



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI MILANO

Sezione del lavoro

Il Giudice del Tribunale di Milano, Luigi Pazienza, a seguito di scioglimento di riserva del 11.07.2019;

pronuncia la seguente

ORDINANZA

nella controversia recante n. R.G. 5797/2018

tra

PINES ELENA, rappresentata e difesa dall'Avv. C. De Marchis, C. Correnti, D. Graziani e G. Pividori;

e

“FALLIMENTO CONSULMARKETING s.p.a.”, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. C. Morpurgo e A. Menicatti;

nonché

FILCAMS CGIL, in persona del Segretario generale e CGIL, in persona del Segretario generale, rappresentati e difesi dall'Avv. C. De Marchis

I fatti di causa

In data 19 gennaio 2017, la Consulmarketing s.p.a. ha avviato una procedura di licenziamento collettivo ex art. 4 della Legge 23 luglio 1991 n. 223 che ha interessato 350 lavoratori. A conclusione della procedura la ricorrente è stata licenziata unitamente ai colleghi di lavoro. Sia nella fase sommaria che nella fase di opposizione, i licenziamenti intimati dalla Consulmarketing s.p.a., nella medesima procedura e riguardanti posizioni lavorative analoghe a quelle della ricorrente, con la sola differenza rappresentata dalla data di assunzione, sono stati dichiarati illegittimi e i lavoratori sono stati reintegrati nel posto di lavoro ottenendo il risarcimento del danno. La Corte di Appello di Milano adita dalla Consulmarketing s.p.a. con la sentenza 20 novembre 2018 n. 1864 ha confermato l'orientamento della sezione lavoro del Tribunale di Milano ribadendo l'obbligo per la Consulmarketing di reintegrare i colleghi della Pintes nel posto di lavoro precedentemente ricoperto. Con ricorso ex art. 1, 48 co. legge 92/12 caratterizzato dal n. R.G. 2188/2018 anche Elena Pines ha adito il Tribunale di Milano, unitamente ad altri colleghi di lavoro coinvolti nella medesima procedura di licenziamento collettivo, al fine impugnare il licenziamento intimato dalla Consulmarketing s.p.a. in particolare censurando il criterio di scelta che non ha considerato lavoratori adibiti a mansioni omogenee e compatibili. In tale giudizio il Tribunale di Milano ha disposto la reintegrazione nel posto di lavoro di tutti i ricorrenti che avevano impugnato il licenziamento con la sola eccezione della Pines, nei confronti della quale, è stata ritenuta inapplicabile la tutela dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in ragione della data di stabilizzazione del rapporto, avvenuta dopo il 7 marzo 2015: in particolare il Giudice della fase sommaria ha dichiarato la inammissibilità del

ricorso per erroneità del rito, in quanto la ricorrente avrebbe dovuto formulare le proprie domande con un ricorso ai sensi dell'art. 414 c.p.c. e non con un ricorso secondo i dettami del c.d. Rito Fornero.

La Pines ha promosso un giudizio di opposizione nel quale ribadisce la violazione dei criteri di scelta operata dalla ex datrice di lavoro ed il diritto alla reintegrazione, evidenziando il possibile conflitto con i principi e le norme del diritto comunitario ed i profili di criticità costituzionale del difforme trattamento che caratterizza la medesima azione di impugnativa di un licenziamento intimato nell'ambito della stessa procedura derivante esclusivamente dalla data di assunzione. La società Consulmarketing s.p.a. si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto delle domande della ricorrente. Alla prima udienza di comparizione il Giudicante, ritenuta l'opportunità di discutere preliminarmente le questioni pregiudiziali sollevate nel ricorso, differiva l'udienza concedendo un termine per note. Nelle more del giudizio, la società Consulmarketing s.p.a. veniva dichiarata fallita dal Tribunale di Milano proseguendo l'attività imprenditoriale in una prospettiva di cessione del ramo di azienda che in effetti si è realizzata nel corso del giudizio.

Una volta riassunto il giudizio nei confronti della Consulmarketing in Fallimento, il Giudicante ha rinnovato il termine per note fissando l'udienza per la discussione. In data antecedente al 11.07.2019 si sono costituiti in giudizio con un intervento volontario a sostegno delle tesi di parte ricorrente le organizzazioni sindacali Filcams Cgil e Cgil.

La rilevanza delle questioni sottoposte alla attenzione del Giudicante

La presente controversia afferisce ad un licenziamento collettivo rispetto al quale trovano pacifica applicazione gli art. 1, secondo comma e 10 del D.lgs 4 marzo 2015 n. 23.

Alla ricorrente , infatti, originariamente assunta con un contratto di lavoro a termine in data antecedente al 7 marzo, ossia in data 14 gennaio 2013, è stata disposta una trasformazione del contratto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato in data successiva, con conseguente applicazione della disciplina del cd. contratto di lavoro a tutele crescenti

La data di costituzione del rapporto determinerebbe l'applicazione del regime previsto dall'art. 18 Stat. Lav., in quanto antecedente al 7 marzo 2015: tuttavia la circostanza che il rapporto di lavoro sia stato trasformato a tempo indeterminato in data 31.03.2015, ossia in una data successiva al 7 marzo 2015 impone l'applicazione della nuova normativa in forza della previsione del secondo comma dell'art. 1 che estende ai rapporti di lavoro trasformati il campo di applicazione della nuova disciplina.

Il riferimento temporale introdotto dal d.lgs. 23/15 rileva direttamente ai fini della decisione della controversia, in quanto la data di costituzione del rapporto e la conversione del rapporto determinano la scelta del regime normativo applicabile.

Il licenziamento oggetto di causa si riferisce, inoltre, ad una ipotesi disciplinata dall'art. 24 della legge 23 luglio 1991 n. 223, attuativa della direttiva dell'Unione 98/59/CE.

Tali licenziamenti sono sottoposti dall'art. 10 del d.lgs 23/15 ad un regime sanzionatorio meramente indennitario e oggettivamente differente in senso peggiorativo rispetto a quello previsto dall'art. 5, 3° co. della legge 23 luglio 1991 n. 223, novellato dalla legge 92/12, che contempla in particolare per la

ipotesi di violazione dei criteri di scelta la reintegrazione nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno sino ad un massimo di dodici mensilità, oltre il versamento dei contributi.

Assume, pertanto, rilevanza nella prospettiva della coesistenza di due regimi con riferimento a tale tipologia di licenziamento il vaglio della conformità del nuovo regime meramente indennitario con il diritto dell'Unione.

I numerosi profili di contrasto, sia sotto il profilo della adeguatezza ed effettività della tutela avverso il danno subito dalla perdita del posto di lavoro sia di ragionevolezza della coesistenza di due regimi sanzionatori, incidono sul giudizio di aderenza ai parametri costituzionali e del diritto comunitario necessario ai fini della selezione del sistema di tutela applicabile al licenziamento intimato alla Pines. Infatti l'eventuale violazione dei parametri dell'Unione determinerebbe una modifica della nuova disciplina.

Gli strumenti di tutela previsti dal Legislatore italiano nell'ambito dei licenziamenti collettivi oggetto della direttiva 98/59/CE rilevanti nella fattispecie in esame

L'evoluzione normativa sui modelli sanzionatori in caso di licenziamenti collettivi ha determinato, allo stato attuale, la coesistenza di tre regimi profondamente diversi tra loro, che in astratto possono trovare contestuale applicazione in una medesima procedura di licenziamento collettivo.

Per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti fino al 7 marzo 2015 trova, infatti, applicazione l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori che assicura ai lavoratori, in caso di violazione dei criteri di scelta, la tutela reale rappresentata dalla reintegrazione nel posto di lavoro. Infatti l'art. 5, comma 3, della Legge 223

del 1991 (novellato dalla Legge n. 92/2012) statuisce che “ In caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al quarto comma del medesimo art. 18”. L’art. 18, quarto comma, della legge 20 maggio 1970 n. 300 dispone che “ il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma ed al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura della indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione...” Tale regime, oltre a ripristinare il rapporto di lavoro all’interno di un modello processuale caratterizzato da celerità (il cosiddetto “ Rito Fornero”), attribuisce al lavoratore un indennizzo pari a 12 mensilità, oltre alla facoltà di esercitare una opzione alternativa al posto di lavoro per ulteriori 15 mensilità: inoltre per il lavoratore illegittimamente licenziato sussiste il diritto alla ricostituzione integrale della posizione previdenziale. Nella ipotesi, invece, di violazione delle procedure, l’art. 5 della legge 223/1991 già citato richiama il terzo periodo del settimo

comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori , il quale a sua volta rinvia al quinto comma dell'art. 18 riconoscendo al lavoratore una sanzione parametrata sulla retribuzione globale di fatto variabile da 12 a 24 mensilità.

Per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti a decorrere dal 7 marzo 2015 e comunque per i rapporti di lavoro a termine convertiti a far tempo da tale data, come nel caso che ci occupa, trova, viceversa, applicazione l'art. 10 della legge 4 marzo 2015 n. 23. Tale norma dispone che “ in caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all'articolo 2 del presente decreto. In caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all'articolo 3, comma 1”. Tale ultima norma (art. 3, comma 1 D. Lgs. 23/2015), prevede, a sua volta, che il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità”. Orbene, con sentenza n. 194 del 26.9.2018, depositata il successivo 8.11.2018, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, D. Lgs. 23/2015 , 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”. In particolare, la Corte Costituzionale ha evidenziato come la norma in questione, introducendo un meccanismo di indennizzo legale forfettizzato ancorato esclusivamente all'anzianità di servizio, contrasta tanto con il principio di uguaglianza, quanto con quello di ragionevolezza, poiché non consente di valutare tutti i fattori che incidono sulla determinazione del risarcimento a fronte di un licenziamento illegittimo, finendo così per tradire “la finalità primaria della tutela risarcitoria, che consiste nel prevedere una compensazione adeguata del pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato”. La Corte costituzionale ha quindi concluso nei seguenti termini: “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 – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n.23 del 2015 – 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)”. A seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, quindi, nelle ipotesi previste dall'art. 3, comma 1, D. Lgs. 23/2015, al fine di determinare l'indennità risarcitoria il Giudice dovrà in primis partire dalla all'anzianità di servizio, in quanto tale criterio rappresenta in nome della certezza del diritto la ispirazione dell'intervento legislativo, considerando, altresì, anche i criteri che, tradizionalmente, sono stati utilizzati in materia, quali le dimensioni dell'impresa, le condizioni ed il comportamento delle parti, il tutto nell'ambito dei limiti (minimo e massimo) che rimangono inalterati. Appare evidente, dunque, che la norma citata, escludendo espressamente l'istituto della reintegrazione (in

attuazione dei parametri stabiliti dall'art.1, 7° co. della legge delega 183/14), stabilisce un'unica sanzione, sia in caso di violazione delle procedure sia per l'ipotesi della violazione dei criteri di scelta, costituita da una indennità onnicomprensiva, che non è assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo variabile, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità. La disciplina del 2015 a sua volta ha subito, per effetto del Decreto legge del 12.07.2018 n. 87, convertito con modificazioni nella Legge n. 96 del 9.08.2018, una ulteriore modifica del sistema sanzionatorio che prevede per i rapporti di lavoro cessati a decorrere dalla sua entrata in vigore (13 luglio 2018) una sanzione variabile tra un limite minimo di sei ed un limite massimo di trentasei mensilità. Nell'arco di pochi anni, quindi, sono stati introdotti tre distinti e differenti modelli che trovano applicazione nei confronti di identici rapporti di lavoro sottoposti ad una stessa comparazione nella medesima procedura di licenziamento collettivo. A ciò deve aggiungersi che il parametro di riferimento nel primo modello è rappresentato dalla retribuzione globale di fatto, mentre, negli altri due modelli, è costituito dalla retribuzione utile ai fini del trattamento di fine rapporto che, ai sensi dell'art. 2120 c.c., può essere anche fortemente ridimensionata, in quanto l'individuazione delle voci computabili ai fini di tale istituto è rimessa alla contrattazione collettiva. La tutela indennitaria, inoltre, è ancorata alla retribuzione da ultimo percepita dal lavoratore, assicurando in tal modo una tutela soggetta a forti limitazioni a causa delle lungaggini che caratterizzano notoriamente il sistema giudiziario italiano: i lunghi tempi di definizione sono posti totalmente a carico del lavoratore che neppure può fruire della tutela più rapida prevista per gli altri identici licenziamenti assoggettati al rito di cui all'art.1, co. 48 della legge 92/12.

La procedura di licenziamento collettivo che ha interessato la Consulmarketing s.p.a. consente a tutti i lavoratori del Fallimento Consulmarketing s.p.a. di richiedere ed ottenere (anzi hanno già ottenuto) l'istituto della reintegrazione, con *la sola eccezione della ricorrente* che nell'attuale assetto normativo può rivendicare un indennizzo ricompreso tra 4 e 24 mensilità (la cui individuazione è rimessa alla discrezionalità del Giudicante, il quale deve tener conto in modo prioritario del parametro della anzianità di servizio, nonché degli ulteriori parametri rappresentati delle dimensioni dell'azienda, del numero dei dipendenti del comportamento delle parti così come previsto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018) , in quanto il licenziamento comminato ed impugnato è antecedente alla entrata in vigore del decreto legge n. 87/18, senza alcuna possibilità di ottenere una ricostituzione della posizione previdenziale. Peraltro occorre ricordare che l'intervenuto fallimento della ex datrice di lavoro non rappresenta un elemento ostativo alla applicazione della tutela reintegratoria, in quanto in caso di fallimento dell'impresa datrice di lavoro dopo il licenziamento di un suo dipendente, questi ha interesse ad una sentenza di reintegra nel posto di lavoro, dalla quale possono scaturire una serie di utilità, quali la ripresa del lavoro (in relazione all'eventualità di un esercizio provvisorio, di una cessione dell'azienda o della ripresa della sua amministrazione da parte del fallito a seguito di concordato fallimentare o di ritorno in bonis) o l'eventuale ammissione ad una serie di benefici (indennità di cassa integrazione, di disoccupazione, di mobilità). (Cfr. Corte di Cassazione, sezione lavoro, sentenza n. 2975 del 3 febbraio 2017).

I principi di effettività, adeguatezza e deterrenza della sanzione per violazioni di diritti fondamentali di matrice comunitaria: l'art. 30 della

Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 24 della Carta sociale europea e la direttiva 98/59/CE

Nell'esaminare il diritto dell'Unione in materia di licenziamenti, va ricordato che l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea recita così: *“Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”*. L'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea impone, quindi, di prevedere nei confronti dei licenziamenti una tutela, assunta a valore di diritto fondamentale, che deve essere conforme al diritto dell'Unione sulla base di un rinvio alle legislazioni nazionali. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione costituisce fonte di diritto dell'Unione in conformità al richiamo contenuto nell'art. 6 del Trattato dell'Unione che le attribuisce lo stesso valore giuridico del Trattato. L'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali riconosce al lavoratore un diritto pieno, immediatamente rivendicabile con efficacia orizzontale nei rapporti giuridici nei quali trova applicazione, non limitandosi ad affermare un principio operante solo sul piano esegetico *“ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti”*, ai sensi dell'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali. Il diritto alla tutela dell'art. 30 opera a tutela di tutte le tipologie di licenziamento, stante la competenza dell'Unione ad intervenire con propri atti normativi su tale materia per effetto dello specifico rinvio contenuto nell'art. 153.1.d) del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE) nell'ambito delle azioni in tema di politica sociale.

La specifica disciplina dei licenziamenti collettivi rientra certamente nell'alveo dispositivo del diritto dell'Unione, la quale, sul punto, ha da tempo esercitato la propria potestà normativa con l'approvazione della direttiva 98/59/CE attuata in

Italia con la Legge 23 luglio 1991 n. 223. La materia dei licenziamenti collettivi, ivi compresa, quindi, anche la valutazione dell'adeguatezza della tutela, rientra, pertanto, per effetto dell'adozione dello specifico atto normativo, nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori., così come modificato dall'art.1, co. 46 della legge 92/12 e l'art. 10 del D.lgs 4 marzo 2015 n. 23 costituiscono le due specifiche discipline che sanciscono il livello di tutela assicurato ai lavoratori dalla normativa attuativa del diritto dell'Unione. La direttiva 98/59/CE risponde alla primaria esigenza di assicurazione di una concreta e sostanziale uniformità normativa e di tutela effettiva e adeguata finalizzata a prevenire che diversità normative possano costituire un ingiustificato svantaggio per determinati lavoratori nell'ambito di situazioni di crisi aziendali, onde impedire che fattori di disomogeneità normativa possano incidere nelle scelte dell'impresa. Il secondo considerando della direttiva 98/59/CE stabilisce, inoltre, *“che occorre rafforzare la tutela dei lavoratori in caso di licenziamenti collettivi, tenendo conto della necessità di uno sviluppo economico-sociale equilibrato nella Comunità”*. I diritti assicurati ai singoli dal diritto dell'Unione e i principi che permeano la tutela accordata avverso i licenziamenti trovano quindi diretta applicazione alla materia dei licenziamenti collettivi. L'art. 10 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 introduce una nuova e concorrente disciplina di tutela avverso i licenziamenti collettivi, intervenendo su una materia attratta nelle competenze dell'Unione, che può trovare concreta applicazione solo ove sia compatibile con i diritti assicurati ai singoli dal Trattato e risponda allo stesso tempo ai parametri di legittimità e compatibilità dei principi fondamentali dell'Unione (cfr art. 52, 5° co. della CdfUE). Ricordati i licenziamenti collettivi nell'ambito della tutela assicurata dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, si osserva che tale diritto deve essere assicurato

“conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”. La tutela avverso i licenziamenti aventi una rilevanza nell’ambito del diritto comunitario si attua, pertanto, attraverso un duplice rinvio a sistemi normativi. Sebbene lo stesso art. 30 della Carta dei diritti Fondamentali dell’Unione stabilisca una facoltà normativa in capo ai singoli Stati, in ordine alle conseguenze derivanti da un recesso illegittimo, tuttavia tale facoltà deve essere esercitata, per espressa previsione della norma, *“conformemente al diritto dell’Unione”*. Tale inciso introduce un limite esterno, e quindi un parametro inderogabile per il legislatore nazionale. Il vincolo imposto alla legislazione dei singoli Stati di attuare una normativa *“conformemente”* al diritto dell’Unione impone di ritenere che sul regime sanzionatorio non sussista una assoluta autonomia normativa dei singoli Paesi membri. Assume, quindi, rilevanza anche per il legislatore nazionale che intenda disciplinare le conseguenze di un licenziamento collettivo il contenuto della tutela stabilita in tale sistema, caratterizzata da effettività, adeguatezza e dissuasività, nonché il rispetto del principio di uguaglianza e di non discriminazione, elementi entrambi sanciti dagli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione che, in quanto principi fondamentali, non possono essere disattesi in sede di esercizio della potestà normativa da parte del Legislatore nazionale

Ai fini della individuazione del contenuto minimo del *“diritto alla tutela”* nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione assumono una valenza essenziale le dichiarazioni condivise dai paesi membri, le cd. *“Spiegazioni”* (2007/C 303/02), allegare alla Carta dei diritti Fondamentali dell’Unione in occasione della stipula, la cui finalità espressa è quella di guidare l’interprete nella concreta individuazione del contenuto normativo del diritto. Le Spiegazioni rappresentano infatti la chiave di lettura dei diritti fondamentali di matrice

comunitaria, che a loro volta condizionano la validità e la compatibilità degli atti dell'Unione e dell'attività normativa dei paesi aderenti nei settori rientranti nell'ambito del diritto comunitario. L'art. 52, settimo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione impone, infatti, ai giudici dell'Unione e degli Stati di tenere “*nel debito conto*” le Spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della Carta.

Le Spiegazioni costituiscono conseguentemente il parametro di riferimento per interpretare le norme di matrice comunitaria e per applicarle al livello nazionale. “La Spiegazione” allegata all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione chiarisce che “*Questo articolo si ispira all'articolo 24 della Carta Sociale riveduta*”. Il contenuto della tutela del diritto fondamentale sancito dall'Unione deve quindi ispirarsi e non porsi in chiave antinomica rispetto al parametro del “congruo indennizzo”, o di “altra misura adeguata”, sancito dall'art. 24 della Carta Sociale Europea. Si tratta di una disposizione normativa dal contenuto puntuale e specifico e non semplicemente di una disposizione di principio e/o programmatica. I parametri puntuali contenuti nella norma in questione costituiscono, quindi, un imprescindibile elemento di riferimento in sede di interpretazione del livello di tutela avverso i licenziamenti intervenuti a conclusione della procedura di licenziamento collettivo.

La Carta Sociale Europea assurge, nel diritto dell'Unione, per effetto del richiamo contenuto nella Spiegazione, a punto di riferimento che deve essere considerato dall'interprete nella valutazione del modello sanzionatorio nella sua rilevanza comunitaria di “diritto fondamentale alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato”. Il richiamo alla Carta Sociale Europea, contenuto sia nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che nelle Spiegazioni allegata all'art. 30, non può non essere riferito anche al percorso

ermeneutico che viene elaborato dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, in conformità alle regole di interpretazione dei trattati. Ai sensi dell'art. 31, 2° co. lettera b) della Sezione III della Convenzione di Vienna che detta le regole di interpretazione dei Trattati, le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, organismo previsto dalla Carta Sociale revisionata preposto al monitoraggio dell'adempimento degli Stati agli impegni della Carta, sia pur non aventi una caratterizzazione giudiziale, concorrono a determinare il contenuto del vincolo condiviso dalle parti contraenti: è evidente che tali decisioni non possono essere riduttivamente considerate quale mera *opinio iuris* espressione di un organo consultivo. Conforme all'art. 31 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sull'interpretazione dei Trattati, l'obbligo imposto dal Trattato di "tenere in debito conto" il contenuto della Carta Sociale impone, pertanto, all'interprete di considerare i principi ricavabili dalla Carta Sociale nel suo contenuto dinamico, al fine di integrare, previa valutazione di compatibilità, il contenuto del diritto fondamentale nell'ordinamento dell'Unione.

Alla luce di tali argomentazioni si può ben affermare che qualunque interpretazione dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione che si ponga in conflitto con la Carta Sociale Europea, che, viceversa, ne rappresenta l'ispirazione, deve ritenersi del tutto incompatibile con la volontà delle parti contraenti. La tutela approntata avverso il licenziamento si completa, quindi, sotto il profilo contenutistico, per il tramite della Spiegazione, qualificando la tutela in termini di effettività, adeguatezza e dissuasività. L'effettività della sanzione a presidio del diritto ad una adeguata protezione avverso i licenziamenti rientranti nell'ambito del diritto comunitario impone, quindi, di ritenere ai fini della tutela riconosciuta dal diritto dell'Unione i principi di effettività, deterrenza e adeguatezza della sanzione previsti dall'art. 24 della Carta Sociale Europea alla

quale l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali si ispira. Tali principi radicati nell'art. 24 della Carta Sociale Europea hanno trovato conferma nella decisione del 31.01.2017 (Reclamo n. 106/2014, Finnish Society of Social Rights c. Finlande), con la quale il Comitato Europeo dei Diritti Sociali ha rilevato la totale incompatibilità del "congruo indennizzo" previsto della Carta Sociale con i sistemi indennitari caratterizzati da un plafond. Secondo il significato dell'art. 24 della Carta Sociale Europea frutto della attività interpretativa del Comitato Europeo dei Diritti Sociali la sanzione a presidio del danno che deriva da un licenziamento collettivo illegittimo deve, pertanto, ripristinare il rapporto ("adeguata riparazione"), ovvero assicurare una tutela risarcitoria adeguata al danno subito dal lavoratore nel periodo, ripristinando in toto le conseguenze economiche ricomprese dalla data di intimazione del licenziamento a quello di accertamento ("congruo indennizzo"), nonché garantendo un effettivo ristoro della perdita subita, anche successivamente alla decisione che ha verificato l'illegittimità. Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali, muovendo dall'esigenza di operare il corretto bilanciamento tra l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto e l'interesse organizzativo-finanziario del datore di lavoro, ha ritenuto che costituisca "adeguata compensazione" quella che include: a) il rimborso delle perdite economiche subite tra il licenziamento e la decisione del ricorso ("reimbursement of financial losses incurred between the date of dismissal and the decision of the appeal body"); b) la possibilità di reintegrazione ("reinstatement"); c) una compensazione economica di livello sufficientemente elevato da assicurare la reintegra del danno e dissuadere il datore di lavoro dal reiterare illecito ("compensation at a level high enough to dissuade the employer and make good the damage suffered by the employee"). In sostanza, secondo il Comitato i rimedi di carattere indennitario-risarcitorio possono essere

considerati adeguato rimedio compensativo soltanto quando siano tali da reintegrare il lavoratore illegittimamente danneggiato in una situazione non meno favorevole di quella in cui in cui egli si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato commesso (“the possibility of awarding the remedy recognises the importance of placing the employee back into an employment situation no less favourable than he/she previously enjoyed”).

Dall'analisi del percorso argomentativo sviluppato dal Comitato, si evince che rimedio reintegratorio e rimedio compensativo sono strumenti di tutela qualitativamente eterogenei, in quanto per natura diretti a reintegrare tipologie di danno sostanzialmente non assimilabili. In coerenza con tale principio il Comitato, muovendo dal rilievo che sono ben ravvisabili casi concreti in cui il danno effettivo subito dal lavoratore in conseguenza del licenziamento ingiustificato è superiore al plafonnement prestabilito dalla legge, ha ritenuto che la legislazione finlandese, nel prevedere un limite di 24 mesi di retribuzione quale soglia risarcitoria massima onnicomprensiva del danno, integri una violazione dell'art. 24 della Carta in quanto inidonea ad assicurare che la compensazione economica del danno sia in ogni caso commisurata alla perdita effettivamente sofferta.

A tale proposito occorre citare, in ragione della specularità rispetto alla disciplina sanzionatoria dell'art. 8 della l. n. 604 del 1966, le Conclusioni tratte nel 2012 nei confronti della Bulgaria, ove il Comitato ha ritenuto inadeguato il limite compensatorio massimo di sei mesi di retribuzione previsto dalla legge nazionale bulgara (Conclusioni 2012 Bulgaria).

Quanto al particolare profilo dell'inesistenza nel diritto finlandese del rimedio reintegratorio, il Comitato ha chiarito che una corretta lettura dell'art. 24 della Carta, nell'inciso ove esso fa riferimento ad “altra adeguata riparazione”, impone

che il concetto di “other appropriate relief “ debba necessariamente abbracciare la tutela reintegratoria, la quale è il rimedio per eccellenza in grado di porre il lavoratore nello status quo ante. Ed infatti il Comitato ha escluso che possa costituire riparazione in sé “adeguata” l’obbligo legale di reimpiegare il lavoratore licenziato in caso di nuova assunzione nei nove mesi successivi al recesso, atteso che la tutela reintegratoria deve poter operare senza limitazioni temporali o comunque rimesse alla valutazione discrezionale del datore di lavoro (nello stesso senso, Conclusioni Finlandia 2012). Secondo il Comitato europeo il rimedio compensatorio, qualora previsto in via alternativa rispetto al rimedio reintegratorio, può essere considerato adeguata forma di tutela soltanto quando sia di entità tale da garantire al lavoratore un ristoro tendenzialmente integrale del danno patrimoniale sofferto, e quindi tale da assorbire l’equivalente economico del valore del posto di lavoro illegittimamente perduto, senza esaurirsi necessariamente in esso. L’approccio del Comitato si ispira al principio della tutela per equivalente per cui, in assenza della reintegrazione, al lavoratore dovrebbe essere garantito un indennizzo che copra integralmente i danni subiti (danno emergente e lucro cessante) . Secondo tale prospettiva dovrebbe sempre essere garantita la retribuzione non corrisposta dal momento del licenziamento fino alla sentenza che condanna al pagamento dell’indennizzo o alla reintegra. La retribuzione non corrisposta spetta infatti integralmente anche in caso di reintegra e, eventualmente, si somma ad un congruo indennizzo nel caso in cui il lavoratore non sia reintegrato.

Dall’esame dei provvedimenti citati si evince chiaramente che il concetto di “forbice edittale” si pone in tendenziale contrasto con i criteri di tutela minima previsti dall’art. 24 della Carta, atteso che esso, imponendo un criterio di liquidazione intrinsecamente forfetizzato, determina un’inevitabile divaricazione

tra danno effettivo e liquidazione concreta. Occorre, peraltro, ricordare che tale approccio interpretativo risulta sostanzialmente coerente con le previsioni dell'art. 10 della Convenzione OIL n. 158 del 1982, non ratificata dall'Italia, il quale concepisce l'annullamento del licenziamento con reintegrazione nel posto di lavoro quale rimedio principale di tutela del lavoratore, mentre i rimedi di "adeguato indennizzo o ogni altra appropriata forma di riparazione" sono legittimati ad operare in via solamente subordinata, quando l'organo giurisdizionale investito della controversia, sulla base della legge nazionale applicabile, non disponga del potere di annullamento/reintegrazione.

Alla luce di tale coordinate ermeneutiche si può ben affermare che le previsioni del diritto comunitario e del diritto internazionale del lavoro sono saldamente basate sul principio che vede nella reintegrazione la regola e nella tutela risarcitoria per equivalente la eccezione.

I principi di effettività e adeguatezza, così come interpretati dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, caratterizzano in modo appropriato la tutela, qualificando in tal modo lo strumento sanzionatorio idoneo a dissuadere e disincentivare il datore di lavoro dall'adozione di licenziamenti illegittimi. I principi in tema di "congruo indennizzo", alternativo ad "altra misura adeguata", sanciti dall'art. 24 della Carta Sociale Europea, sono dotati di specificità e, così come interpretati, assumono, per effetto del richiamo nelle Spiegazioni, una doppia valenza nell'art. 30 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione. In primo luogo, tali principi sono diretti ad individuare il tipo di tutela riconosciuta nel diritto dell'Unione, operando l'art. 24 della Carta Sociale Europea come parametro integrativo del contenuto del diritto dell'Unione ed in secondo luogo sono diretti a limitare la potestà normativa dei singoli Stati che, dovendo essere

conforme, non può discostarsi dai parametri considerati dalla fonte ispiratrice che ha sancito il diritto fondamentale.

Le misure ripristinatorie, espressione della “adeguata riparazione” di cui all’art. 24 della Carta Sociale Europea, sono del tutto coerenti con il criterio di effettività e dissuasività del diritto dell’Unione. In modo analogo, la previsione di un “congruo indennizzo” rispondente ai parametri di effettività, adeguatezza e capacità dissuasiva appare del tutto conforme con il diritto dell’Unione a tutela di diritti “fondamentali” sanciti dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione. Con riferimento agli atti lesivi del principio di non discriminazione sancito dall’art. 21 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione, l’art. 18 (Risarcimento o riparazione) della direttiva 2006/54/CE in materia di parità di trattamento tra uomini e donne nell’ambito della occupazione, con riferimento alle tipologie di tutela stabilisce che “ gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito. Tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori, fatti salvi i casi in cui il datore di lavoro può dimostrare che l'unico danno subito dall'aspirante a seguito di una discriminazione ai sensi della presente direttiva è costituito dal rifiuto di prendere in considerazione la domanda”. In simili termini si esprime anche la direttiva 200/78/CE che impone a presidio di un diritto fondamentale della Carta sanzioni “effettive, proporzionate e dissuasive”. I principi richiamati, a loro volta, rispondono ai parametri stabiliti sia dall’art. 19 del TUE che dall’art. 47 della Carta dei diritti Fondamentali dell’Unione che riconoscono il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva a protezione dei diritti fondamentali. La

giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con numerose pronunce, ha sancito il principio secondo il quale i diritti sociali fondamentali affermati dal diritto dell'Unione devono essere tutelati da sanzioni "effettive" ed "efficaci" che abbiano per il datore di lavoro "un effetto dissuasivo reale" (cfr sentenza Corte di Giustizia Von Colson C 14/83). La scelta di un rimedio risarcitorio impone, per consolidato orientamento della Corte di Giustizia, un risarcimento tendenzialmente pieno del danno della vittima, nell'ambito del quale, la previsione di un massimale e di misure inadeguate a riparare il decorso del tempo risultano tutele inadeguate allo scopo (cfr. Corte di Giustizia sentenza Marshall II C- 271/91 e sentenza 4 dicembre 2003 Evans C-63/1).

Il principio della parità di trattamento (art. 20 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione)

Il diritto dell'Unione non può, inoltre, ritenersi compatibile con un sistema di tutela dei licenziamenti che, in presenza di situazioni non differenziate, determini una difformità di trattamento, dato che un duplice modello sanzionatorio confliggerebbe con il principio di parità di trattamento.

L'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione statuisce che "*tutte le persone sono uguali davanti alla legge*" intendendosi per "legge" il complesso di norme che caratterizzano il sistema normativo dell'Unione. Il principio *de quo* deve, quindi, trovare piena applicazione con riferimento ai licenziamenti collettivi: i lavoratori che prestano attività in forza di identiche tipologie contrattuali vengono sottoposti allo stesso tempo ad una procedura selettiva nella quale rilevano professionalità omogenee e criteri oggettivi selettivi che trovano applicazione nella medesima azienda in una stessa frazione temporale. La diversa data di assunzione non può avere alcuna rilevanza ai fini di

giustificare una tutela difforme ma concorrente, in quanto il fattore tempo non giustifica una sostanziale diversità di tutela per licenziamenti caratterizzati da una procedura collettiva che si applica allo stesso tempo ai lavoratori coinvolti dal processo selettivo omogeneo. Il principio di uguaglianza non viene, infatti, interpretato dalla giurisprudenza comunitaria in termini assolutamente formali di sovrapposizione di identiche fattispecie, in quanto ne afferma la violazione *“allorchè a due categorie di persone le cui situazioni di fatto e di diritto che non presentino alcuna differenziazione essenziale, sia riservato un diverso trattamento”* (cfr. Tribunale di primo grado 14 aprile 1994 C 388/07). Deve quindi ritenersi che, nell’ambito del diritto dell’Unione, non possa considerarsi compatibile un contemporaneo doppio regime di tutela avverso licenziamenti che, sia pur basati sugli stessi presupposti perfezionati allo stesso tempo, stabiliscano, per due rapporti di lavoro aventi le stesse caratteristiche, una tutela più forte per alcuni e più debole per altri, ossia reintegratoria per alcuni e meramente indennitaria per altri.

Un doppio sistema di tutela che prevede sanzioni profondamente diverse per fattispecie identiche valutate nello stesso momento non garantisce una tutela rispondente al principio di uguaglianza, né un sistema adeguato ed effettivo, non dissuadendo il datore di lavoro dall’applicare il rapporto meno tutelato.

In relazione alla incompatibilità della direttiva 98/59/CE con un concorrente duplice sistema di tutele, giova richiamare il principio dell’Unione in forza del quale identiche situazioni da proteggere nella stessa frazione temporale devono inoltre beneficiare della medesima tutela effettiva.

Il principio di uguaglianza sancito per gli atti normativi di fonte comunitaria costituisce, infatti, un parametro interpretativo primario per tutti gli atti legislativi dell’ordinamento, ivi comprese le direttive che costituiscono una *species*

dell'articolato complesso di norme che concorrono a determinare l'ordinamento dell'Unione. Il principio di uguaglianza deve, pertanto, necessariamente caratterizzare la procedura di licenziamento collettivo sia nella fase procedurale che nel sistema di tutele apprestate al lavoratore illegittimamente estromesso, dal momento che sia la situazione di fatto (assoggettamento ad una identica procedura selettiva avente presupposti comuni) che di diritto (identico tipo di rapporto, tipologia di recesso, assoggettamento alle stesse garanzie procedurali, sottoposizione a comuni criteri di individuazione) sono identiche e non presentano una differenziazione essenziale. L'unica differenziazione riscontrabile nei rapporti assoggettati alla stessa procedura è quella ravvisabile nel semplice fattore tempo rappresentato dalla data di assunzione. Tale elemento non rappresenta di certo una differenziazione essenziale nell'ambito di una procedura caratterizzata, viceversa, dalla sincronicità e dalla omogeneità dei criteri di selezione e dalla unicità del procedimento. La procedura di licenziamento collettivo disciplinata dalla direttiva 98/59/CE, che sottopone contemporaneamente un gruppo omogeneo di lavoratori appartenenti ad una stessa azienda nella quale prestano la propria attività lavoratori adibiti a mansioni del tutto fungibili persegue in sé la finalità di assicurare un identico sistema selettivo nella scelta del lavoratore in esubero, il quale potrebbe essere vulnerato dalla simultanea applicazione di modelli di tutela forti per alcuni e deboli per altri. Deve sussistere, pertanto, una corrispondenza biunivoca tra i profili fattuali e quelli giuridico-sanzionatori della fattispecie.

Il principio di non discriminazione (art. 21 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione)

Una differenziazione normativa del regime di tutela basata sul solo fattore “tempo”, rappresentato dalla data di assunzione in realtà costituisce un elemento oggettivamente discriminatorio indiretto.

Un fattore che deve essere considerato ai fini di assicurare un omogeneo trattamento è rappresentato, relativamente alla fattispecie rimessa al vaglio di questo Giudicante, dall’esigenza di ritenere che l’anzianità lavorativa di un lavoratore assunto con contratto di lavoro a termine non venga trattata in forma diversa rispetto ad un lavoratore assunto a tempo indeterminato. Tale principio è espressamente sancito chiaramente dall’art. 4 della direttiva 99/70/CE per la quale i criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato. Appare incompatibile con il richiamato principio di non discriminazione un doppio regime di tutela che garantisca per i rapporti di lavoro a tempo determinato trasformati una tutela diversa e più debole rispetto a quella stabilita per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato, nel caso in cui detti rapporti avessero una pari anzianità e decorrenza: in tal modo, infatti, non si riconoscerebbe alcuna rilevanza all’anzianità lavorativa pregressa. Ai sensi della giurisprudenza dell’Unione il principio di non discriminazione per i lavoratori assunti a termine esclude, *“in generale ed in termini non equivoci”*, qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, *“sicché la stessa ha carattere incondizionato e può essere fatta valere dal singolo dinanzi al giudice nazionale, che ha l’obbligo di applicare il diritto dell’Unione e di tutelare i diritti che quest’ultimo attribuisce, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno”* (Corte di Giustizia 8 settembre 2011, C-177/10; Corte di Giustizia 15 aprile 2008, C- 268/06; Corte di Giustizia 13 settembre 2007, C-

307/05). Il dedotto principio di non discriminazione non può essere interpretato in modo restrittivo, né assume una rilevanza ai fini della diversità di trattamento la natura del datore di lavoro, poichè la disparità *“può essere giustificata solo da elementi precisi e concreti di differenziazione che contraddistinguano le modalità di lavoro e che attengano alla natura ed alle caratteristiche delle mansioni espletate”* (Corte di Giustizia 18 ottobre 2012, cause riunite C-302/11 e C-305/11). Nella procedura di licenziamento collettivo le mansioni comparate nello stesso procedimento sono omogenee e l’anzianità lavorativa non può quindi essere diversamente valutata con riferimento alla sanzione applicabile a seconda del tipo contrattuale.

Prima questione: compatibilità dell’art. 4 della direttiva 90/70/CE e degli art. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione con le previsioni dell’art. 1, secondo comma e dell’art. 10 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23.

Considerato che la controversia sottoposta all’esame del Giudicante è caratterizzata da una diversa tutela riconosciuta alla ricorrente per effetto della data di trasformazione del rapporto a termine, essendo pacifico che, ove venisse considerata la data di stipula del contratto di lavoro, troverebbe applicazione l’istituto della reintegrazione, si impone in primo luogo un rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TFUE al fine di interpretare il contenuto delle norme dell’Unione citate per verificare se la tutela apprestata con il D.lgs 23/15 consenta di ritenere il modello sanzionatorio compatibile. L’art. 1, 2° co. del d.lgs 4 marzo 2015 n. 23 esclude l’anzianità ininterrotta dei rapporti di lavoro a termine (si tratta di un dato rilevante nel presente giudizio) ai fini della tutela forte prevista per i licenziamenti collettivi affermando che, ai fini del sistema sanzionatorio, non rileva l’antecedente data di costituzione del rapporto di lavoro

e quindi l'anzianità pregressa, bensì la data di conversione del rapporto. Vi è la coesistenza nel medesimo momento di discipline radicalmente diverse e riferite a fattispecie identiche che si verificano nello stesso segmento temporale.

I rapporti di lavoro a tempo determinato, quindi, pur stipulati contestualmente ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato ai fini della tutela prevista per i licenziamenti collettivi, vengono penalizzati in quanto l'art. 1, 2° co del d.lgs 23/15 esclude espressamente il periodo precedente.

Le assunzioni dei rapporti di lavoro a termine antecedenti alla data di entrata in vigore del decreto vengono, quindi, irragionevolmente discriminate ai fini della tutela applicabile al rapporto. Peraltro va osservato che la conversione del rapporto di lavoro a termine non costituisce una "nuova assunzione" dal momento che il rapporto lavorativo, già costituito, viene solo modificato con riferimento alla clausola accidentale della durata apposta al contratto, che permane identico nell'assetto dei vincoli obbligatori che caratterizza il rapporto tra datore di lavoro e lavoratore. La conversione del rapporto di lavoro sulla base della consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione non costituisce, infatti, una nuova assunzione. La giurisprudenza della Corte di Cassazione afferma l'inapplicabilità di istituti connessi con le nuove assunzioni con riferimento alle trasformazioni dei contratti a termine in quanto "*si tratta di situazioni oggettivamente diversificate*". (cfr Cass., 20 dicembre 1996, n.11442). La differenza ontologica tra l'istituto della "trasformazione", che non incide sulla data di costituzione del rapporto, ma solo su una clausola accidentale del contratto già perfezionato, e una "nuova assunzione", non consente affatto di porre la assunzione e la trasformazione di un contratto a termine sullo stesso piano.

Tale disposizione pone indubbiamente una questione interpretativa con riferimento alla direttiva 99/70/CE.

Il principio di non discriminazione impone, infatti, di equiparare a fini normativi il periodo di lavoro svolto durante un rapporto di lavoro a termine con quello svolto nel medesimo periodo da un lavoratore assunto a tempo indeterminato. La clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva precisa che *“per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive”*.

Nell'art.1, 2° co. del d.lgs 23/15 il lavoratore assunto a termine viene penalizzato con riferimento alle “condizione di impiego”, in quanto uno stesso periodo di lavoro riconducibile ad un unitario rapporto negoziale (*id est* quello antecedente l'entrata in vigore del d.lgs 23/15) viene diversamente trattato a seconda se riconducibile ad un contratto a tempo indeterminato o ad uno a tempo determinato. Il riferimento temporale adottato dal legislatore, in forma irragionevole, introduce una disciplina che vanifica del tutto la data di assunzione del rapporto di lavoro di un lavoratore a termine in quanto annulla, a fini normativi, il periodo di lavoro svolto nell'ambito di tale rapporto. Infatti il legislatore, ai fini della tutela , considera esclusivamente il periodo successivo alla trasformazione che non modifica la decorrenza e l'anzianità del rapporto. La norma in questione introduce inoltre la paradossale conclusione che rapporti di lavoro convertiti *ex tunc* producono effetti *ex nunc* ai fini della applicazione della disciplina del licenziamento.

Anche volendo opinare nel senso che trasformazione di un contratto a termine in contratto a tempo indeterminato e nuova assunzione con contratto a tempo indeterminato siano nozioni equipollenti, va osservato che comunque la previsione di un doppio sistema di tutela che, nell'introdurre un modello sanzionatorio depotenziato, differenzia, esclusivamente sotto il profilo sanzionatorio, identiche fattispecie, distinte solo dalla data di assunzione, presenta evidenti profili di irrazionalità sotto il profilo della ragionevolezza, proporzionalità e parità di trattamento.

Il contratto a tutele crescenti non introduce, infatti, una diversa tipologia contrattuale, né peraltro porta con sé un sistema di tutele crescenti. Il decreto legislativo n. 23/15 ha solo introdotto per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti a far data dal 7 marzo 2015 un sistema sanzionatorio nel quale viene espressamente esclusa la reintegrazione per i licenziamenti "economici": il livello di tutela è fortemente attenuato rispetto al passato sebbene la fattispecie di recesso rimanga inalterata nei suoi aspetti normativi. Questo Giudice non ignora il contenuto della sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 8.11.2018 che ha affrontato la questione di costituzionalità prospettata dal Tribunale di Roma in relazione all'art. 3, 1° co. del d.gs 4 marzo 2015 n. 23 al fine di escludere una disparità di trattamento in ragione del fluire del tempo. Tuttavia va sottolineato il dato che la sentenza della Corte Costituzionale che ha ritenuto l'irrilevanza del fluire del tempo ai fini della compatibilità con la Carta Costituzionale nell'ambito di un procedimento giudiziale relativo *ad una ipotesi di licenziamento individuale* sicuramente non rappresenta un elemento ostativo alla verifica dello stesso profilo rispetto al diritto dell'Unione (paragrafo n. 23 della sentenza CGUE, 20 dicembre 2017, causa C-322/16, Global Starred Ltd) anche perché nel caso che ci occupa viene analizzata una fattispecie di

licenziamento collettivo. In una procedura comparativa unitaria di posizioni omogenee, invece, appare irragionevole ritenere che medesimi diritti coinvolti nel simultaneo processo selettivo finalizzato ad assicurare una valutazione imparziale siano assoggettati a sistemi di tutela sostanzialmente difformi: la concorrenza di due sistemi, di cui uno meno forte, è ex se idonea ad indirizzare il potere di scelta del datore di lavoro nei confronti del rapporto meno tutelato con la conseguente rilevanza assegnata ad un fattore esogeno ai parametri selettivi generali ed astratti imposti dal Legislatore. La procedura comparativa, prevista da una fonte sovranazionale tesa a rafforzare le tutele (cfr 2° considerando della direttiva 98/59/CE) ed eliminare le differenze normative (cfr 4° considerando della stessa direttiva) è incentrata, infatti, su un'applicazione di criteri solidaristici al fine di assicurare una scelta non arbitraria ma il più possibile vincolata del datore di lavoro. La procedimentalizzazione della scelta viene garantita dall'art. 5 della legge 23 luglio 1991 n. 223, così come novellato dalla legge 92/12, attraverso tutele ripristinatorie del rapporto di lavoro al fine di dissuadere il datore di lavoro in una fase critica del rapporto, dall'esercitare in forma discrezionale o arbitraria il potere selettivo ed impedire che fattori estranei ai parametri normativi possano trovare ingresso nella procedura valutativa comparativa. La tutela reintegratoria prevista dall'art. 5 della legge 23 luglio 1991 n. 223 per i rapporti di lavoro antecedenti il 7 marzo 2015 risponde, quindi, pienamente alla finalità di dissuadere il datore di lavoro dall'esercizio, in occasione di una crisi aziendale, del potere di recesso in forma arbitraria. La tutela effettiva e ripristinatoria, oltre a rispondere alla specifica esigenza di assicurare una tutela dei diritti che riconosca tendenzialmente il bene della vita violato da un atto illegittimo (art. 24 Cost. e 111 Cost.), acquista, con riferimento al licenziamento collettivo, una valenza dissuasoria a protezione di un rapporto

costituzionalmente protetto (art. 35 Cost.) che risponde alla primaria esigenza del cittadino di emanciparsi dai fattori di disparità attraverso il lavoro (art. 3 e 4 Cost.) Il lavoratore ingiustamente licenziato assoggettato al regime del D.lgs 23/15, privato della possibilità di ripristino della propria posizione lavorativa, assume infatti integralmente, sebbene incolpevole della disoccupazione, a proprio esclusivo carico, le conseguenze previdenziali derivanti dalla perdita illegittima del posto di lavoro. I lavoratori assunti ante 7 marzo 2015 diversamente vedono assicurata la pienezza della posizione previdenziale, a prescindere dalla durata del processo e dall'indennizzo riconosciuto. Non può invero sfuggire che "il tempo del processo", lungi dall'essere neutro, determina per il lavoratore licenziato, oltre alla perdita del posto di lavoro e all'assenza del reddito, un concreto pregiudizio idoneo a riflettersi nel futuro con riferimento alla posizione previdenziale privandolo di un diritto fondamentale.

La perdita della contribuzione, viceversa assicurata ai lavoratori assunti ante marzo 2015, non può essere sostituita dal trattamento degli ammortizzatori sociali ed in particolare dalla Naspi (indennità mensile di disoccupazione), comunque garantita a tutti i lavoratori, disciplinata dal decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 che, assoggettata a stringenti limiti temporali, di contribuzione e di copertura, non garantisce la pienezza della contribuzione nel periodo di disoccupazione illegittima. La contribuzione effettiva, oggetto della tutela stabilita dall'art. 5, 3° co. della legge 223/91, come novellato dalla legge 92/12 , nel prescindere infatti dalle settimane di contribuzione, dal periodo di disoccupazione antecedente la sentenza che accerta l'illegittimità del licenziamento e dall'ammontare della retribuzione, assicura la pienezza del diritto rivendicato dal lavoratore. Tale sistema sanzionatorio assume tra l'altro una oggettiva efficacia dissuasiva del tutto assente nella previsione di cui all'art.

10 del d.lgs 23/15 che si limita a porre a carico della collettività il costo previdenziale ed assistenziale dell'atto illegittimo disincentivando il datore di lavoro dal rispetto dei criteri. Appare, quindi, irragionevole la disparità normativa del regime sanzionatorio derivante dal duplice sistema previsto su identiche fattispecie che si realizzano nello stesso momento. Il legislatore italiano, in attuazione dei criteri ricevuti che escludevano una tutela reintegratoria, ingiustificatamente ha, infatti, sottoposto a un diverso regime sanzionatorio rapporti di lavoro assoggettati ad una comune procedura selettiva caratterizzata dalla generalità ed astrattezza dei criteri selettivi, nella quale l'autonomia imprenditoriale non è libera, ma è chiaramente finalizzata al perseguimento dell'utilità sociale. La difformità dei parametri che operano sul piano della tutela dei diritti incide inevitabilmente anche sul piano sostanziale della selezione dei rapporti resi non più omogenei rispetto al potere di recesso. Il depotenziamento del sistema di tutela appare, infatti, evidentemente idoneo ad attenuare l'effetto dissuasivo di una procedura tesa ad assicurare una parità selettiva, esponendo irragionevolmente ed in forma inadeguata i soggetti meno tutelati al rischio di estromissione dal consesso lavorativo in forza di una scelta normativa nella quale appare del tutto assente qualsiasi altra forma di bilanciamento. La tutela meramente indennitaria priva di un reale contenuto deterrente vanifica tale diritto fondamentale e, nella presenza di un coesistente modello sanzionatorio reintegratorio previsto per i "vecchi", costringe irragionevolmente "i nuovi" ad una contrazione delle libertà fondamentali, non più adeguatamente protette. La differenziazione normativa del profilo sanzionatorio determina pertanto, esclusivamente un'attenuazione del livello di protezione di rapporti fondamentali per i quali l'ordinamento impone una scelta vincolata, senza alcun concreto bilanciamento di altra posizione di pari rango. Se è pur

vero, quindi, che qualsiasi regime di tutela ben può modificarsi nel tempo appare, tuttavia, irragionevole la previsione di una tutela differenziata di diritti fondamentali che si esercitano in una medesima comunità di lavoro in forma sincronica che assicuri, a taluni, una piena libertà di esercizio e, sostanzialmente privi altri dei medesimi diritti di libertà, a causa di una sostanziale negazione di misure idonee a sostenerli. Nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango (sentenza della Corte Costituzionale n.143/12) . Sebbene la tutela reale del rapporto di lavoro come ipotesi di tutela esclusiva non ha uno specifico addentellato nel diritto comunitario, alla riduzione di tale tutela, deve corrispondere, ai fini del vaglio di ragionevolezza, un conseguente incremento di altra posizione che nell'assetto normativo attuale è, viceversa, del tutto assente. D'altra parte appare paradossale ritenere che dall'abbassamento della tutela della stabilità occupazionale possa discendere un rafforzamento dell'occupazione a tempo indeterminato in procedure di licenziamento collettivo, nella quale l'eliminazione dell'istituto della reintegra nel posto di lavoro, in favore di una sanzione di carattere indennitario, finisce persino per agevolare l'espulsione dei neo-assunti.

In sostanza, la disparità di trattamento in ragione del fluire del tempo, che non rappresenta in sé e per sé un valido criterio di differenziazione dei trattamenti, deve essere ragionevole. Il canone della ragionevolezza richiede non solo un controllo di coerenza, ma anche una valutazione di congruità finalistica della legge, ossia una verifica dell'adeguatezza dei mezzi allo scopo perseguito dal legislatore. Occorre verificare la sussistenza in concreto della congruenza tra i

mezzi adottati (la riduzione delle tutele) e i fini individuati (l'aumento dell'occupazione). Senza un controllo di congruità causale e sostanziale tra le finalità enunciate dal legislatore e gli strumenti impiegati, le differenze di trattamento giuridico introdotte dalla legge sarebbero tutte automaticamente giustificate, alla stregua di un ragionamento logicamente viziato nel senso che l'enunciazione del fine finisce in sostanza per assorbire in sé la giustificazione dei mezzi.

Innanzitutto occorre ricordare che la differenziazione realizzata dalla norma non attiene alla stessa fattispecie riguardata in momenti diversi del tempo, ma alla medesima fattispecie che nello stesso momento del tempo viene trattata diversamente in ragione della data di assunzione e/o della data di conversione del contratto a termine, ossia sulla base di un dato accidentale ed estrinseco a ciascun rapporto che in nulla è idoneo a differenziare un rapporto da un altro a parità di ogni profilo sostanziale. Siamo quindi al di fuori di una normale successione nel tempo di leggi che regolano la medesima fattispecie, dove la posteriore abroga quella precedente, ma si è in presenza della contemporanea esistenza di norme relative a casi uguali. Peraltro la differenza di disciplina in tempi diversi presuppone comunque una diversità sostanziale nelle situazioni di fatto concretamente regolate, tali da fondare ragioni di differenziazione dei trattamenti basate su elementi apprezzabili sotto il profilo oggettivo, quali ad esempio la dimensione dell'impresa o la peculiarità della qualifica rivestita dal prestatore, come nel caso dei dirigenti, ragioni certamente non ravvisabili nella data di costituzione del rapporto. Tale assunto deriva dall'analisi della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di disciplina del recesso, laddove la Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare a più riprese che "ove siano previsti i casi, tempi e modi dei licenziamenti, la disciplina per essere conforme a

Costituzione deve rispecchiare l'esigenza di un trattamento eguale per situazioni eguali e può essere diversificato solo per giustificate ragioni" (sentenza n. 176/1986): pertanto la minor protezione di alcuni lavoratori non trova alcuna giustificata ragione considerata l'identica situazione di fatto dei prestatori assunti prima o dopo il 7 marzo alle dipendenze del medesimo datore di lavoro. La sentenza della Corte Costituzionale n. 94/2009 ha statuito in modo chiaro che "non contrasta di per sé con il principio di uguaglianza un differenziato trattamento *applicato alla stessa categoria di soggetti, ovvero allo stesso soggetto, ma in momenti diversi nel tempo, poiché proprio il fluire del tempo costituisce un elemento diversificatore delle situazioni giuridiche*". Importante è anche la giurisprudenza citata da quest'ultima sentenza a conferma di questo fondamentale principio, che meglio chiarisce la tesi del "fluire del tempo" (ord. n. 400/2007; sent. n. 342/2006; ord. n. 216/2005 e n. 121/2003, n. 108/2002, n. 18/1994). In tutte queste pronunce si discute di norme sopravvenute che modificano il regime di disciplina, ma sempre applicabili "*alla stessa categoria di soggetti, ovvero allo stesso soggetto, ma in momenti diversi nel tempo*". Il principio di uguaglianza è inevitabilmente violato nelle ipotesi di licenziamenti plurimi fondati sulla medesima causale, che coinvolgono lavoratori diversi, destinatari, però, di discipline diverse a seconda della data di instaurazione del rapporto di lavoro.

Ancor più problematica appare la questione relativa al rispetto del canone di ragionevolezza con riferimento alla ragione giustificatrice della norma, vale a dire lo "scopo occupazionale". Occorre porsi il problema se il "fluire del tempo" possa costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, spettando alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme in

relazione alla giustificazione teleologica della norma, vale a dire lo “scopo” perseguito dal legislatore di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione” (alinea dell’art. 1, comma 7, della legge delega n. 183/2014). Infatti la emanazione della legge delega ha inteso favorire la diffusione del contratto a tempo indeterminato come forma comune rendendolo “più conveniente” rispetto alle altre tipologie contrattuali: “Allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l’attività ispettiva, il Governo è delegato ad adottare, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi, di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, in coerenza con la regolazione dell’Unione europea e le convenzioni internazionali: a) individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l’effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali; b) promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti; c) previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all’anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ...” (cfr. art. 1, comma 7,

della Legge n°183/2014). Ed è proprio sulla base di tale specifico intento che il legislatore delegato, dunque, nell'ottica di promuovere l'espansione del contratto a tempo interminato, ha stabilito che tutti i lavoratori che avessero potuto beneficiare a partire dal 7 marzo 2015 di una assunzione a tempo indeterminato, non avrebbero più potuto invocare le tutele di cui all'art. 18 St. Lav., bensì quelle contemplate dal D.lgs. n. 23/2015. Secondo il legislatore l'introduzione di tutele più attenuate in caso di licenziamento illegittimo è diretta ad incentivare le assunzioni a tempo indeterminato.

Rispettare il principio di ragionevolezza significa anche verificare l'adeguatezza strumentale della norma scelta rispetto al fine da realizzare. Il canone della ragionevolezza non può limitarsi ad una semplice dimensione discorsiva ma deve investire i profili causali del rapporto strumentale mezzi/fini e quelli di proporzionalità e del bilanciamento di interessi. In tale prospettiva il giudizio di ragionevolezza deve coinvolgere necessariamente l'impiego di dati extra-normativi, quali le conoscenze tecnico-scientifiche, i modelli statistici e i riscontri di tipo fattuale, utilizzabili per valutare la "pertinenza", intesa quale giudizio di idoneità sul piano tecnico dello strumento per il conseguimento del fine e la "congruenza", intesa quale valutazione della norma alla luce dei principi sistematici per verificare se la legge sia in rapporto logico con il fine che la giustificerebbe come ragionevole. Nel caso in esame, che riguarda in fondo la razionalità di una norma che si pone come obiettivo la crescita dell'occupazione attraverso un mutamento in peius delle tutele, entrambi questi elementi di giudizio (pertinenza e congruenza) non sussistono. Se infatti si può ammettere sul piano meramente logico che la finalità occupazionale giustifichi un deterioramento delle tutele per i lavoratori in cerca di impiego, non si può invece ammettere a priori, sul piano causale, che quelle misure, incidenti in maniera

rilevante su diritti collegati a valori fondamentali della Costituzione, possano realizzare il fine sperato. Le norme, per rispettare il canone della ragionevolezza, devono essere valutate nella loro effettività. Inoltre, nell'ambito del principio di proporzionalità, occorre verificare se la misura legislativa, tra i vari possibili strumenti utilizzabili per raggiungere l'obiettivo di crescita occupazionale, sia quella meno restrittiva dei diritti posti a confronto, o che stabilisca oneri proporzionati rispetto al perseguimento dei suoi obiettivi

Un esempio di questo modo di esercitare il controllo di ragionevolezza-proporzionalità viene offerto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Nel caso *Mangold* (sentenza C. giust. grande sez., 22 novembre 2005, n. 144/04) , affrontando la questione di legittimità, rispetto all'ordinamento europeo, della disciplina tedesca avente lo scopo di favorire l'inserimento professionale dei lavoratori anziani disoccupati, la Corte di Giustizia ha proceduto a verificare “se gli strumenti attuati per realizzare tale legittimo obiettivo siano “appropriati e necessari» a tal fine”. Secondo la Corte, nonostante gli Stati membri dispongano di un ampio margine di valutazione discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi in materia di politica sociale e di occupazione, “una siffatta normativa, nella misura in cui considera l'età del lavoratore di cui trattasi come unico criterio di applicazione di un contratto di lavoro a tempo determinato, senza che sia stato dimostrato che la fissazione di un limite di età, in quanto tale, indipendentemente da ogni altra considerazione legata alla struttura del mercato del lavoro di cui trattasi e dalla situazione personale dell'interessato, sia obiettivamente necessaria per la realizzazione dell'obiettivo dell'inserimento professionale dei lavoratori anziani in disoccupazione, deve considerarsi eccedente quanto è appropriato e necessario per raggiungere la finalità

perseguita”. Secondo la Corte “il rispetto del principio di proporzionalità richiede infatti che qualsiasi deroga ad un diritto individuale prescriva di conciliare, per quanto possibile, il principio di parità di trattamento con l’esigenza del fine perseguito (v., in questo senso, sentenza 19 marzo 2002, causa C-476/99, Lommers, Racc. pag. I-2891, punto 39)”. Di conseguenza, “una siffatta normativa nazionale non può giustificarsi ai sensi dell’art. 6, n. 1, della direttiva 2000/78” .

Non vi è alcun dubbio che laddove le norme di legge si pongano fini di crescita occupazionale, vale a dire un risultato di carattere squisitamente pratico, la rispondenza della legge con il fine costituzionalmente prescritto può rendere necessaria la comparazione tra i risultati effettivi della legge e quelli che essa avrebbe dovuto in astratto realizzare. In questi casi può venire in rilievo anche il contrasto della legge con regole di esperienza o con la realtà naturale empiricamente considerata, con dati statistici che consentono di portare alla luce la norma nella sua concreta applicazione. Orbene nel vagliare le disposizioni in questione alla luce di questi canoni, appare evidente l’irragionevolezza di un disposto che non trova alcuna giustificazione razionale sul piano empirico, dal momento che nessuna correlazione positiva tra riduzione delle tutele e incremento dell’occupazione è mai stata avvalorata nella letteratura economica. In verità la positiva correlazione tra riduzione della “job employment protection” ed incremento dell’occupazione è stata negata nel World Economic Outlook 2016, nel quale il FMI sottolinea che “le riforme che rendono più agevole il licenziamento dei lavoratori a tempo indeterminato non hanno mediamente effetti statisticamente significativi sull’occupazione e sulle altre variabili macroeconomiche” (v. sez. Time for a supply side boost pagg. 115-116).

Altrettanto è stato evidenziato dal Documento di valutazione n. 7 dell'Ufficio Valutazione Impatto del Senato: “Da ultimo, l’OCSE nell'Employment Outlook del 2016 corregge solo parzialmente le evidenze accolte dalle principali organizzazioni internazionali, asserendo che la maggior parte degli studi empirici che analizzano gli effetti a medio-lungo termine delle riforme di flessibilizzazione del lavoro suggerisce che esse hanno un impatto nullo o marginalmente positivo sui livelli di occupazione nel lungo periodo”. Nello stesso senso depone l’esperienza applicativa italiana del contratto a tutele crescenti. Ad oltre tre anni dall’entrata in vigore della legge, il risultato sperato, ossia l’aumento delle occupazioni stabili si è rivelato del tutto deficitario. Infatti, esauriti gli effetti degli sgravi contributivi connessi alle assunzioni a tempo indeterminato (v. l. n. 190/2014), si è assistito alla utilizzazione in misura preponderante dei contratti a termine nonostante il loro maggiore costo contributivo.

Pertanto il giudizio di ragionevolezza non può che sortire un risultato negativo sia sotto profilo della congruenza e adeguatezza causale , sia sotto quello della proporzionalità, non realizzando la norma alcun equo temperamento tra diritto al lavoro e interesse dell’impresa, o tra la tutela del posto di lavoro e l’interesse all’occupazione quale “fine di interesse generale” che giustifica la riduzione delle tutele.

Si rende quindi necessario, anche con riferimento al diritto fondamentale alla tutela riconosciuto dall’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, effettuare una remissione interpretativa allo scopo di richiedere alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea se, ai sensi dell’art. 4 della direttiva 99/70/CE, contenente il principio di non discriminazione nelle condizioni di lavoro, la data di trasformazione del rapporto di lavoro a termine costituisca una “ragione

oggettiva” per differenziare il tipo di tutela accordata. Appare infatti, opportuno richiedere alla Corte di Giustizia se, conformemente alle norme richiamate, il periodo di lavoro antecedente la conversione a tempo indeterminato e, quindi, una parte dell’anzianità maturata nell’ambito di uno stesso rapporto di lavoro a tempo determinato trasformato, possa essere esclusa dalla legislazione di uno Stato membro al fine di impedire l’applicazione di una tutela più forte del rapporto, idonea a garantire la reintegrazione nel posto di lavoro e la ricostituzione contributiva, previste, viceversa, per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti nello stesso periodo di lavoro antecedente la trasformazione.

Seconda questione: compatibilità con l’art. 30 e 20 della Carta fondamentale del diritto dell’Unione e con le disposizioni della direttiva 98/79/CE della previsione dell’art. 10 del d.lgs 4 marzo 2015 n. 23 che introduce un distinto e concorrente modello di tutela per licenziamenti riguardanti analoghi rapporti di lavoro intimati nell’ambito di una stessa procedura.

L’art. 10 del d.lgs. 4 marzo 2015 introduce, a decorrere dal 7 marzo 2015, una tutela per i licenziamenti collettivi che si affianca a quella prevista dall’art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300.

Le due tutele si applicano nei confronti di licenziamenti caratterizzati da identici presupposti fattuali e giuridici, intimati nell’ambito dello stesso consesso lavorativo all’esito di una unica procedura che si realizza in forma sincronica e indistinta per tutti i lavoratori. Le medesime violazioni della stessa procedura di licenziamento che ha interessato la ricorrente, infatti, hanno determinato l’applicazione di una tutela reintegratoria per i colleghi di lavoro della ricorrente, mentre consentono all’istante di ottenere esclusivamente una tutela indennitaria

nei limiti di 4 e 24 mensilità: infatti nel caso di specie non è applicabile *ratione temporis* la novella introdotta dal D.l. 87/18 che prevede una tutela indennitaria con un limite minimo di sei ed un limite massimo di trentasei mensilità.

Il principio di parità di trattamento sancito dall'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, in uno con il ricordato principio di effettività della tutela avverso i licenziamenti, prima ancora della direttiva 98/58/CE che impone di "rafforzare" la tutele dei lavoratori coinvolti in procedure di licenziamento, non consentono al legislatore nazionale di introdurre modelli di tutela contrastanti con i principi ispiratori dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. La tutela sussidiaria del legislatore nazionale impone, infatti, allo Stato membro di astenersi dall'introdurre una disparità normativa ingiustificata e comunque di rispettare il canone di non contraddizione, inibendo l'introduzione di norme in contrasto con il principio ispiratore di un diritto fondamentale. L'introduzione di un doppio sistema che prevede contestuali modelli sanzionatori, di cui uno reintegratorio e l'altro meramente indennitario, crea il rischio di portare la scelta nei confronti del lavoratore giuridicamente più debole generando una disparità normativa non tollerabile dal diritto dell'Unione che in occasione dell'applicazione della direttiva 98/59/CE consente ai sensi dell'art. 5 di introdurre "*disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori*". Si rende evidentemente necessario sottoporre alla Corte di Giustizia la questione interpretativa che investe i principi e i diritti fondamentali dell'Unione, onde verificare se il diritto di uguaglianza (art. 20 CdfU) e il diritto ad una tutela avverso i licenziamenti ingiustificati (art. 30 CdfUE) ispirata alla Carta Sociale Europea consenta di introdurre, nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo regolato dalla direttiva 98/59/CE finalizzata ad un rafforzamento dei livelli di tutela (cfr secondo considerando),

nell'ordinamento nazionale un doppio sistema di tutela che preveda nell'ambito della stessa procedura, in caso di violazione dei criteri di scelta, una contestuale applicazione di regimi diversi che assicurino la reintegra nel posto di lavoro per alcuni lavoratori, mentre, per altri, un mero indennizzo avente un plafond, la cui base di calcolo è peraltro differente a seconda del contratto applicato (dovendosi intendere la retribuzione utile ai fini del TFR individuata di volta in volta dalla specifica contrattazione di categoria) e comunque inadeguato a ristorare il pregiudizio completo derivante dalla perdita di lavoro.

Peraltro, va osservato che se, a seguito della sentenza più volte citata della Corte Costituzionale n. 194 del 2018, appare scontata una quantificazione della indennità risarcitoria più corposa rispetto all'assetto normativo precedente, in quanto il giudice non è più ancorato al solo criterio della anzianità di servizio nella quantificazione, tale dato non appare affatto in concreto incline ad assicurare uno strumento di tutela adeguato e dissuasivo. La Corte Costituzionale nella sentenza del 2018 ha infatti valorizzato il dato della anzianità di servizio invitando i giudici di merito a considerare tale criterio come prioritario nella quantificazione della indennità risarcitoria. Ed allora se il limite minimo della indennità (quattro mensilità per il caso che ci occupa, sei mensilità per i rapporti di lavoro cessati dopo il 13.07.2018) rimane inalterato ed il Giudice deve partire nella operazione di quantificazione del dovuto dalla anzianità di servizio e successivamente considerare gli ulteriori parametri indicati, appare evidente che la indennità risarcitoria nella sua dimensione contabile ed oggettiva soprattutto per i neo-assunti rappresenterà sempre e comunque in termini qualitativi e quantitativi un trattamento deteriore rispetto alla tutela reintegratoria prevista per i lavoratori assunti in data antecedente al 7.03.2015, con l'aggravante che si

tratta comunque di una indennità del tutto sganciata dalla contribuzione previdenziale: in un'epoca storica caratterizzata dalla frammentazione e precarizzazione dei rapporti di lavoro e, dunque dalle difficoltà soprattutto per i giovani di raggiungere i requisiti contributivi necessari per la maturazione del diritto alla pensione, tale differenza di tutela a parità di illegittimità acclarata nel corso di un giudizio nell'ambito di un licenziamento plurimo, certifica una disparità di trattamento priva di alcuna razionalità. Allo stato, dunque, il giudice del lavoro deve applicare un vero e proprio irocervo privo di alcuna razionalità e del tutto lontano dal rispetto del principio di uguaglianza. Nonostante l'intervento della Corte Costituzionale persiste nella ipotesi di licenziamento collettivo (ossia di licenziamento di più soggetti con identità di causale) la assoluta irrazionalità delle tutele, aggravata dal rischio del soggettivismo giudiziario nelle operazioni di quantificazione della indennità risarcitoria.

I principi richiamati che caratterizzano il diritto dell'Unione al quale l'ordinamento italiano deve conformarsi rendono evidente la non conformità con le norme dell'Unione dell'assetto normativo scaturito a seguito dell'approvazione del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 che ha generato, a decorrere dal 7 marzo 2015, un duplice concorrente sistema di tutela dei licenziamenti collettivi, dando ingresso, per i rapporti trasformati o costituiti dopo tale data, ad un sistema sanzionatorio sostanzialmente deteriore.

La compatibilità di tale assetto normativo con gli obblighi derivanti dall'adesione all'Unione Europea che impongono, ai sensi dell'art. 117, 2° co. Cost., limitazioni di sovranità legislativa, richiede necessariamente una interpretazione del contenuto e dei limiti imposti dalle norme comunitarie che rappresentano il limite non disponibile. L'eventuale contrasto del diritto interno

con il diritto dell'Unione determina la disapplicazione della disciplina non suscettibile di una interpretazione conforme, ovvero di sottoporre una questione di legittimità costituzionale ove il contrasto non sia sanabile. La fattispecie rimessa al vaglio del Giudicante presenta un aspetto di doppia pregiudizialità, in quanto si pongono in via preliminare due questioni interpretative di norme appartenenti all'ordinamento dell'Unione Europea che assumono anche diretta rilevanza al fine di una eventuale questione di legittimità costituzionale. Sul punto preme, infatti, osservare che in tema di doppia pregiudizialità la Corte di Giustizia ha di recente affermato *“l'articolo 267, paragrafo 3, TFUE deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione”* (CGUE, 20 dicembre 2017, causa C-322/16, Global Starned Ltd) .

La stessa sentenza ha altresì precisato: *“Occorre ricordare che un giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria a tale diritto, ma anche inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo , previsti dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale. Infatti, l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte*

costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, investito di una controversia disciplinata dal suddetto diritto, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di permettergli di stabilire se una norma nazionale sia compatibile o no con quest'ultimo (sentenza del 4 giugno 2015, Kernkraftwerke Lippe-Ems, C5/14, EU:C:2015:354, punto 34)". Il principio viene affermato dalla stessa Corte Costituzionale con riferimento alle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'attribuzione di effetti giuridici vincolanti alla CDFUE e la sua equiparazione ai Trattati. In particolare, la Corte Costituzionale afferma che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla CDFUE in ambito di rilevanza comunitaria, deve essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, *«fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»* (C.Cost. sentenza 14 dicembre 2017, n. 269).

Nella decisione del 20 dicembre 2017, nella causa C 322/16, la Corte di Giustizia ricorda che l'art. 267 TFUE sul rinvio pregiudiziale e il principio del primato del diritto dell'Unione attribuiscono un ampio potere ai giudici di investire, in ogni momento che ritengano opportuno (quindi anche dopo la decisione sulla legittimità costituzionale di una norma), la Corte di giustizia delle questioni relative alla interpretazione del diritto UE e di non applicare le norme interne con esso confliggenti. Da ricordare è, infine, la decisione del 24 ottobre 2018, nella causa C-234/17 perché, oltre a contenere affermazioni analoghe a quelle appena riportate, riprendendo la sentenza *Simmenthal*, ribadisce che “i

giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro competenze, le norme del diritto dell'Unione hanno l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione nazionale, senza chiedere né attendere la previa soppressione di tale disposizione nazionale per via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”.

In sostanza si ritiene che sussistano tutte le condizioni normative per disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Milano, pertanto, visto l'art. 19, paragrafo 3, lettera b, del Trattato sull'Unione europea, l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e l'art. 295 c.p.c., chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi sulle seguenti questioni di cui in parte motiva ed in particolare:

1) *“Se i principi di parità di trattamento e di non discriminazione contenuti nella clausola 4 della direttiva 99/70/CE sulle condizioni di impiego ostino alle previsioni normative dell'art. 1, secondo comma e dell'art. 10 del D.lgs 23/15 che, con riferimento ai licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, contengono un duplice regime differenziato di tutela in forza del quale viene assicurata nella medesima procedura una tutela adeguata, effettiva e dissuasiva ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti in data antecedente al 7 marzo 2015, per i quali sono previsti i rimedi della reintegrazione ed il pagamento dei contributi a carico del datore di lavoro e introduce, viceversa, una tutela meramente indennitaria nell'ambito di un limite minimo ed un limite massimo di minore effettività ed inferiore capacità dissuasiva per i rapporti di lavoro a tempo determinato aventi una pari anzianità*

lavorativa, in quanto costituiti precedentemente a tale data, ma convertiti a tempo indeterminato successivamente al 7 marzo 2015”;

2) “Se le previsioni contenute negli artt. 20 e 30 della Carta dei diritti e nella direttiva 98/59/CE ostino ad una disposizione normativa come quella di cui all’art. 10 del d.lgs 23/15 che introduce per i soli lavoratori assunti (ovvero con rapporto a termine trasformato) a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, una disposizione secondo cui, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, diversamente dagli altri analoghi rapporti di lavoro costituiti in precedenza e coinvolti nella medesima procedura, la reintegrazione nel posto di lavoro e che introduce, viceversa, un concorrente sistema di tutela meramente indennitario, inadeguato a ristorare le conseguenze economiche derivanti dalla perdita del posto di lavoro e deteriore rispetto all’altro modello coesistente, applicato ad altri lavoratori i cui rapporti hanno le medesime caratteristiche con la sola eccezione della data di conversione o costituzione”.

P.Q.M.

sospende il presente giudizio.

Manda alla cancelleria di trasmettere, mediante plico raccomandato, la presente ordinanza, unitamente alla copia degli atti sia del fascicolo della fase sommaria che del fascicolo della fase della opposizione (ricorsi, memorie di costituzione, documenti allegati, note autorizzate e verbali di udienza), al seguente indirizzo: “Grefe de la Cour de Justice de l’Union européenne, Rue du Fort Niedergrünwald L-2925 Luxembourg”.

Si comunichi, altresì, la ordinanza alle parti costituite.

Milano, 5.08.2019

Il Giudice

Luigi Paziienza