ex art. 2, co. 2, nonché all'*aliunde perceptum* e *percipiendum* ex art. 3, co. 2), ma distonicamente (proprio a causa dell'aggettivo «ultima») non di quelle che lo possono aumentare⁸⁶⁶.

Maggiori incertezze suscita, invece, l'individuazione «cronologica» della nozione in esame, cioè della barriera temporale che possa definirsi «ultima»⁸⁶⁷, non essendovi in proposito alcuno specifico supporto normativo analogo, ad esempio, a quello che si rinviene nel co. 2 dell'art. 2121 in tema di computo dell'indennità di mancato preavviso («media degli emolumenti degli ultimi tre anni di servizio o del minor tempo di servizio prestato»)⁸⁶⁸.

In proposito, ragionando ancora su un testo provvisorio del decreto (che faceva riferimento al concetto di «ultima retribuzione globale di fatto»), e riscontrata una mancanza di chiarezza del «riferimento temporale da considerare», si era osservato che esso «potrebbe essere la retribuzione dell'«ultimo» mese o dell'«ultimo» anno»⁸⁶⁹.

In effetti, il dubbio permane anche con il nuovo parametro di determinazione del risarcimento perché, considerata l'usuale impostazione delle buste paga (che generalmente presentano un rigo o un riquadro dedicato alla «retribuzione tfr» su base mensile, e talvolta anche su base annuale), l'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», da intendersi allora come l'ultima retribuzione mensile sulla base della quale è stato calcolato il periodico accantonamento del tfr, può ben essere agevolmente ricavabile in via documentale. Né sarebbe, comunque, ipotizzabile un danno per il lavoratore nel caso di prestazione inframensile, posto che «l'ultima retribuzione non può che essere quella dell'intera (teorica, se del caso) mensilità, cui la frazione di retribuzione percepita va rapportata»⁸⁷⁰.

licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. CESTER, cit., 61).

⁸⁶⁶ Va da sé, peraltro, che quell'aggettivo costituisce argine anche a eventuali modifiche peggiorative della retribuzione.

⁸⁶⁷ Con riferimento all'art. 2120 c.c., Cass. 19 dicembre 1986, n. 7755 esclude che l'espressione debba essere intesa «in senso strettamente cronologico», e ciò per evitare iniquità quali l'esclusione di un compenso «per mera occasionalità non compreso e non dovuto nell'ultima paga» o l'inclusione di «un compenso finale insolitamente elevato».

⁸⁶⁸ Si rammenta che, anteriormente alla modifica dell'art. 2121 c.c. apportata dall'art. 1, l. n. 297/1982, anche l'indennità di anzianità era determinata nello stesso modo.

⁸⁶⁹ P. ICHINO, *Domande e risposte sul contratto a tutele crescenti - Un primo manuale operativo sulla nuova disciplina dei licenziamenti e degli incentivi all'assunzione a tempo indeterminato*, www.pietroichino.it/?p=34154 (v. la risposta sub 4.2. *Retribuzione di riferimento*).

⁸⁷⁰ In questi termini C. CESTER, *Le tutele*, cit., 791, nt. 154, in replica ai dubbi espressi da A. NICCOLAI, *Art. 8. - Le sanzioni per il licenziamento illegittimo nell'ambito della tutela obbligatoria*, in *I licenziamenti - Commentario*, a cura di O. MAZZOTTA, 2ª ed., Giuffrè, 1999, 521.

È evidente, peraltro, che questa soluzione (che valorizza un dato eminentemente statistico presente nella busta paga⁸⁷¹) riproporrebbe gli stessi problemi suscitati dalla modifica apportata all'art. 8, l. n. 604/1966 dall'art. 2, l. n. 108/1990, allorché al parametro utilizzato a fini risarcitori, rappresentato dalla «retribuzione globale di fatto», venne aggiunto l'aggettivo «ultima». In proposito, alla tesi volta semplicemente a rimarcare come quella connotazione temporale dovesse non solo essere intesa come confermativa dell'estinzione del rapporto, ma anche utilizzata ai fini dell'individuazione della base di computo del *quantum* risarcitorio, pur nella consapevolezza delle inevitabili storture irragionevolmente premiali o punitive che essa avrebbe comportato nel caso in cui il lavoratore, nell'ultimo mese, avesse ricevuto rispettivamente un aumento o una decurtazione della retribuzione⁸⁷², si erano affiancate opzioni interpretative che, seppur agganciate al dato testuale⁸⁷³, non avevano mancato di dolersi della scelta legislativa (proprio perché ritenuta invalicabile) e di evidenziare che sarebbe stato più opportuno utilizzare come parametro di riferimento a fini risarcitori non una retribuzione puntuale, ma una media delle retribuzioni percepite dal lavoratore entro un certo arco di tempo⁸⁷⁴.

Peraltro, quell'esigenza di giustizia sostanziale che già nel 1990 stava alla base di questo auspicio può – a ben vedere – essere comunque perseguita accentuando, ai fini che qui interessano, il collegamento tra i commi 1 e 2 dell'art. 2120 c.c. e considerando che il calcolo del tfr si effettua sommando una o più quote determinate su base annua («per ciascun anno di servizio»), con riduzione proporzionale per le frazioni di anno. In questo senso il parametro dell'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» potrebbe, perciò, essere determinato prendendo come base non la retribuzione dell'ultimo mese, ma l'importo della retribuzione dovuta per l'ultimo anno di servizio o, nel caso in cui il rapporto venga a cessare in corso d'anno, della retribuzione corrisposta dall'inizio dell'anno e sino al momento del licenziamento.

Naturalmente è doveroso evidenziare che nemmeno questa opzione eliminerebbe in radice eventuali distorsioni nel calcolo della mensilità, che rimarrebbe tanto più esposta al rischio di ingiustificati aumenti o diminuzioni, quanto più breve è la frazione d'anno da prendere in considerazione. Un ulteriore rimedio potrebbe, perciò, consistere nel considerare l'«anno di servizio» in senso solare e non legale, estendendo così la base di riferimento comunque agli ultimi dodici mesi, sia pur distribuiti in due anni diversi (o, nei rapporti di durata infrannuale, a tutti i mesi di servizio, pur se distribuiti in anni diversi)⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ Non a caso G. FERRARO, *Art. 1 - Reintegrazione*, in *I licenziamenti individuali - Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108*, a cura di G. FERRARO, ESI, 1990, 59, a proposito dell'originario testo dell'art. 18 faceva riferimento all'«ultimo statino paga percepito dal lavoratore prima del licenziamento»; conf. M. MISCIONE, *La nuova tutela* cit., 213.

⁸⁷² R. DE LUCA TAMAJO, *Art. 2 - Riassunzione o risarcimento del danno*, cit., 191; conf. M. MISCIONE, *La nuova tutela* cit., 211.

⁸⁷³ Per un'indicazione in tale senso v., ad esempio, P. Milano 30 aprile 1981, *OGL*, 1981, 763, ove l'«ultima retribuzione» è identificata con «quella percepita alla data del licenziamento».

⁸⁷⁴ Così A. NICCOLAI, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁷⁵ Naturalmente questa soluzione (sostenuta da Studi «Legalilavoro», *Il decreto sul contratto a tutele crescenti: cosa dice, a chi si applica, quali effetti produce*, in *Guida al Jobs Act, i Quaderni di wikilabour*, a cura di M. FEZZI - F. SCARPELLI, 2015, n. 2, 50, e non condivisa da M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze* cit., 125) implicherebbe un ulteriore allontanamento dallo schema dell'art. 2120 c.c., che individua nel 31 dicembre di ogni anno la data spartiacque ai fini della rivalutazione del tfr e quindi, a monte, della determinazione della relativa quota e, ancor più a ritroso, della retribuzione di riferimento; ma al tempo stesso consentirebbe di evitare che il lavoratore con più anni di servizio, licenziato, ad esempio, nel mese di gennaio, veda determinata la mensilità da utilizzare a fini risarcitori solo in relazione all'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», appunto, del mese di gennaio (unico mese di servizio dell'anno in cui è cessato il rapporto), che potrebbe essere, per ragioni imprevedibili, molto più alta o più bassa di quella mediamente ricevuta.

Qualora si intenda seguire la soluzione della determinazione della retribuzione sulla base della media dei compensi relativi a un determinato periodo⁸⁷⁶ (e non della retribuzione dell'ultimo mese), a questo punto, però, l'utilizzabilità del comma 1 dell'art. 2120 c.c. dovrebbe arrestarsi perché il calcolo dell'unità di misura del risarcimento (cioè della «mensilità») non potrebbe essere effettuato applicando il divisore 13,5⁸⁷⁷: quel meccanismo e quel divisore, infatti, sono funzionali al computo della quota di tfr da accantonare, mentre qui si tratta di stabilire un'altra entità (appunto, la «mensilità») e, pertanto, il divisore dovrebbe essere coerente con le modalità di determinazione della «retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», la quale rappresenta un *quid* che precede il computo della quota di tfr periodicamente accantonabile ed è ragguagliata su base annua (fatta salva l'eventuale riduzione proporzionale per le frazioni d'anno). In altre parole, secondo questa opzione interpretativa, l'importo della retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr dovrebbe essere diviso per 12, trattandosi di divisore che tiene conto del fatto che la piattaforma di riferimento per la determinazione dell'importo della retribuzione dovuta ai fini del tfr è l'«anno di servizio», cioè è costruita su base annua.

Nel caso di rapporto pluriennale (o, comunque, durato più di dodici mesi) e cessato in corso d'anno, la scelta del divisore sarebbe evidentemente influenzata dalla modalità di determinazione dell'anno di servizio, se, cioè, solare o legale: nel primo caso, sarebbe sempre utilizzabile il divisore 12 (perché gli ultimi dodici mesi del rapporto potrebbero essere spalmati su due anni diversi), mentre nel secondo caso, data la necessità di fare la media delle retribuzioni dei mesi del solo ultimo anno, il divisore dovrebbe essere adeguatamente riproporzionato al ribasso, cioè correlato proporzionalmente al numero inferiore di mesi: soluzione, questa, ovviamente obbligata in caso di assunzione e cessazione in corso d'anno⁸⁷⁸.

Del resto, questa scelta interpretativa sterilizzerebbe in parte il problema del calcolo delle frazioni di mese inferiori a 15 giorni⁸⁷⁹ perché consentirebbe di modulare il divisore, a sua volta parcellizzando corrispondentemente, e determinandone un aumento correlato alla relativa frazione: ad esempio, il computo della retribuzione per un periodo di dieci giorni comporterebbe un incremento del divisore pari a 0,33 (di cinque giorni, un incremento pari 0,165, e così via)⁸⁸⁰.

⁸⁷⁶ Se si dà credito alle misteriose bozze che hanno preceduto il d.p.c.m. 20 febbraio 2015, n. 29 in tema di liquidazione del tfr come parte integrante della retribuzione (il cosiddetto tfr in busta paga, o Qu.I.R.), e di cui hanno dato conto alcune cronache giornalistiche (D. COLOMBO, *Tfr in busta con doppio assenso Inps, Il Sole 24 Ore* del 13 febbraio 2015, 37), in caso di aziende con meno di 50 dipendenti, interessate a chiedere la certificazione delle informazioni necessarie per l'utilizzo del finanziamento bancario assistito dalla garanzia dello Stato, a fronte della comunicazione all'INPS degli identificativi dei dipendenti che hanno fatto domanda, l'Istituto avrebbe dovuto certificare «l'importo della retribuzione imponibile utile al calcolo del Tfr utilizzando il Durc sulla base dei periodi di paga dei 15 mesi precedenti la domanda stessa».

⁸⁷⁷ In questo senso anche C. CESTER, *Le tutele*, cit., 1128. In senso opposto, invece, L. FIORILLO, *La tutela* cit., 110.

⁸⁷⁸ In via esemplificativa il divisore sarebbe, perciò, pari a 12 in caso di computo della retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr per l'intero anno o per dodici mesi continuativi, sebbene collocati a cavallo di due anni; mentre sarebbe inferiore a 12 in caso di computo della medesima retribuzione per una frazione d'anno.

⁸⁷⁹ Secondo Cass. 25 settembre 2002, n. 13934 (*RIDL*, 2003, II, 320, nt. adesiva E.M. Rossi, e *OGL*, 2002, I, 871, nt. L. BOSSOTTO), in consapevole dissenso rispetto a Cass. 27 aprile 1987, n. 4057, «l'art. 2120 c.c. (...), nel prevedere che il trattamento di fine rapporto è dovuto "in ogni caso" di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, fissa il principio dell'arrotondamento al mese delle frazioni di mese uguali o superiori ai quindici giorni, ma non quello della irrilevanza delle frazioni di mese inferiori a quindici giorni».

⁸⁸⁰ Se si aderisce al principio formulato da Cass. n. 13934/2002, per le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni vale, invece, il principio del computo come mese intero, cioè del "completamento" della quota di retribuzione ricevuta dal lavoratore con la parte di retribuzione che egli avrebbe virtualmente percepito per i successivi giorni del mese non lavorati.

5. Breve nota conclusiva.

La scorsa estate il sistema di tutele apprestato nel 2015 contro i licenziamenti illegittimi è stato sottoposto al vaglio del Giudice delle leggi: infatti, il Tribunale di Roma ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, co. 7, lett. c, l. n. 183/2014 e degli artt. 2, 3, e 4, d.lgs. n. 23/2015⁸⁸¹, per contrasto con gli artt. 3, 4, 76 e 117, co. 1, Cost., letti autonomamente e anche in correlazione fra loro⁸⁸². Sebbene l'ordinanza non interferisca con i problemi affrontati nei paragrafi precedenti (se non nella misura in cui, erigendo il novellato art. 18 St. lav. a congruo termine di comparazione, e così), di fatto, legittimandolo, provochi, in caso di declaratoria di incostituzionalità, anche la riesumazione del parametro dell'ultima retribuzione globale di fatto⁸⁸³ e la conseguente divaricazione tra i criteri di determinazione del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo e quelli da violazione della normativa in tema di contratto a termine o da somministrazione irregolare), né censuri la disciplina del contratto a tutele crescenti per aver scelto il diverso criterio dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del tfr, è, comunque, opportuno prendere concisamente posizione su di essa, naturalmente nei ristretti limiti di una riflessione focalizzata esclusivamente sul nuovo parametro di determinazione del danno.

Innanzitutto deve ritenersi che la Corte non possa entrare nel merito e, valutata la presenza di una mera «pseudo-motivazione», considerare «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore» ai fini dell'applicazione dell'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 (con conseguente reintegrazione del lavoratore)⁸⁸⁴ perché questa è norma che vale solo nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, mentre nella vicenda da cui è scaturita la questione di costituzionalità si discute di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo; né dovrebbe occuparsi della costituzionalità dell'art. 4 perché è disposizione che, sebbene sottoposta al vaglio di legittimità, non è rilevante ai fini della decisione,

⁸⁸¹ Il testo originario dell'ordinanza, poi corretta con ordinanza del 2 agosto 2017 (NGL, 2017, 581), censurava l'art. 10 e non menzionava l'art. 3.

⁸⁸² Trib. Roma 26 luglio 2017 (ord.), LG, 2015, 897, nt. F. CARINCI, il quale, esclusa l'ipotesi di una sentenza demolitoria del contratto a tutele crescenti, ipotizza solo un monito al legislatore «a prendere atto che la strada della riduzione accentuata delle tutele in caso di licenziamento ingiustificato non è tale da favorire l'affermazione del contratto a tempo indeterminato come contratto comune». Tra quanti hanno sinora preso posizione su tale ordinanza v.: A. VALLEBONA, *Licenziamento ingiustificato e indennità crescente: questione di costituzionalità*, MGL, 2017, 582 ss. (che propende per la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015, per violazione dell'art. 3 Cost., «nella parte in cui non raggiunge le 12 mensilità, cioè per i lavoratori che hanno un'anzianità di servizio inferiore a 6 anni», e conseguentemente anche dell'art. 10 dello stesso decreto); V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, RGL, 2017, 333 ss., e A. PERULLI, *Una questione di "valore". Il Jobs Act alla prova di costituzionalità*, Working Paper Adapt, n. 15, 2017, entrambi ampiamente favorevoli alla declaratoria di incostituzionalità; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del "Jobs act"*, ADL, 2017, 1039 ss. (critico nei confronti delle censure di incostituzionalità). Sulla questione v. anche i seguenti scritti (tutti reperibili sul sito www.pietroichino.it): *L'indennità di licenziamento nei paesi europei maggiori* (nota elaborata da Filippo Teoldi per la Presidenza del Consiglio); P. ICHINO, *Domande e risposte politiche sul contratto a tutele crescenti* (v. par. 2); Id., *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*. In posizione mediana pare collocarsi B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediabile tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, a cura di B. Caruso, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". Collective Volumes - 7/2017, 49 ss., propenso a ritenere l'incostituzionalità del regime risarcitorio dell'art. 3 con riferimento più al licenziamento disciplinare che a quello economico.

⁸⁸³ Obiettivo che il giudice rimettente non ritiene perseguibile direttamente, stante la dichiarata inapplicabilità dell'art. 18, ma che ipotizza deriverebbe dalla declaratoria di incostituzionalità, cui – a suo dire – conseguirebbe (non un vuoto normativo, ma *de plano*) la «tutela di cui all'art. 18, commi 4 e 7 (in subordine, comma 5)». In proposito B. CARUSO, *op. ult. cit.*, 56, parla, invece, di vuoto normativo che dovrebbe essere colmato, nelle more, dai giudici ordinari (comunque ricorrendo all'art. 18, co. 5).

⁸⁸⁴ Come, invece, ritiene F. CARINCI, *Una rondine cit.*, 906.

avendo lo stesso giudice *a quo* ritenuto che la norma prevista dal legislatore per le ipotesi di licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo debba rinvenirsi, in quella fattispecie, nell'art. 3, co. 1⁸⁸⁵.

Semmai, una Corte che non tema di invadere la sfera di discrezionalità legislativa⁸⁸⁶ e di assumere un ruolo eccessivamente politico potrebbe, rievocando la propria giurisprudenza più recente in tema di forfetizzazione del danno, rimodulare al rialzo le tutele economiche sulla base sia delle considerazioni già svolte in ordine ai tempi del giudizio, sia dei seguenti rilievi (in buona parte ricavabili dalla sentenza n. 303/2011) e interrogativi:

a) la riparazione integrale del danno ovviamente garantisce sempre l'adeguatezza del risarcimento;

b) la riparazione forfettaria del danno garantisce l'adeguatezza del risarcimento:

b-1) se accompagnata ad altra modalità di ristoro (ad esempio, la ricostituzione del rapporto);

b-2) o, comunque, se effettuata tramite il ricorso a criteri che consentano di «calibrare l'importo dell'indennità da liquidare in relazione alle peculiarità delle singole vicende»;

b-3) in assenza di criteri modulatori (tale è la scelta di cui all'art. 1, co. 7, lett. c: «indennizzo economico certo» *ex ante*), se sussistono «giustificate ragioni» dei livelli di tutela prescelti;

c) a parità di presupposti delle regole in tema di protezione nei confronti del licenziamento ingiustificato (art. 1, co. 1, l. n. 92/2012: «contribuire alla creazione di occupazione»; art. 1, co. 7, l. n. 183/2014: «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»), se si giustifichi una soglia minima di tutela economica differenziata (e al ribasso: non 12, ma 4 mensilità) per i lavoratori assunti dopo una certa data: in realtà, a fronte dell'impossibilità di differenziare i presupposti degli artt. 18 e 3 (essendo ben difficile cogliere la distinzione tra «creazione» e «rafforzamento» dell'occupazione), la Corte (tenuto conto che gli incentivi economici all'assunzione hanno reso pressoché impossibile, allo stato, comprendere quanta parte dell'incremento occupazionale dell'ultimo triennio «sia imputabile all'incentivo e quanta parte alla nuova normativa»⁸⁸⁷), potrebbe limitarsi a censurare l'irragionevolezza della disparità della soglia minima di tutela economica (potendo il neo-assunto arrivare a percepire un'indennità di 12 mensilità dopo sei anni, a differenza del vecchio assunto, cui è sufficiente essere stato licenziato ingiustificatamente dopo un solo giorno di lavoro).

⁸⁸⁵ È, infatti, dubbio che la Corte possa a tal punto entrare nel merito da rinviare gli atti al giudice rimettente al fine di indurlo a valutare se la fattispecie possa essere riesaminata ai sensi dell'art. 4 (difetto di motivazione), anziché dell'art. 3, co. 1 (non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo).

⁸⁸⁶ «La garanzia del diritto al lavoro apprestata dagli artt. 4 e 35 Cost. è infatti affidata alla discrezionalità del legislatore quanto alla scelta dei tempi e dei modi di attuazione e non comporta una diretta ed incondizionata tutela del posto di lavoro (sentenze n. 46 del 2000, n. 419 del 1993, n. 152 del 1975; ordinanza n. 254 del 1997)»: così C. cost. 13 ottobre 2000, n. 419, *FI*, 2001, I, 1087.

⁸⁸⁷ P. ICHINO, *L'incentivo economico alle assunzioni stabili è servito o no?* (tratto dal testo integrale del colloquio raccolto da Daniele Guarneri in funzione di un servizio pubblicato su *Tempi*, 1° ottobre 2016), <http://www.pietroichino.it/?p=41946>. In termini pressoché analoghi A. ICHINO, *Che cosa dicono veramente i dati Inps sugli effetti del Jobs Act*, <http://www.pietroichino.it/?p=42958>.