

Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*

Stefano Giubboni

1. Effetti della sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale.	315
2. Precoce de profundis per la law & economics all'italiana.	316
3. Le motivazioni della Corte.	317
4. Una critica.	318
5. Persistenti profili di illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 23 del 2015: il secondo comma dell'art. 3.	320
6. Segue: gli artt. 4, 9 e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015.	321

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 379/2018

1. Effetti della sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale.

La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale ha cominciato a porre parziale rimedio alla singolarissima situazione che – specie nell’impianto originario del d.lgs. n. 23 del 2015, come noto solo parzialmente corretto dal cosiddetto «decreto dignità»⁽⁹⁶¹⁾ – faceva del lavoratore assunto con contratto «a tutele crescenti», ad onta del fondamento lavoristico e personalistico della nostra Costituzione, il «debitore più penalizzato del nostro ordinamento giuridico»⁽⁹⁶²⁾. Dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 (sia nel testo originario sia in quello modificato dalla legge n. 96 del 2018) limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», la Corte, infatti, ripristina, in favore dei lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, un sistema rimediale contro il licenziamento ingiustificato che torna ad allinearsi – seppure con i limiti e le lacune che segnaleremo più avanti – ai precetti di cui agli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. (questi ultimi in relazione all’art. 24 della Carta sociale europea).

Oggi, infatti, in virtù del combinato disposto della sentenza della Corte costituzionale e dell’intervento del legislatore, il rimedio generalmente azionabile ai sensi dell’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 contro il licenziamento ingiustificato (sempre, per quello per motivi oggettivi o economici; in via generale, per quello fondato su ragioni disciplinari, e salvo che non ricorrano eccezionalmente gli estremi per la reintegrazione ad effetti attenuati alla stregua del secondo comma della disposizione) potrà senz’altro consistere in una indennità risarcitoria onnicomprensiva compresa tra un minimo di sei e un massimo di trentasei mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, che il giudice dovrà commisurare alla concreta situazione dedotta in giudizio (rendendo congruo, pertanto, il ristoro rispetto al danno subito, seppure entro le soglie ricordate), tenendo anzitutto conto dell’anzianità di servizio del prestatore ma considerando altresì gli «altri criteri desumibili, in chiave sistematica, dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell’attività economica, comportamento e condizioni delle parti)»⁽⁹⁶³⁾. Deve così ritenersi che – seppure senza stabilire un ordine propriamente gerarchico tra tali criteri⁽⁹⁶⁴⁾ – il parametro dell’anzianità di servizio del lavoratore serva a determinare, entro il minimo e il massimo fissati dalla legge, la base di partenza

⁽⁹⁶¹⁾ Decreto-legge n. 87 del 2018, convertito con modificazioni nella successiva legge n. 96, recante disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese.

⁽⁹⁶²⁾ L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Argomenti dir. lav.*, n. 3/2015, 507 ss., qui 508.

⁽⁹⁶³⁾ Punto 15 del *Considerato in diritto* della sentenza in commento. Per una prima applicazione giudiziale (per così dire anticipata) di tali criteri, v. Trib. Bari, 11 novembre 2018.

⁽⁹⁶⁴⁾ Cfr. A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in corso di pubblicazione in *Treccani – Il libro dell’anno del diritto 2019*, Roma, par. 5.

della quantificazione dell'indennità risarcitoria⁽⁹⁶⁵⁾, che dovrà essere (in ipotesi) elevata dal giudice nel caso concreto tenendo conto, con congrua motivazione, di tutti gli altri parametri desumibili dal sistema⁽⁹⁶⁶⁾ e considerati dalla Corte costituzionale.

2. Precoce de profundis per la law & economics all'italiana.

La Corte scardina in tal modo – ritenendolo radicalmente incompatibile con gli evocati parametri costituzionali – il rozzo meccanismo di quantificazione automatica dell'indennità risarcitoria che nell'impianto del *Jobs Act*, non corretto su tale cruciale profilo dal «decreto dignità»⁽⁹⁶⁷⁾, pretendeva di ridurre il giudice, in una singolare miscela di legolatria neo-illuministica⁽⁹⁶⁸⁾ e di pedagogia da *law & economics* a prezzi di ribasso⁽⁹⁶⁹⁾, ad un contabile, più che alla *bouche de la loi* di montesquieuana memoria. La conseguenza è un inevitabile contrappasso per quanti avevano coltivato l'illusione della facile certezza del diritto ridotta a calcolo aritmetico del *firing cost*: dopo la sentenza della Corte l'incertezza endemica alla disciplina dei licenziamenti, come «riformata» dalla legge n. 92 del 2012⁽⁹⁷⁰⁾, si estende anche alla sfera applicativa del d.lgs. n. 23 del 2015, rendendo impossibile al datore di lavoro quantificare con esattezza *ex ante* il costo del licenziamento entro la soglia minima di 6 e il tetto massimo di 36 mensilità dell'ultima retribuzione utile per il computo del trattamento di fine rapporto.

⁽⁹⁶⁵⁾ Che resta, dunque, inderogabilmente fissata (ovviamente entro la soglia minima e il tetto massimo di legge) in due mensilità per ogni anno di servizio del lavoratore ingiustamente licenziato, senza possibilità, per il giudice, di scendere sotto tale base di liquidazione del danno. In senso contrario v., peraltro, sia pure dubitativamente, G. MIMMO, *La disciplina sanzionatoria del licenziamento invalido, dalla legge n. 604 del 1966 al Jobs Act, modificato dal decreto dignità, alla Corte cost. 8 novembre 2018, n. 194*, in *Il Giuslavorista*, focus del 20 novembre 2018, che si chiede «se il giudice possa applicare la sentenza della Corte costituzionale *in pejus*, cioè determinare l'entità dell'indennità risarcitoria in misura inferiore all'originario criterio indicato dall'art. 3, primo comma, precedente alla dichiarazione di incostituzionalità», prospettando al riguardo il caso di un lavoratore «con più di diciotto anni di servizio, e di profili di illegittimità di lieve entità». Sennonché, laddove la Corte indica al giudice di considerare innanzi tutto l'anzianità di servizio del lavoratore, prescrive allo stesso di muovere da tale parametro quale base di calcolo dell'indennità risarcitoria, la quale dovrà essere (eventualmente) innalzata ove rilevino, ma appunto solo *in melius*, anche gli altri criteri di valutazione, da applicare alla stregua di una adeguata (e motivata) ponderazione nel caso concreto. A tale conclusione induce anche la constatazione che, avendo la Corte dichiarato inammissibile la relativa questione di legittimità costituzionale (v. il punto 5.2 del *Considerato in diritto* della sentenza), rimane in vigore la previsione di cui all'art. 1, comma 7, lettera c), della legge delega n. 183 del 2014, che impone (non solo al legislatore delegato, ma, deve ritenersi, anche al giudice, in via di interpretazione costituzionalmente orientata) di determinare «un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio». Del resto, la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità del solo primo comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015, non ha certo inteso censurare il rilievo (logicamente prioritario) dell'anzianità di servizio del prestatore (che è peraltro desumibile dal sistema, come dimostra storicamente lo stesso impianto dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966), ma soltanto escludere che detto criterio possa essere l'unico parametro di valutazione a disposizione del giudice, in particolare modo nei casi di licenziamento di lavoratori con modesta anzianità aziendale.

⁽⁹⁶⁶⁾ Cfr. gli artt. 8 della legge n. 604 del 1966 (come sostituito dall'art. 2, comma 3, della legge n. 108 del 1990) e 18, comma 5, della legge n. 300 del 1970 (come novellato dall'art. 1, comma 42, lettera b), della legge n. 92 del 2012).

⁽⁹⁶⁷⁾ Ma va a onor del vero ricordato che il governo aveva inteso astenersi da un diretto intervento correttivo sul punto, proprio in vista dell'imminente giudizio di legittimità costituzionale, per questo limitando la correzione dell'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015 all'innalzamento da 4 a 6 e da 24 a 36 mensilità del limite rispettivamente minimo e massimo dell'indennità risarcitoria.

⁽⁹⁶⁸⁾ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma e Bari, 2018, 114 ss.

⁽⁹⁶⁹⁾ Ed invero, il «costo di separazione» – come rigidamente predeterminato nel testo originario dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 – non risultava idoneo a soddisfare neppure i liberali dettami delle dottrine gius-economiche dell'*efficient breach of contract*, visto che la misura irrisoria dell'indennità prevista specialmente per i lavoratori con bassa anzianità di servizio costituiva nei fatti un invito (neanche troppo implicito, ove inquadrato nel contesto incentivante degli sgravi contributivi alle assunzioni e della detassazione dell'offerta conciliativa di cui all'art. 6 del decreto), ad abusare del potere di recesso, assecondando quello che gli economisti (e non solo) chiamano *moral hazard*. Cfr. A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 561 ss.

⁽⁹⁷⁰⁾ V. le taglienti osservazioni di R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, «fatto» contestato*, in *Argomenti dir. lav.*, 2/2015, 269 ss.

È stato in effetti sufficiente riaprire il ragionamento giuridico al soffio dei valori costituzionali – anche come integrati dai principi della Carta sociale europea – per battere «in breccia alcuni assiomi della nostrana *law & economics*, così come penetrati nella disposizione dell'art. 3, comma 1, nella parte in cui prevede una tutela contro i licenziamenti ingiustificati rigida e predeterminata»⁽⁹⁷¹⁾. Ancorché nella motivazione della Corte non sia del tutto svanita l'eco di quelle «mitologie economiche»⁽⁹⁷²⁾ che negli ultimi lustri hanno sorretto, fin quasi a diventare senso comune, il rovesciamento dei postulati costituzionali dello Stato democratico e sociale, dissimulando sotto le suadenti vesti d'un sedicente nuovo riformismo le più spettacolari controriforme sociali della recente storia repubblicana, non c'è dubbio che la sentenza n. 194 del 2018 riaffermi con forza il primato del principio lavoristico.

3. Le motivazioni della Corte.

La Corte giunge al detto esito di parziale demolizione dell'art. 3, primo comma, del d.lgs. n. 23 del 2015 accogliendo solo in parte i profili di illegittimità costituzionale sollevati dal giudice remittente⁽⁹⁷³⁾.

In estrema sintesi, i dubbi di incostituzionalità prospettati dal giudice *a quo* in ordine al rigido meccanismo di determinazione dell'indennità risarcitoria in ragione della sola anzianità di servizio del lavoratore si addensavano essenzialmente intorno a due poli fondamentali: la violazione, da un lato, del principio di eguaglianza-ragionevolezza e, dall'altro, del principio di effettività (*sub specie* di adeguatezza e dissuasività) della tutela indennitaria.

Quanto al principio di eguaglianza, si era osservato, da una parte, come detto sistema di tutela introducesse una irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, non costituendo certo la diversa data di assunzione – che è elemento del tutto estrinseco alla fattispecie – un idoneo criterio giustificativo di differenziazione di rapporti contrattuali evidentemente identici sotto ogni altro profilo sostanziale; dall'altra, come l'assenza di graduazione della tutela, imponendo al giudice un meccanismo automatico di riconoscimento dell'indennizzo legato al solo parametro dell'anzianità di servizio, impedisse di valutare ogni altro elemento, costringendo a trattare irragionevolmente alla stessa maniera situazioni tra loro anche profondamente differenti⁽⁹⁷⁴⁾.

Per ciò che attiene al principio di effettività della tutela, era stato rilevato come, sebbene il rimedio contro il licenziamento ingiustificato possa anche non avere natura reintegratoria, esso debba comunque risultare adeguato, dovendo in ogni caso assicurare, dal lato del lavoratore, una congrua riparazione del bene giuridico leso (che è qui di pregnante rilievo costituzionale), e dovendo altresì essere, dal lato del datore di lavoro, realmente dissuasivo. Mentre, nella specie (ove veniva

⁽⁹⁷¹⁾ A. PERULLI, *Il valore del lavoro*, cit., 12 del dattiloscritto.

⁽⁹⁷²⁾ Cfr. il bel saggio di É. LAURENT, *Mitologie economiche*, trad. it., Vicenza, 2017.

⁽⁹⁷³⁾ Trib. Roma, ordinanza 26 luglio 2017 (su cui v. soprattutto V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 333 ss.).

⁽⁹⁷⁴⁾ Come è stato finemente rammentato, «l'equità che esige pari diritto in pari situazioni ("*aequitas quae in paribus causis paria iura desiderat*") è, appunto, il pari trattamento di situazioni uguali (ed il diverso in diverse), ritenuto dalle Corti corollario immediato del principio di eguaglianza»: A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005, 32.

in questione il licenziamento con motivazione «apparente» di un lavoratore con modesta anzianità di servizio), doveva apparire addirittura evidente come la misura dell'indennizzo fosse irrisoria rispetto all'importanza del bene protetto e che, conseguentemente, il diritto al lavoro (costituzionalmente garantito come strumento di realizzazione della persona e primario mezzo di emancipazione sociale ed economica)⁽⁹⁷⁵⁾ risultasse ingiustamente sacrificato, nella sostanziale assenza di un corretto bilanciamento con il contrapposto interesse datoriale, pur espressione della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41, comma 1, Cost.

La Corte ha disatteso il primo dei prospettati profili di violazione dell'art. 3 Cost., ritenendo non irragionevole, e dunque non contraria al principio di eguaglianza, la pur forte differenza di statuto protettivo tra assunti prima e dopo la fatidica data del 7 marzo 2015⁽⁹⁷⁶⁾; in particolare reputando che la scelta del legislatore di differenziare la sfera di applicazione delle norme in ragione di detto fattore temporale risulterebbe coerente con lo scopo dichiaratamente perseguito «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»⁽⁹⁷⁷⁾.

4. Una critica.

Tale conclusione non ci appare tuttavia convincente. È pur vero (come del resto puntualmente ricordato nella stessa ordinanza di rimessione) che nella giurisprudenza costituzionale è stato costantemente affermato come un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, non contrasti, di per sé, con il principio di eguaglianza, potendo il fluire del tempo costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche. Tuttavia, la Corte non sembra aver tenuto nella debita considerazione che l'irragionevolezza della scelta del legislatore non risiede tanto nella scelta, in sé considerata, dell'attenuazione delle tutele in vista di un qualche obiettivo di politica occupazionale, quanto nel criterio puramente temporale – o, per meglio dire, irriducibilmente contingente – individuato per l'applicazione della nuova disciplina. Infatti, la divaricazione delle tutele contro il licenziamento illegittimo – che è destinata a durare nel tempo ed è, come tale, strutturale per i rapporti su cui va ad incidere – viene qui incoerentemente ancorata ad un criterio (quello, appunto, del diverso momento di stipulazione del contratto di lavoro) che è del tutto estraneo, o per meglio dire eccentrico, proprio

⁽⁹⁷⁵⁾ È toccato forse non casualmente a una storica, e non ad un giurista (del lavoro), il compito di rammemorare di recente la pregnanza di significati costituzionali della formula racchiusa nell'art. 4 (in collegamento con gli artt. 1, 2 e 3, comma 2) Cost.: cfr. il corroborante *pamphlet* di Mariuccia SALVATI, *Costituzione italiana: art. 4*, Roma, 2017.

⁽⁹⁷⁶⁾ È opportuno ricordare che la Corte ha ritenuto non fondato un ulteriore profilo della questione sollevata dal giudice del lavoro di Roma ex art. 3 Cost., in relazione stavolta al trattamento più favorevole di cui i lavoratori con qualifica dirigenziale (ai quali la disciplina del contratto a tutele crescenti non trova applicazione) verrebbero a beneficiare rispetto a operai, impiegati e quadri. Secondo la Corte, anche questa disparità di trattamento risulterebbe giustificata, in quanto la figura del dirigente è caratterizzata da alcune significative peculiarità che, storicamente, ne hanno sempre comportato l'esclusione dall'applicazione della generale disciplina limitativa dei licenziamenti. Rimane, però, il paradosso che, ove la Corte non fosse giunta per altre vie all'esito di incostituzionalità *in parte qua* dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, la condizione giuridica dei dirigenti (ovviamente del settore privato) si sarebbe caratterizzata per uno statuto protettivo per molti versi più favorevole di quello previsto dal *Jobs Act* per i lavoratori appartenenti alle categorie inferiori (principalmente, ma non solo, a motivo della flessibilità con cui i contratti collettivi consentono che sia modulata, in caso di licenziamento privo del requisito della giustificatazza, la misura dell'indennità supplementare, che pure cresce, ma non meccanicamente, in ragione dell'anzianità di servizio del lavoratore).

⁽⁹⁷⁷⁾ Alinea dell'art. 1, comma 7, della legge di delega n. 183 del 2014, espressamente richiamato dalla Corte al punto 5.4 del *Considerato in diritto*.

perché contingente, rispetto alla fattispecie disciplinata, laddove le caratteristiche dei detti rapporti, in qualunque tempo instaurati, rimangono – anche in proiezione temporale – del tutto identiche sotto ogni profilo sostanziale⁽⁹⁷⁸⁾.

Così opinando, però, la Corte amputa la portata del canone della ragionevolezza, rinunciando ad «un controllo di congruità finalistica della legge, ossia [a] una verifica dell'adeguatezza dei mezzi allo scopo perseguito dal legislatore»⁽⁹⁷⁹⁾. Ma in tal modo la sentenza finisce per svalutare di conseguenza – seppure in nome di un *self-restraint* di cui ben si colgono le ragioni di opportunità politica – il valore del principio di eguaglianza, che si rattappisce a misura delle stesse scelte effettuate, a monte, dal legislatore ordinario⁽⁹⁸⁰⁾. Senza un controllo di congruità causale-sostanziale tra le finalità enunciate dal legislatore e gli strumenti all'uopo impiegati, le differenze di trattamento giuridico introdotte dalla legge – salvi i casi piuttosto improbabili di irrazionalità manifesta per evidente incoerenza logica – diventano, così, tutte pressoché automaticamente giustificate, alla stregua di un ragionamento che appare tuttavia viziato da una palese circolarità: l'enunciazione del fine finisce in pratica per assorbire in sé la giustificazione dei mezzi.

La Corte ha invece ritenuto fondate, e dunque accolto, tutte le ulteriori questioni di legittimità sollevate con riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., agli artt. 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost., nonché agli artt. 76 e 117, primo comma, Cost. (quest'ultimo, come detto, in relazione alla norma interposta di cui all'art. 24 della Carta sociale europea). La Corte ha infatti rilevato che il meccanismo di quantificazione contenuto nell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, commisurando meccanicamente e rigidamente l'indennità, la rende uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità e le fa così assumere i connotati di una liquidazione legale forfettizzata e standardizzata, con la conseguenza di privare il giudice della possibilità di personalizzare il danno subito dal lavoratore (entro una soglia minima ed una massima) facendo ricorso ad una pluralità di parametri di valutazione diversi⁽⁹⁸¹⁾. Il risarcimento del danno, ancorché non necessariamente riparatorio dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere al contrario sempre effettivo e adeguato⁽⁹⁸²⁾, mentre la rigida dipendenza dell'indennità dalla sola anzianità di servizio, soprattutto nei casi in cui questa sia bassa, impedisce di liquidare un congruo ristoro del danno prodotto dal licenziamento illegittimo e certamente preclude alla disciplina sanzionatoria quella funzione di dissuasione dall'abuso del potere di recesso datoriale che è parimenti necessaria affinché possa dirsi realizzato un equilibrato componimento degli interessi in gioco, comprimendo l'interesse del lavoratore in misura eccessiva rispetto alla libertà di organizzazione dell'impresa e risultando, in tal modo, incompatibile sia con il principio di ragionevolezza, sia con la tutela costituzionale del diritto al lavoro.

⁽⁹⁷⁸⁾ Come aveva efficacemente osservato V. SPEZIALE, *La questione di legittimità*, cit., 337, in questo caso «vi è la coesistenza nel medesimo momento di discipline radicalmente diverse e riferite a fattispecie identiche che si verificano nello stesso segmento temporale».

⁽⁹⁷⁹⁾ A. PERULLI, *Il valore del lavoro*, cit., 8 del dattiloscritto.

⁽⁹⁸⁰⁾ Cfr. sul punto la lucida discussione di M. BARBERA, *L'eguaglianza e il diritto del lavoro*, in A. OCCHINO (a cura di), *L'eguaglianza*, Milano, 2014, 3 ss., spec. 13. E v. anche, più in generale, M. DE LUCA, *Uguaglianza e lavoro: quanto (poco) resta nel nostro diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 235 ss. (in particolare per la valorizzazione della clausola di pari dignità sociale di cui all'art. 3, comma 1, Cost.).

⁽⁹⁸¹⁾ Cfr. sul punto, in dottrina, ancora A. CERRI, *L'eguaglianza*, cit., 72.

⁽⁹⁸²⁾ Come puntualmente richiede (anche) l'art. 24 della Carta sociale europea.

5. Persistenti profili di illegittimità costituzionale del d.lgs. n. 23 del 2015: il secondo comma dell'art. 3.

La sentenza n. 194 del 2018 lascia peraltro irrisolti molti nodi, sui quali – in mancanza di un intervento correttivo del legislatore, che con il «decreto dignità» ha discutibilmente lasciato intatta la complessiva logica operativa delle cosiddette «tutele crescenti» – sarà con ogni probabilità necessario ricorrere nuovamente al vaglio di legittimità costituzionale. Il principale attiene alla abnorme previsione⁽⁹⁸³⁾ dedicata al licenziamento disciplinare dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, su cui la Corte costituzionale non si è potuta pronunciare nella sentenza in commento per difetto di rilevanza della relativa questione nel giudizio *a quo*⁽⁹⁸⁴⁾.

Con tale disposizione, nella medesima logica di comprimere quanto più possibile la discrezionalità valutativa che era sottesa alla predeterminazione di un criterio di liquidazione dell'indennità risarcitoria rigidamente forfettizzato e standardizzato, il legislatore del 2015 ha come noto escluso, per i licenziamenti disciplinari, qualunque valutazione sulla proporzionalità della sanzione (espulsiva) rispetto alla gravità dell'infrazione, imponendo al giudice di limitare il proprio accertamento ai fini dell'eccezionale applicazione del rimedio reintegratorio alla insussistenza del (mero) «fatto materiale». I pur lodevoli sforzi dottrinari di fornire alla previsione un significato costituzionalmente coerente non riescono tuttavia a correggere la irragionevolezza intrinseca e a nostro parere inemendabile della norma. Anche ammettendo che il riferimento al «fatto materiale» debba essere inteso come a un «fatto-inadempimento» – ovvero come necessaria contestazione di un fatto idoneo a integrare gli estremi della giusta causa (art. 2119 cod. civ.) o del giustificato motivo soggettivo (art. 3, legge n. 604 del 1966)⁽⁹⁸⁵⁾ –, in forza della precisa formulazione lessicale della norma resterebbero infatti fuori dall'ambito applicativo dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, per rientrare in quello del primo comma della medesima disposizione, «i casi in cui non sussiste la rimproverabilità subiettiva dell'inadempimento»⁽⁹⁸⁶⁾. Il che solleva però immediatamente la insuperabile questione della irragionevole disparità di trattamento, nella selezione dei rimedi applicabili, tra le ipotesi di licenziamento disciplinare che rientrano nel perimetro stretto dell'art. 3, comma 2, e quelle che vengono viceversa attratte nella fattispecie residuale del primo comma⁽⁹⁸⁷⁾.

⁽⁹⁸³⁾ Di «misfatto normativo» parla, ironizzando sulle stesse parole del legislatore, P. TULLINI, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Argomenti dir. lav.*, 4-5/2015, 788.

⁽⁹⁸⁴⁾ V. il punto 5.1.3.1 del *Considerato in diritto* della sentenza.

⁽⁹⁸⁵⁾ V. principalmente L. NOGLER, *I licenziamenti*, cit., 516 ss.

⁽⁹⁸⁶⁾ Ivi, 518.

⁽⁹⁸⁷⁾ La consapevolezza del contrasto di tale irrazionale scelta legislativa con l'art. 3 Cost. affiora del resto anche in quanti sostengono che, con l'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 del 2015 sarebbe ormai «acquisito» – addirittura con implicito effetto di «interpretazione autentica» del quarto comma dell'art. 18 St. lav., come novellato dalla legge n. 92 del 2012 – che «la nuova disciplina del licenziamento, così per i lavoratori occupati alla data del 6 marzo 2015 come per quelli assunti dopo tale data, postula due distinte operazioni concettuali»: la prima, diretta a una «ricognizione della ricorrenza di una causa legittimante il licenziamento disciplinare»; la seconda (condizionata all'acclarata illegittimità del recesso) volta alla sola «verifica della sussistenza/insussistenza del fatto», e finalizzata alla selezione del «meccanismo sanzionatorio applicabile» (indennità o reintegrazione); così R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento*, cit., 272 (corsivi nel testo citato). Anche tali autori sono invero costretti a temperare la tesi del puro «fatto materiale», ammettendo che esso (oltre che soggettivamente imputabile in quanto assistito da un *minimum* di volontarietà e consapevolezza) debba avere «un sia pur minimo rilievo disciplinare» (ivi, 280; e nello stesso senso M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio del licenziamento nel jobs act*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, 310 ss., spec. 324-325; M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, ivi, 393 ss.; F. BUFFA, *La nuova disciplina dei licenziamenti e le fonti internazionali*, ivi, 566 ss.). Ma anche scontando tale minimale ortopedia interpretativa, resta la ineliminabile irragionevolezza del criterio adottato dal legislatore per la selezione delle

6. Segue: gli artt. 4, 9 e 10 del d.lgs. n. 23 del 2015.

La sentenza in commento non tocca, inoltre, sempre per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*⁽⁹⁸⁸⁾, l'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, sul quale non è intervenuto neppure il «decreto dignità». Ne consegue che, nelle ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'art. 7 St. lav., la misura dell'indennità – compresa tra un minimo di due e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto – resta rigidamente correlata all'anzianità di servizio del lavoratore⁽⁹⁸⁹⁾, senza che al giudice sia consentito graduarne l'importo in relazione anche alla gravità del vizio formale o procedurale (come è invece previsto dall'art. 18, comma 6, della legge n. 300 del 1970). Nell'evidente impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente adeguata di fronte al chiarissimo tenore letterale della disposizione, sarà allora inevitabile prospettare di nuovo la relativa questione alla Corte costituzionale, visto che l'art. 4 del d.lgs. n. 23 impone di utilizzare quel medesimo meccanismo rigido e standardizzato, del tutto insensibile alle peculiarità del caso concreto, che la Corte ha censurato – anzitutto *ex art. 3 Cost.* – nella sentenza che si annota. Ma v'è anche da chiedersi, più al fondo, se sia ragionevole la scelta di svalutare a tal punto il rilievo sanzionatorio delle violazioni formali e procedurali rispetto a quelle sostanziali, da prevedere per le prime una soglia minima e un tetto massimo che, dopo il «decreto dignità»⁽⁹⁹⁰⁾, sono pari a un terzo (e non più alla metà, come avviene invece nell'art. 18, comma 6, St. lav.) di quelli previsti per le seconde (rispettivamente due contro sei e dodici contro trentasei mensilità).

Rimane poi il *vulnus* in tema di licenziamenti collettivi, visto che il rimedio previsto dall'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, pur dopo l'adeguamento legislativo e la correzione della Corte costituzionale, appare afflitto da profili di irragionevolezza senz'altro aggravati rispetto a quelli che inficiavano il primo comma dell'art. 3. Da un lato, infatti, appare qui addirittura esaltata – e quindi viepiù ingiustificabile – la disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti, laddove, di fronte ad uno stesso licenziamento collettivo affetto dai medesimi vizi sostanziali di violazione dei criteri di scelta dei lavoratori, solo ai primi la legge riserva la tutela reintegratoria (con lo speciale rito regolato dai commi da 48 a 68 dell'art. 1 della legge n. 92 del 2012), lasciando viceversa ai secondi (che dovranno introdurre il ricorso nei modi ordinari) quella meramente indennitaria. D'altro lato, la norma appare anche internamente incoerente, nella misura in cui riunifica sotto un unico regime vizi (rispettivamente procedurali e sostanziali) cui il legislatore recente (sia della legge n. 92 del 2012 che dello stesso d.lgs. n. 23 del 2015) mostra di voler per contro attribuire un diverso disvalore giuridico, con conseguente differenziazione della intensità dei rimedi applicabili.

tutele, che – specie nell'area applicativa del d.lgs. n. 23 del 2015 (che ha eliminato il riferimento alle previsioni disciplinari dei contratti collettivi, presente invece nell'art. 18, comma 4, St. lav.) – finisce per trattare in modo fortemente differenziato situazioni analoghe sotto il profilo della qualificazione (e del connesso disvalore) giuridico dell'atto datoriale di recesso; e ciò proprio perché, nei casi in cui trova applicazione il solo indennizzo risarcitorio, anche «un inadempimento di esigua importanza può provocare la definitiva cessazione del rapporto, seppure accompagnata da una sanzione puramente indennitaria» (R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento*, cit., 271).
(⁹⁸⁸) V. il punto 5.1.1 del *Considerato in diritto*.

(⁹⁸⁹) Una mensilità per ogni anno di servizio.

(⁹⁹⁰) Il legislatore del 2018 (art. 1, comma 1-bis, del «decreto dignità», come integrato in sede di conversione) ha invece opportunamente curato di adeguare le misure minima e massima dell'offerta conciliativa di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015, portandone l'importo, rispettivamente, a tre e ventisette mensilità.

Infine, ma certo non da ultimo per ordine d'importanza dei profili d'irrazionalità sistematica della vigente disciplina⁽⁹⁹¹⁾, a maggior ragione dopo l'intervento recente del legislatore e della Corte costituzionale, risalta l'assoluta inidoneità delle previsioni dell'art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 ad apprestare rimedi adeguati contro i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese. Il tetto massimo dell'indennità non può infatti mai superare, in tali casi, le sei mensilità, con uno scarto che non solo appare eccessivo rispetto a quanto previsto per i datori di lavoro di maggiori dimensioni dal primo comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015, ma che rimane significativo anche rispetto a quanto consente l'art. 8 della legge n. 604 del 1966⁽⁹⁹²⁾. Ci sembra palese come un tale irrisorio limite massimo, per di più ormai assai vicino alla soglia indennitaria minima⁽⁹⁹³⁾, non risulti idoneo – specie se raffrontato con quanto prevede per situazioni omologhe l'art. 8 della legge n. 604 del 1966 – a soddisfare il *test* di adeguatezza e dissuasività così come articolabile, in particolare, alla stregua dell'art. 24 della Carta sociale europea⁽⁹⁹⁴⁾.

⁽⁹⁹¹⁾ Cfr. anche G. MIMMO, *La disciplina sanzionatoria*, cit., par. 41.

⁽⁹⁹²⁾ Visto che tale disposizione consente di maggiorare la misura massima dell'indennità fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 per quello con anzianità superiore ai venti, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici lavoratori.

⁽⁹⁹³⁾ Che, essendo d'importo dimezzato rispetto a quanto previsto dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 del 2015, deve ritenersi pari, ora, a tre mensilità. Onde, ex art. 9, comma 1, il giudice avrà a disposizione, per graduare la misura dell'indennizzo, un *range* contenuto (soltanto) tra le 3 e le 6 mensilità.

⁽⁹⁹⁴⁾ Cfr. quanto al riguardo rileva la sentenza in commento al punto 14 del *Considerato in diritto*, nonché, in dottrina, F. BUFFA, *La nuova disciplina*, cit., 583, e – *amplius* – G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'Unione europea*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2012, 619 ss.