

Arturo Maresca

Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo Corte
cost. 194/2018

(alla ricerca della norma che non c'è)

Sommario: 1. Delimitazione del tema: i criteri di determinazione dell'indennità prevista dall'art. 3, co 1; 2. Le alternative possibili: criteri equitativi vs. criteri normativi; 3. Le tecniche di rimozione dei vizi di costituzionalità, le scelte della Corte ed i loro effetti; 4. Le questioni interpretative poste dall'art. 3, co. 1, il metodo di approccio; 5. L'ipotesi dell'art. 3, co. 1 come norma completa ed i suoi effetti; 6. La necessaria integrazione interpretativa dell'art. 3, co. 1: i diversi criteri di determinazione dell'indennità; 7. Natura e funzione dell'indennità nel sistema dell'art. 3, co. 1: alcune precisazioni; 8. La quantificazione dell'indennità: a) l'anzianità come criterio prevalente; 9. ... b) modalità di valorizzazione dell'anzianità crescente; 10. ... c) il minimo base per anzianità e la possibilità di incremento; 11. Postilla.

1. La sentenza della Corte Costituzionale, 8 novembre 2018, n. 194 offre molteplici spunti di riflessione, tutti di grande interesse, su due distinti versanti: quello delle ragioni dell'incostituzionalità dell'art. 3, co. 1, D. lgs., 4 marzo 2015, n. 23 e l'altro relativo ai problemi applicativi di questa norma nel testo emendato dalla Corte.

Concentrando l'attenzione soltanto su quest'ultimo aspetto, il punto che si intende esaminare riguarda i criteri di determinazione dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1 dovuta al lavoratore ingiustamente licenziato.

Com'è noto la Corte ha dichiarato *“l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183) – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96 – limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima*

retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”.

Con la conseguenza che l’art. 3, co. 1 oggi così dispone “*salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un’indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità”.*

2. Si tratta, allora, di capire come il Giudice debba procedere, applicando l’art. 3, co. 1, a quantificare l’indennità da liquidare al lavoratore ingiustamente licenziato.

Un problema non certo nuovo in quanto presente, ad esempio, anche nell’art. 8, L. 15 luglio 1966, n. 604, ma la questione che pone l’art. 3, co. 1 nel testo vigente è molto più complessa e con implicazioni assai diverse, perché nell’art. 8 il Legislatore indica i criteri che devono guidare il Giudice nella determinazione dell’indennità. Inoltre, sul piano quantitativo, la differenza tra l’importo minimo e quella massimo è contenuta, mentre nell’art. 3, co. 1 è *vertiginosa*: ipotizzando una retribuzione mensile di 2.000 euro, tale differenza si attesta tra 12.000 e 72.000 euro.

Due aspetti (metodologia del calcolo ed entità incerta) che nella loro interazione si alimentano ed amplificano reciprocamente evidenziando le criticità applicative dell’art. 3, co. 1 e, con esse, il rilievo della questione che deve essere affrontata muovendo dal contenuto della norma applicabile (l’art. 3, co. 1), così come modificata dalla Corte con la sentenza 194/2018.

Non si tratta di un passaggio del tutto banale, in quanto tale norma non individua espressamente i criteri di determinazione dell’indennità che viene delimitata soltanto nella misura minima e massima.

Quindi nel procedere a tale determinazione il Giudice si trova di fronte alla seguente alternativa: provvedere motivatamente, non ritenendosi vincolato da alcuno specifico criterio, ma soltanto dall'indicazione del Legislatore dell'importo minimo e massimo dell'indennità; oppure enucleare, prima, i criteri di commisurazione di tale indennità per quantificarla, poi, in base all'applicazione di essi.

La prima alternativa presuppone il carattere esaustivo della disciplina contenuta nell'art. 3, co. 1, la seconda, invece, ritiene necessaria un'integrazione della norma per completarla con l'individuazione dei criteri da utilizzare per quantificare l'indennità.

La differenza tra le due ipotesi, come si è detto, non è di poco momento e ciò non può essere negato osservando che, anche nel primo caso, la determinazione dell'indennità seguirà pur sempre un qualche criterio di cui il Giudice dovrà dar conto nella motivazione della sentenza.

Infatti sul piano sistematico e applicativo si tratterà di distinguere tra, per un verso, i criteri elaborati *ex post* dal Giudice nella sua coscienza con riferimento al caso concreto attingendo ad una indefinita gamma di soluzioni possibili e generando, proprio per questo, quelle incertezze tipiche della *giustizia amministrata secondo equità* e, per altro verso, i criteri definiti e selezionati *ex ante* da una norma astratta (che nel caso di specie dovrà essere ricostruita in via interpretativa) vincolanti per il Giudice che ne dovrà dare applicazione motivata nella sentenza.

Questa alternativa, ovviamente, incide anche sulla posizione delle parti, lavoratore e datore di lavoro, nel giudizio sul licenziamento.

Infatti, seguendo la prima ipotesi, le parti dovranno prospettare al Giudice i/criteri/o che intendono far valere per quantificare l'indennità dell'art. 3, co. 1, mentre nell'altra ipotesi dovranno fare riferimento a criteri normativamente predeterminati ed in base ad essi articolare le rispettive difese.

Va aggiunto che le due alternative, pur rimanendo nettamente distinte, evidenziano un punto che le avvicina in quanto come si è accennato – e si preciserà nel prosieguo – nella seconda ipotesi l'individuazione dei criteri

dovrà avvenire in via interpretativa, non essendo stati posti in modo vincolante dalla Corte Costituzionale.

3. L'esame dei problemi inerenti a ciascuna delle due ipotesi che si sono prospettate, deve essere preceduto da un'osservazione relativa alla scelta operata dalla Corte sul piano tecnico per correggere "*l'irragionevolezza del rimedio previsto dall'art. 3, comma 1*".

Tale correzione – ferma l'imprescindibile necessità di estirpare il vizio di incostituzionalità senza interdire il funzionamento della norma che può essere amputata, ma non paralizzata – avrebbe potuto essere realizzata utilizzando una delle soluzioni elaborate e via via affinate dalla giurisprudenza costituzionale che, con riferimento al caso in esame, avrebbero potuto essere individuate in una sentenza additiva del dato testuale contenuto nell'art. 3, co. 1 oppure in una pronuncia di mera illegittimità parziale di tale norma.

Quest'ultima è la soluzione adottata dalla sentenza 194/2018 che, secondo le più accreditate classificazioni della dottrina, può essere definita di *illegittimità parziale testuale*, in quanto emenda l'art. 3, co. 1 ritenuto non conforme alla Costituzione attraverso una riduzione del testo della disposizione che la Corte modifica "*limitatamente alle parole*" riportate nel dispositivo.

Tale riduzione ha prodotto l'effetto dell'espunzione dall'ordinamento sia del criterio di determinazione dell'indennità correlata dal legislatore alla sola anzianità di servizio del lavoratore sia della nozione di retribuzione (quella utilizzata per il TFR) da assumere come riferimento per il computo dell'indennità.

Ma la Corte è ben consapevole che l'eliminazione radicale di queste proposizioni normative sarebbe stata *manifestamente irragionevole*, tanto è vero che, sebbene espunte con il dispositivo, vengono recuperate nella parte finale della motivazione della sentenza 194/2018 dove si legge che "*le «mensilità», cui fa ora riferimento l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sono da intendersi relative all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo*

del TFR, così come si evince dal d.lgs. n. 23 del 2015 nel suo complesso” e che “nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell’intervallo in cui va quantificata l’indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell’anzianità di servizio ... nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell’attività economica, comportamento e condizioni delle parti)”.

La scelta operata dalla Corte di collocare in motivazione, anziché nel dispositivo questi due enunciati non è priva di conseguenze.

Infatti la pronuncia di illegittimità parziale pone all’interprete chiamato ad applicare la norma emendata *soltanto* il vincolo (negativo) di non utilizzare le disposizioni dichiarate incostituzionali, mentre con la sentenza additiva tale vincolo si sarebbe esteso (in positivo) anche al rispetto del dato testuale individuato dalla Corte e inserito nel dispositivo, conformando in modo tassativo la norma sottoposta al giudizio di legittimità alla Costituzione.

Quest’ultimo vincolo sarebbe risultato ancor più evidente se la Corte avesse ritenuto di ricorrere – ma ciò non è avvenuto con la pronuncia 194/2018 – ad una sentenza additiva del tipo c.d. sostitutivo con la quale, come precisa la dottrina, viene dichiarata l’illegittimità costituzionale di una disposizione “*nella parte in cui prevede*” una certa cosa “*anziché*” un’altra; in questo caso la sentenza produce l’effetto di sostituire il dato testuale voluto dal legislatore con quello emendato dalla Corte¹.

¹ Per un esempio di sentenze creative del tipo additivo che si segnalano per un intervento decisamente invasivo del testo normativo v., da ultimo, Corte Cost., 7 dicembre 2018, n. 232 che nel dispositivo “*dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 42, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell’articolo 15 della legge 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non include nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo ivi previsto, e alle condizioni stabilite dalla legge, il figlio che, al momento della presentazione della richiesta del congedo, ancora non conviva con il genitore in situazione di disabilità grave, ma che tale convivenza successivamente instauri, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti del coniuge convivente, del padre e della madre, anche adottivi, dei figli conviventi, dei fratelli e delle sorelle conviventi, dei parenti o affini entro il terzo grado conviventi, legittimati a richiedere il beneficio in via prioritaria secondo l’ordine determinato dalla legge*”.

Le decisioni della Corte in ordine alle tecniche utilizzabili nell'esercizio del controllo di costituzionalità delle norme sono guidate, appunto, dalla necessità di emendare la norma prodotta dal legislatore, ma questo obiettivo può essere conseguito scegliendo soluzioni più o meno invasive del dato normativo secondo un criterio di *self-restraint* cui la Corte dovrebbe attenersi optando per la soluzione minimale, cioè quella che consente di conformare alla Costituzione la norma limitandone la manipolazione a quella assolutamente necessaria a tal fine.

Concludendo su questo punto si può dire che la Corte ha ritenuto sufficiente la correzione dell'art. 3, co. 1 realizzata con la mera rimozione delle parole soppresse indicate nel dispositivo, lasciando così all'interprete il compito (non banale) di interpretare la *nuova* disposizione per consentirne l'applicazione.

Le implicazioni dell'opzione della Corte per una sentenza di illegittimità parziale sono evidenti e destinate a gravare sul funzionamento della norma partorita dalla sentenza 194/2018 per le incertezze che vengono a connotarne gli esiti applicativi; incertezze di cui, come si è detto, l'interprete si deve fare carico per evitare che l'effetto della severa censura rivolta dalla Corte al Legislatore per "*l'irragionevolezza del rimedio previsto dall'art. 3, comma 1*" si risolva, con un'eterogenesi dei fini, a generare *nuove irragionevolezza*, questa volta non più imputabili al Legislatore.

4. Nel tentativo di contenere questo rischio la Corte ha ritenuto sufficiente, come già evidenziato, indicare nella motivazione le modalità ed i criteri di commisurazione dell'indennità dovuta al lavoratore ingiustamente licenziato.

Da queste indicazioni si deve partire.

Non tanto per chiedersi, secondo un vecchio dilemma, se il contenuto della motivazione delle sentenze della Corte sia vincolante per l'interprete oppure se lo sia soltanto quanto riportato nel dispositivo della pronuncia di incostituzionalità.

Si tratta, piuttosto, di distinguere ciò che la Corte ha imposto in modo vincolante (nel dispositivo) per ripristinare la costituzionalità dell'art. 3, co. 1 e le indicazioni fornite dalla stessa Corte e che si leggono nella motivazione in ordine alle modalità di applicazione della norma emendata.

Sul piano metodologico tale distinzione ha come conseguenza, *a valle* dell'intervento di correzione normativa operato dalla Corte, il riconoscimento della necessaria sistematizzazione del dato normativo attraverso l'apporto dell'interprete, esaltata proprio dall'opzione fatta propria dalla sentenza 194/2018 di realizzare la correzione mediante la parziale rimozione dell'enunciazione testuale contenuta nell'art. 3, co. 1 e non anche con la sua sostituzione.

Di qui l'importanza e l'attesa per gli orientamenti della giurisprudenza ed in particolare di quella della Cassazione a cui compete l'impegnativa funzione nomofilattica² che, nel caso in esame, avrà un'importanza assai rilevante proprio per il contenuto che l'art. 3, co. 1 ha assunto dopo la sentenza 194/2018.

5. A questo punto appare possibile riprendere ed esaminare le due ipotesi sopra prospettate per verificarne le implicazioni in ordine al contenuto precettivo dell'art. 3, co. 1 che potrebbe essere ritenuto, alternativamente, esaustivo delle regole per la determinazione dell'indennità dovuta al lavoratore ingiustamente licenziato oppure carente della disciplina di dettaglio necessaria per tale determinazione che l'interprete dovrebbe ricostruire.

Le due ipotesi che si fronteggiano dovrebbero, comunque, fare riferimento ad un nucleo concettuale comune deducibile dalla sentenza 194/2018 che, in estrema sintesi, si può condensare in tre affermazioni della Corte relative alla natura dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1, nonché al carattere onnicomprensivo della stessa, ma non integralmente esaustivo del pregiudizio subito dal lavoratore.

² Che non dovrebbe tardare a pronunciarsi, essendo già pendenti – per quanto consta - in Cassazione ricorsi aventi ad oggetto l'applicazione dell'art. 3, co. 1.

Con riferimento alla natura la Corte rileva che *“la qualificazione come «indennità» dell’obbligazione prevista dall’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 non ne esclude la natura di rimedio risarcitorio, a fronte di un licenziamento. Quest’ultimo, anche se efficace, in quanto idoneo a estinguere il rapporto di lavoro, costituisce pur sempre un atto illecito, essendo adottato in violazione della preesistente non modificata norma imperativa secondo cui «il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell’art. 2119 del Codice civile o per giustificato motivo» (art. 1 della legge n. 604 del 1966)”*. L’indennità, quindi, secondo la Corte assolve *“alla sua primaria funzione riparatorio-compensativa del danno sofferto dal lavoratore ingiustamente licenziato”*.

Per quanto concerne la misura dell’indennità la Corte ricorda di aver più volte affermato 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)» (sentenza n. 303 del 2011, punto 3.3.1. del Considerato in diritto)*. Il risarcimento, dunque, ancorché non necessariamente riparatorio dell’intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere necessariamente equilibrato”.

Infine con riferimento alla *“predeterminazione forfetizzata del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo”* la Corte ritiene che *“nonostante il censurato art. 3, comma 1 – diversamente dal vigente art. 18, quinto comma, della legge n. 300 del 1970 – non definisca l’indennità «onnicomprensiva», è in effetti palese la volontà del legislatore di predeterminare compiutamente le conseguenze del licenziamento illegittimo, in conformità al principio e criterio direttivo dettato dalla legge di delegazione di prevedere un indennizzo economico «certo»”*.

Muovendo da questo minimo comun denominatore e passando ad esaminare le implicazioni della prima delle due ipotesi – quella che ritiene esaustivo il contenuto precettivo dell’art. 3, co. 1 – si deve rilevare che, se fosse accolta, il Giudice avrebbe un’amplissima discrezionalità nel

quantificare la misura dell'indennità in applicazione dell'art. 3, co. 1 entro i limiti minimo (sei mensilità) e massimo (trentasei mensilità) fissati dal Legislatore.

Una discrezionalità del cui esercizio lo stesso Giudice dovrebbe dare conto nella motivazione della sentenza confrontandosi, non già con criteri normativamente predeterminati, ma soltanto con le deduzioni, allegazioni e prove fornite dalle parti e tendenti a dimostrare o a contrastare il pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato.

Ciò pone, con maggior rilievo rispetto all'ipotesi alternativa che sarà in seguito esaminata, il tema dell'individuazione del soggetto gravato dall'onere di allegazione e prova dei fatti che possono incidere sulla entità dell'indennità. Indennità che, garantita nel minimo (sei mensilità) e limitata nel massimo (trentasei mensilità), potrà essere incrementata a fronte della dimostrazione da parte del lavoratore di un pregiudizio derivante dal licenziamento la cui riparazione postula la liquidazione di un risarcimento/indennizzo maggiore rispetto quello minimo che, secondo le regole generali carenti di eccezioni applicabili alla fattispecie, dovrà essere provato dal lavoratore proprio perché non ancorato a criteri predeterminati.

In questa prospettiva l'indennità finirebbe, probabilmente, per essere attratta nelle vicende tipiche della liquidazione del danno da responsabilità contrattuale, non esclusa neppure la valutazione della *compensatio lucri cum damno* alla luce delle recenti indicazioni fornite dalla Sezione Unite della Cassazione³ che, superando la tesi dell'unicità del titolo generatore nel contempo del danno e del lucro, si aprono a soluzioni fortemente innovative, ancorché connotate da notevoli incertezze, in ordine alla sovrapposibilità della causa risarcitoria con quella che giustifica un'attribuzione patrimoniale. Incertezze che potrebbero anche investire il tema dei rapporti tra la Naspi e l'indennità prevista dall'art. 3, co. 1, anche in considerazione del fatto che il licenziamento (ma, si potrebbe opporre, ciò avviene anche per quello legittimo) obbliga il datore di lavoro a finanziare la Naspi (art. 2, co. 31, legge

³ Con le quattro sentenze *gemelle* Cass., 22 maggio 2018, n. 12564, 12565, 12566 e 12567 cui *adde* Cons. St., Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 1.

28 giugno 2012, n. 92)⁴. Una prospettiva all'interno della quale potrebbe essere evocata finanche la recente disciplina del reddito di cittadinanza (e le misure di reimpiego del lavoro ad esso, almeno formalmente, strettamente correlate) a prestar fede all'affermazione tanto impegnativa, quanto illusoria che si legge nell'art. 1, co. 1, D.L., 28 gennaio 2019 n. 4 che qualifica il "Rdc" come *"misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione, alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro"*⁵.

Quanto alla funzione dissuasiva, che concorre a connotare la natura dell'indennità di cui all'art. 3, co. 1, essa potrebbe essere assolta, nella soluzione ora presa in considerazione, non già in sede di quantificazione di tale indennità, ma piuttosto nella previsione del limite massimo di trentasei mensilità fissato dal Legislatore che, indubbiamente, costituisce un deterrente per qualsiasi datore di lavoro nel momento in cui si predispone ad esercitare il recesso.

⁴ La norma richiamata nel testo stabilisce che *"nei casi di interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per le causali che, indipendentemente dal requisito contributivo, darebbero diritto all'ASpI, intervenuti a decorrere dal 1° gennaio 2013, è dovuta, a carico del datore di lavoro, una somma pari al 41 per cento del massimale mensile di ASpI per ogni dodici mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni. Nel computo dell'anzianità aziendale sono compresi i periodi di lavoro con contratto diverso da quello a tempo indeterminato, se il rapporto è proseguito senza soluzione di continuità o se comunque si è dato luogo alla restituzione di cui al comma 30"*. La percentuale del 41% viene innalzata dall'art. 1, co. 137, L. 27 dicembre 2017, n. 205 che prevede *"a decorrere dal 1° gennaio 2018, per ciascun licenziamento effettuato nell'ambito di un licenziamento collettivo da parte di un datore di lavoro tenuto alla contribuzione per il finanziamento dell'integrazione salariale straordinaria, ai sensi dell'articolo 23 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148, l'aliquota percentuale di cui all'articolo 2, comma 31, della legge 28 giugno 2012, n. 92, è innalzata all'82 per cento"*.

⁵ Si tratta di un'indagine da condurre tenendo presente l'indicazione delle Sezioni Unite della Cassazione di cui alla nota 3 che precede per cui *"affidare il criterio di selezione tra i casi in cui ammettere o negare il cumulo all'asettico utilizzo delle medesime regole anche per il vantaggio, finisce per ridurre la quantificazione del danno... ad una mera operazione contabile, trascurando così la doverosa indagine sulla ragione giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale entrata nel patrimonio del danneggiato"*.

Anche la funzione punitiva dell'indennità – che si aggiungerebbe a quella risarcitoria, differenziandosi da quella dissuasiva – potrebbe trovare spazio nell'ipotesi in esame, in quanto il Giudice – incline ad un esercizio della *giustizia in presa diretta* – potrebbe valutare motivatamente la *manifesta* gravità del licenziamento come elemento per incrementare l'indennità da liquidare al lavoratore ingiustamente licenziato, proprio perché non deve attingere a criteri predeterminati normativamente⁶.

6. L'ipotesi ricostruttiva a cui ora si è accennato appare, però, non condivisibile perché rinnegherebbe un'indicazione chiara della sentenza 194/2018 che, pur non rendendoli vincolati, si preoccupa di indicare all'interprete i criteri di determinazione dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1, sul presupposto che solo così si possa perseguire quella “*adeguatezza del risarcimento forfezzato*”, in misura “*tale da realizzare un adeguato temperamento degli interessi in conflitto*”, sul presupposto affermato dalla Corte che “*non contrasta con tale nozione di adeguatezza il limite di ventiquattro (ora trentasei) mensilità, fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento*”.

E, mi permetterei di aggiungere richiamando quanto in precedenza accennato, solo l'adozione di criteri destinati a guidare il Giudice nella quantificazione e liquidazione dell'indennità ridimensiona il rischio di applicazioni irrazionali della norma *prodotta* dalla Corte che finirebbe per trasformare la personalizzazione dell'indennizzo dovuto al lavoratore ingiustamente licenziato (ritenuta dalla Corte conseguenziale all'art. 3 Cost.) con un'incontrollata disparità delle tutele accordate al lavoratore.

Appare, quindi, preferibile optare per la seconda ipotesi ricostruttiva dell'art. 3, co. 1 che, muovendo dall'incompletezza di tale norma, richiede

⁶ Ad esempio T. Genova, 21 novembre 2018, fissa nella misura massima l'indennità dovuta al lavoratore ingiustamente avendo riguardo e dando rilievo alle “*gravi violazioni che hanno accompagnato il recesso, le ombre gravanti sulla scissione aziendale seguita in dieci mesi dalla decisione di licenziarla costituiscono elementi meritevoli di considerazione nella quantificazione del risarcimento dovuto, ben più della mera anzianità di servizio*”.

all'interprete di enucleare, prima, i criteri di commisurazione dell'indennità da quantificare, poi, sulla base ad essi.

Ciò premesso la difficoltà maggiore in cui si imbatte a questo punto l'interprete riguarda l'individuazione della norma che non c'è: cioè quella destinata a selezionare i criteri di determinazione dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1.

Tale individuazione dovrà avvenire seguendo la strada indicata dall'art. 12, co. 2, preleggi nei casi in cui le lacune della fonte legislativa sono tali da non fornire alcuna indicazione per la soluzione della controversia.

Ma nel caso di specie un'interpretazione analogica che applichi all'art. 3, co. 1, i criteri enucleabili dall'art. 8, L. 604/1966, non appare del tutto soddisfacente, in quanto tra le due norme non sembra sussistere una *eadem ratio* delle fattispecie rispettivamente disciplinate, in quanto l'art. 8 prevede limiti all'indennità assai diversi (minimi e specialmente massimi) da quelli stabiliti dall'art. 3 ed opera come conseguenza del diniego alla riassunzione opposto dal datore di lavoro, per di più l'art. 8 si applica alle imprese di piccole dimensioni o che si caratterizzano per la natura della loro attività.

Allora recependo l'indicazione della Corte che invita a tenere conto dei “*criteri ... desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti*” appare possibile attingere anche ai criteri individuabili all'interno dell'art. 18, co. 5 e 7, L. 20 maggio 1970, n. 300 che, per ragioni analoghe a quelle prospettate riguardo all'art. 8, L. 604/1966, non sembra invece applicabile in via analogica.

A questo punto si può procedere all'individuazione “*in chiave sistematica*” dei criteri di determinazione dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1 attingendoli all'interno del micro-sistema costituito dal regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato declinato dal Legislatore (limitatamente alle misure economiche) non solo nell'art. 8, ma anche nell'art. 18, co. 5 e 7.

Quindi l'indennità dell'art. 3, co. 1 dovrà essere determinata “*avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle*

condizioni delle parti” (art. 8), ma anche considerando le “*dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti*” (art. 18, co. 5) e le “*iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione*” (art. 18, co. 7).

7. Ci si avvede subito che l'applicazione nel loro insieme di questi criteri di quantificazione dell'indennità di cui all'art. 3, co. 1, sia pur fedele agli enunciati della sentenza 194/2018, può portare ad esiti non sempre coerenti con l'affermazione perentoria della Corte per cui tale indennità deve assolvere “*alla sua primaria funzione riparatorio-compensativa del danno sofferto dal lavoratore ingiustamente licenziato*”.

Infatti la personalizzazione del risarcimento non ha nulla a che vedere con il “*numero dei dipendenti occupati*” dal datore di lavoro che ha licenziato e neppure con le “*dimensioni dell'impresa*” oppure con la sua “*attività economica*”. Anche il riferimento all'anzianità, sebbene più pertinente, soltanto in linea di massima e presuntiva può assumere rilievo nella valutazione del pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato per le difficoltà che incontra nel trovare una nuova occupazione; difficoltà legate, a ben vedere, più che all'anzianità in sé considerata, all'età anagrafica del lavoratore (condizione, spesso, di obsolescenza professionale o di una riduzione delle capacità di impiego).

Ci si deve, allora, misurare con l'affermazione della Corte di una “*primaria funzione*” risarcitoria dell'indennità per evidenziarne tutti i limiti, anche per quanto attiene alla determinazione di essa ed al rischio di effetti distorsivi nella sua quantificazione.

La prima osservazione da formulare al riguardo pone in evidenza che il legislatore non qualifica affatto come risarcitoria l'indennità prevista dall'art. 3, co. 1, diversamente da quanto invece avviene sia nell'art. 8, L. 604/1966 sia nell'art. 18, co. 5, 6 e 7 con riferimento alle indennità ivi contemplate.

Infatti l'art. 8, stabilisce che il datore di lavoro “*è tenuto ... a risarcire il danno versandogli un'indennità ...*”, a sua volta l'art. 18, co. 5 sancisce la

“condanna [del] datore di lavoro al pagamento di un’indennità risarcitoria ..” (formula che è richiamata dal co. 7 dello stesso art. 18) ed anche il successivo co. 6 si riferisce ad *“un’indennità risarcitoria determinata in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro”*. Invece l’art. 3, co. 1 si limita ad affermare che *“il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un’indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale”*.

Quindi il legislatore qualifica come risarcitoria soltanto l’indennità dovuta in base all’art. 8, L. 604/1966 o all’art. 18, co. 5, 6 e 7, ma non quella prevista dall’art. 3, co. 1.

In proposito la sentenza 194/2018 osserva che *“la qualificazione come «indennità» dell’obbligazione prevista dall’art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 non ne esclude la natura di rimedio risarcitorio”*. Ma la Corte avrebbe dovuto misurarsi non tanto con la valenza nominalistica del termine *“indennità”* utilizzato dal legislatore (che pure ha un rilievo), quanto piuttosto con il fatto (ben più pregnante) che lo stesso legislatore non ha ritenuto di qualificarla come risarcitoria, come invece avviene negli altri casi più sopra ricordati.

Né appare persuasiva l’argomentazione utilizzata dalla Corte che fa discendere la *“primaria funzione”* risarcitoria dell’indennità dal ragionamento che il licenziamento *“anche se efficace, in quanto idoneo a estinguere il rapporto di lavoro, costituisce pur sempre un atto illecito, essendo adottato in violazione della preesistente non modificata norma imperativa secondo cui «il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell’art. 2119 del Codice civile o per giustificato motivo» (art. 1 della legge n. 604 del 1966)”*.

Un sillogismo che non convince, perché, qualificando il licenziamento ingiustificato come *“atto illecito”*, la Corte ritiene di poter far discendere automaticamente da tale qualificazione non soltanto la natura risarcitoria dell’indennità prevista dall’art. 3, co. 1, ma anche la prevalenza di tale funzione.

Lo svolgimento del ragionamento impostato dalla Corte porterebbe, infatti, ad altre conclusioni, in quanto, essendo il licenziamento contrario alla norma imperativa che lo legittima soltanto se assistito da una giusta causa o da un giustificato motivo, la conseguenza dovrebbe essere sempre quella della nullità *ex art. 1418, co. 1 cod. civ.* che, però, opera “*salvo che la legge disponga diversamente*”.

In questa prospettiva, peraltro, si deve rilevare che la L. 604/1966, diversificando i vizi del licenziamento, qualifica nullo soltanto il licenziamento discriminatorio (art. 4) ed inefficace quello affetto da vizi di forma (art. 2, co. 3). Ebbene, pur a fronte di queste diversificazioni (normative e non concettuali) dei vizi del licenziamento, com'è noto l'art. 18 (nel testo originario) prevedeva lo stesso regime sanzionatorio, prescindendo dallo specifico profilo d'illegittimità del licenziamento, rendendo così sostanzialmente irrilevante la differenziazione tra il licenziamento nullo, inefficace o *soltanto* annullabile perché privo di giustificazione.

Questa, pur sommaria, digressione serve a dimostrare che nella materia del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, i rimedi sono quelli, di volta in volta e di tempo in tempo, specificamente predisposti dal Legislatore e non quelli enucleabili dalle categorie giuridiche generali.

Peraltro, come osserva anche la Corte, nell'art. 3, co. 1 si annida il connubio che preserva, da una parte, l'effetto estintivo del licenziamento ancorché ingiustificato (sebben imputato al provvedimento del Giudice che “*dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento*”) e, dall'altra, accorda al lavoratore un indennizzo (“*condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale*”).

Questa soluzione adottata dal legislatore nel 2015 – e confermata dalla Corte quanto alla sua legittimità costituzionale – crea un equilibrio che non consente di esaltare la funzione risarcitoria dell'indennità in modo tale da incidere e determinarne la sua quantificazione.

Infatti si può osservare, limitatamente a quanto assume rilievo in questa sede, che l'estinzione del rapporto e, quindi, la perdita del lavoro per il

dipendente è sancita dal provvedimento del Giudice (o, comunque, è l'effetto di esso), mentre l'indennità punisce il datore di lavoro per aver esercitato il potere di recesso in modo non conforme ai parametri legali della giusta causa o del giustificato motivo.

Per simmetria si potrebbe aggiungere che l'art. 8, L. 604/1966 pone l'alternativa tra riassunzione o pagamento dell'indennità in luogo della mancata riassunzione addebitabile alla scelta del datore di lavoro, invece con la reintegrazione dell'art. 18 il Giudice ripristina il rapporto contrattuale tra le parti reinserendo il lavoratore nella posizione contrattuale preesistente (non "*nel posto di lavoro*"), mentre con l'art. 3, co. 1 si realizza un effetto diverso che, muovendo dall'estinzione del rapporto di lavoro dichiarata dal Giudice, prevede di indennizzare il lavoratore che ha subito un licenziamento ingiustificato.

In conclusione si deve prendere atto che i parametri di misurazione dell'indennità non devono necessariamente conformarsi alle regole generali che governano il risarcimento del danno da responsabilità contrattuale, ma ben possono conseguire all'applicazione di criteri diversi, quali sono quelli normativamente ricostruiti dall'interprete, come più sopra si è detto con riferimento all'art. 3, co. 1.

8. Muovendo da queste premesse si può tentare di fornire una prima risposta al problema concreto dell'utilizzazione da parte del Giudice dei vari criteri di determinazione dell'indennità dovuta al lavoratore ingiustamente licenziato.

Un problema che, sul piano logico e giuridico, si pone a valle di quello, più sopra definito, della vincolatività dei criteri selezionati nel loro insieme e riguarda, invece, il rapporto gerarchico o, comunque, la prevalenza degli uni rispetto agli altri o, ancor più semplicemente, l'ordine o sequenza da osservare nella loro applicazione.

Problema quest'ultimo che si tira dietro quello degli oneri di allegazione e prova gravanti sulle parti in causa nella controversia avente ad oggetto la giustificatazza del licenziamento.

Si è già detto che tali criteri sono “*l’anzianità di servizio del prestatore di lavoro*”, il “*numero dei dipendenti occupati*”, le “*dimensioni dell’impresa*” o “*dell’attività economica*”, il “*comportamento e le condizioni delle parti*”, le “*iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione*”.

Sembra possibile attribuire all’anzianità del lavoratore la funzione di criterio-guida nella quantificazione dell’indennità prevista dall’art. 3, co. 1, ciò per una pluralità di ragioni.

In primo luogo perché la stessa Corte nella sentenza 194/2018 attribuisce una priorità all’anzianità posponendo gli altri criteri e affermando che “*il giudice terrà conto innanzi tutto dell’anzianità di servizio ... nonché degli altri criteri*”, ma anche perché l’anzianità costituisce un parametro di riferimento costantemente seguito dal legislatore nei vari regimi sanzionatori previsti per il licenziamento ingiustificato.

Ciò dimostra la sua affidabilità dovuta anche alla capacità di coniugare in termini oggettivi una differenziazione della misura dell’indennità, funzionale più che al danno da risarcire per la perdita del lavoro, al pregiudizio subito dal dipendente licenziato senza un valido motivo. Pregiudizio da apprezzare in relazione alla durata del rapporto di lavoro intercorso, al conseguente consolidarsi del vincolo contrattuale ed all’affidamento sulla prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto in assenza di valide ragioni, elementi tutti da porre a raffronto con la rottura inopinata causata dal datore di lavoro.

9. La questione che, successivamente, si pone riguarda, in prima battuta, il metodo di valorizzazione e l’incidenza dell’anzianità sulla misura dell’indennità e, poi, il contemperamento del criterio dell’anzianità nell’interazione e combinazione con gli altri criteri.

Entrambi i temi, seppur distinti, devono essere affrontati attenendosi ad un doveroso *self-restraint*, guida per l’interprete che dovrà aver cura di limitare all’essenziale ogni apporto personale e creativo rispetto al nucleo normativo formulato dal legislatore e, poi, emendato dalla Corte che, invece,

deve essere preservato ed applicato, fatto salvo quanto lo rendeva incostituzionale.

Seguendo questa metodologia va inizialmente osservato che il meccanismo di indicizzazione dell'indennità correlata alla maturazione dell'anzianità, così come previsto dall'art. 3, co. 1 (*“due mensilità ... per ogni anno di servizio”*), non è stato, in quanto tale, oggetto di una specifica censura da parte della Corte. Censura che, invece, ha riguardato la modalità congegnata dal Legislatore di determinazione crescente dell'indennità connotata *“oltre che come «certa», anche come rigida, perché non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio”*, con la conseguenza, costituzionalmente inaccettabile sul piano funzionale, dell'*“impossibilità di incrementare l'indennità, fornendo la relativa prova, la configura come una liquidazione legale forfetizzata, in relazione, appunto, all'unico parametro prefissato dell'anzianità di servizio”*.

È pur vero che tale meccanismo di indicizzazione (*“due mensilità ... per ogni anno di servizio”*) dell'indennità è stato rimosso dal dispositivo della sentenza 194/2018, ma ciò è addebitabile non già ad una censura di incostituzionalità, quanto all'ampiezza dell'intervento di rimozione del dato testuale dell'art. 3, co. 1 operato dalla Corte nel dispositivo; quindi una rimozione avvenuta per motivi tecnico-formali e non per la sua illegittimità. Del resto, la stessa cosa si è verificata per quanto riguarda il riferimento alla retribuzione utilizzata per il TFR che, espunta dal dispositivo, viene invece recuperata nella motivazione della sentenza 194/2018.

Alla stregua delle considerazioni accennate appare affidabile e, perciò, utilizzabile in sede applicativa il parametro di incidenza dell'anzianità sulla quantificazione dell'indennità nella misura di *“due mensilità ... per ogni anno di servizio”*.

10. Una volta che l'anzianità sarà stata valorizzata nel computo dell'indennità nei termini più sopra indicati, il Giudice dovrà misurarsi con il compito più difficile, ma ineludibile perché, come dice la Corte, non si può ammettere l'*“impossibilità di incrementare l'indennità, fornendo la relativa*

prova” come invece imponeva l’art. 3, co 1 che “*la configura[va] come una liquidazione legale forfetizzata, in relazione, appunto, all’unico parametro prefissato dell’anzianità di servizio*”.

Sulla scorta di questa indicazione si potrebbe cercare di declinare l’*iter* applicativo dell’art. 3, co. 1 provandone a scandire i vari passaggi interpretativi che dovrebbero essere considerati nella motivazione della sentenza di condanna del datore di lavoro al pagamento dell’indennità.

In primo luogo va detto che la valorizzazione dell’indennità con riferimento all’anzianità costituisce per il Giudice una base di partenza minima, in quanto rispetto ad essa si pone la *possibilità di incremento* prospettata dalla Corte.

Ciò significa che un lavoratore con un’anzianità elevata potrà fare affidamento su un numero irriducibile di mensilità, proprio perché giustificate dall’anzianità valorizzata secondo il moltiplicatore delle “*due mensilità ... per ogni anno di servizio*” che, per i motivi accennati, deve ritenersi ancora operativo.

Rispetto a questa base il Giudice potrà valutare – diversamente da quanto stabiliva l’art. 3, co. 1 nel testo originario – la possibilità di un incremento, ma ciò implica la prova a carico del lavoratore di un’incoerenza o inadeguatezza tra la misura minima dell’indennità e quella da liquidare con riferimento al caso concreto.

L’incoerenza necessaria per incrementare la misura dell’indennità dovrà essere dimostrata dal lavoratore attingendo agli altri criteri (il “*numero dei dipendenti occupati*”, le “*dimensioni dell’impresa*” o “*dell’attività economica*”, il “*comportamento e le condizioni delle parti*”, le “*iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione*”) che, quindi, andranno considerati per una sorta di prova di resistenza della congruità e adeguatezza dell’indennità da effettuare avendo riguardo all’applicazione dei predetti criteri.

La soluzione prospettata si risolve, quindi, nel considerare l’indennità prevista dall’art. 3, co. 1 come una misura minima e non più rigidamente predeterminata in modo fisso (come avveniva nel testo originario). Misura,

quindi, incrementabile ove il lavoratore ne dimostri l'inadeguatezza riscontrata ed ancorata a parametri più ampi ed articolati rispetto a quello, esclusivo (prima che automatico), dell'anzianità.

Del resto sembra questo lo spirito dell'intervento della Corte che non considera in sé illegittima l'utilizzazione dell'anzianità per la quantificazione dell'indennità dovuta al lavoratore ingiustamente licenziato, ma il fatto che tale quantificazione si sottrae ed è ritenuta immune da ogni verifica finalizzata a riscontrarne l'adeguatezza.

Tale inderogabile necessità, però, non può essere conseguita rimettendo al Giudice un'illimitata discrezionalità applicativa dell'art. 3, co. 1 contenuta soltanto entro il limite minimo e massimo dell'indennità predeterminato dal Legislatore. Se così fosse, infatti, i problemi potrebbero essere, forse, anche maggiori di quelli risolti dalla Corte.

È, perciò, doveroso per l'interprete dotarsi di un rigoroso *iter* argomentativo che porti alla quantificazione dell'indennità in modo controllato.

11. Come mi ha fatto notare un autorevole Amico, molto probabilmente la proposta fin qui formula, con un percorso argomentativo così articolato e complesso anche nei suoi riferimenti ai dati normativi, è destinata a non avere seguito, essendo piuttosto preferibile puntare su un intervento del Legislatore che, finalmente, metta ordine nei vari, numerosi e disorganici regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo che si sono andati stratificando nel tempo.

Il suggerimento merita senz'altro di essere accolto e se la sentenza 194/2018 fosse utile a raggiungere questo risultato sarebbe, forse, il suo merito maggiore.

Ma i dubbi sull'effettiva volontà politica del Legislatore di impegnarsi in un intervento di questo tipo, sulla capacità del Legislatore di affrontare le difficoltà insite nell'individuazione di soluzioni razionali ed equilibrate in una materia indubbiamente complessa e socialmente sensibile e, comunque, i tempi della sua attuazione, mi hanno indotto comunque a pubblicare queste

osservazioni mosse dalla preoccupazione che la decisione della Corte possa alimentare una deriva applicativa nella quale la varietà delle soluzioni, probabilmente collegate alle condizioni economiche e sociali di ciascun contesto territoriale (e spero giammai a *sete di giustizia* o di rivalsa per il ridimensionamento della reintegrazione), finirebbe per caratterizzare gli esiti interpretativi dell'art. 3, co. 1, magari suggestionati dall'idea e dal fascino delle tesi in materia di danno punitivo, ancorché impraticabile per non essere previsto nella norma che non c'è.