

Numero 3 / 2019

(estratto)

Francesca Patrizia Sicari

**La sentenza 194/2018 della Corte Costituzionale
e le sue ricadute sul contenzioso¹.**

¹ Articolo sottoposto, in forma anonima, alla valutazione dei referees.

La sentenza 194/2018 della Corte Costituzionale e le sue ricadute sul contenzioso².

Francesca Patrizia Sicari
Giudice del lavoro del Tribunale di Reggio Calabria

Sommario³:

1. L'art. 3, c. 1, del d.lgs. 23/2015 dopo la parziale dichiarazione di incostituzionalità: il campo di applicazione della norma. - 2. Il ruolo del giudice nella modulazione dell'indennità risarcitoria, quale emerge dalla sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale. - 3. Le questioni che possono sorgere nella fase di determinazione dell'indennità di cui all'art. 3, c.1, del d. lgs. 23/2015.- 3.1. Il criterio dell'anzianità di servizio: “punto di partenza” per la determinazione dell'indennità risarcitoria. - 3.2. Il criterio dell'anzianità di servizio: quante mensilità riconoscere per ogni anno di servizio? - 3.3. La quantificazione dell'indennità risarcitoria e l'onere di motivazione. - 3.4. *Aliunde perceptum e percipiendum* .- 3.5. Indennità risarcitoria per licenziamento illegittimo e diritto all'indennità di preavviso. - 4. Conclusioni.

1. L'art. 3, c. 1, del d. lgs. 23/2015 dopo la parziale dichiarazione di incostituzionalità: il campo di applicazione della norma.

La sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale sollecita all'operatore del diritto una serie di riflessioni sui profili operativi e le questioni interpretative dell'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 23/2015, nell'assetto che risulta dalla parziale dichiarazione di incostituzionalità⁴.

² Articolo sottoposto, in forma anonima, alla valutazione dei referees.

³ Con l'aggiunta delle note, lo scritto riproduce la relazione svolta al convegno *Le sanzioni per il licenziamento illegittimo e i limiti costituzionali*, organizzato, a Messina, dal Centro Nazionale Studi Di Diritto Del Lavoro “Domenico Napoletano” – Sezione per l'Area dello Stretto-, il 22 giugno 2019.

⁴ L'art. 3, c. 1, del d. Lgs 23/2015, così dispone:

Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa

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

In primo luogo appare opportuno individuare il campo di applicazione della norma censurata per comprendere quale sia la “fetta” di contenzioso interessata.

La rubrica dell'articolo 3, d. lgs. 23/2015, fa riferimento alla causale del licenziamento: “*Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa*”.

La norma si applica “*nei casi in cui si accerta che non ricorrono gli estremi del licenziamento*” per giustificato motivo oggettivo (quello determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa), per giustificato motivo soggettivo (un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali) o per giusta causa (una causa che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto).

L'art. 3, comma 1, d. lgs. 23/2015, si applica anche al licenziamento collettivo (riduzione di personale), per effetto dell'espreso rinvio contenuto nell'art. 10 della stessa legge.

Precisamente la tutela indennitaria di cui all'articolo 3, c. 1, si applica: “*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*”.

Per avere la visione completa del campo di applicazione della norma è necessario prendere in considerazione anche l'art. 1 del d.lgs. 23/2015, che delimita il “*Campo di applicazione*” (così la rubrica della norma) del “*regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo*” disciplinato dallo stesso decreto legislativo.

non superiore a ventiquattro mensilità] in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità (aumento introdotto dal c.d. Decreto Dignità ed in vigore dal 14 luglio 2018).

La Corte Costituzionale, con sentenza 26 settembre - 8 novembre 2018 n. 194 (in G.U. 1^a s.s. 14/11/2018 n. 45), 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»*”.

In motivazione ha precisato:

“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, con riguardo alla commisurazione dei risarcimenti.

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).

L'art. 1 delimita il campo di applicazione delle disposizioni di cui al d. lgs. 23/2015 in funzione:

- della qualifica di operai, impiegati, quadri, che siano assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del d. lgs. 23/2015.

Viene in rilievo la tipologia del contratto di lavoro subordinato stipulato quanto alla durata, che deve essere a **tempo indeterminato** (rientrandovi **anche quelli così convertiti successivamente all'entrata in vigore del decreto**, cioè conversione di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato) e la **data di assunzione** che può cominciare a decorrere dall'entrata in vigore del d. lgs. 23/2015 (il provvedimento è entrato in vigore il 7 marzo 2015).

- del **requisito dimensionale** di cui all'art. 18, c. 8 e 9, L. 300/70, ma solo se raggiunto per effetto di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del d. Lgs 23/2015.

Precisamente, nel caso in cui il datore di lavoro integri il requisito occupazionale di cui all'art.18, c. 8 e 9, L. 300/70 (vale a dire occupa più di 15 dipendenti in ciascuna sede/stabilimento /filiale/ ufficio/reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento o comunque nell'ambito dello stesso Comune e in ogni caso in cui occupa più di 60 dipendenti), in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del d. lgs 23/2015, anche i lavoratori assunti precedentemente a tale data saranno soggetti al regime di tutela stabilito dal detto decreto.

Inoltre, a mente dell'art. 9, c. 1, d. lgs. 23/2015, il decreto si applica anche alle piccole imprese: *“Ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300 del 1970”*. Con la precisazione che:

- non si applica l'articolo 3, comma 2, che prevede la reintegra in caso di *“insussistenza del fatto materiale”* contestato al lavoratore;
- l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo, 3° comma 1, dall'articolo 4, comma 1, e dall'articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità.

Infine, a mente dell'art. 9, c. 2, d. lgs. 23/2015, il decreto si applica anche alle c.d. organizzazioni di tendenza: *“Ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, si applica la disciplina di cui al presente decreto”*.

Concludendo sul punto, la norma in questione ha un campo di applicazione veramente molto ampio, che può stimarsi riguardare circa il 90% delle cause di licenziamento⁵.

2. Il ruolo del giudice nella modulazione dell'indennità risarcitoria, quale emerge dalla sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale.

Dalla lettura dei numerosi commenti alla sentenza della Corte Cost. - al di là di ogni riserva e rilievo critico dei commentatori – emerge il riconoscimento dell'importanza di questa decisione, perché recupera la centralità del giudice⁶ nella definizione del *quantum* dell'indennizzo e restituisce al giudice un ampio potere nella quantificazione della tutela risarcitoria, sia pure con il riferimento a precisi criteri.

Il giudice – dice la Corte - deve tener conto di una serie di fattori, consolidati nel nostro ordinamento e che sono stati, da tempo, individuati dal legislatore ed esplicitati nell'art. 8, l. n. 604/1966 e nell'art. 18, comma 5, l. n. 300/1970 (come sostituito dall'art. 1, c. 42, lett. b, della L. 92/2012).

Molteplici fattori che fanno riferimento - oltre all'anzianità di servizio - al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'attività economica, al comportamento ed alle condizioni delle parti.

Affidando alla "*prudente discrezionale valutazione del giudice*" la determinazione della misura dell'indennità risarcitoria (nell'ambito ormai esteso di una tutela solo economica e non più reintegratoria), la Corte, come ha detto Carlo Cester, "*ha fatto "saltare" quello che poteva dirsi il cuore della riforma del 2015*"⁷, cioè la previsione di un criterio di calcolo dell'indennità dovuta in caso di licenziamento ingiustificato fisso e predeterminato.

Il criterio di calcolo legato alla sola anzianità di servizio garantiva la prevedibilità del "costo" del licenziamento e ciò rispondeva proprio ai principi e criteri direttivi della legge delega n.183/2014.

⁵ Si veda Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - Rapporto Annuale sulle Comunicazioni Obbligatorie 2019 - Tabella 4.5 - Rapporti di lavoro cessati per motivo di cessazione (valori assoluti, composizioni percentuali e variazioni percentuali). Anni 2016, 2017 e 2018.

La Tabella quanto ai Licenziamenti (intesi licenziamenti per GMO, per GMS, per Giusta Causa, licenziamenti collettivi) indica i seguenti valori assoluti per ciascun anno: 904.112; 902.406; 862.646.

⁶ Cfr., tra gli altri, R. Sanlorenzo e Anna Terzi, *Al centro, il Giudice. La Corte costituzionale ed il Jobs act*, in www.questionegiustizia.it, del 9 novembre 2018; Carla Ponterio, *Il ruolo del giudice in un sistema equilibrato di tutele*, pagg.71-86 in *La sentenza della Corte Costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti? A cura di A. Andreoni e L. Fassina*, in Bollettino ADAPT Ordinario n 3 del 21.1.2019.

⁷ Carlo Cester, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *il Lavoro nella giurisprudenza* n.2/2019, pag. 163 e ss., il quale osserva come una volta cancellato il meccanismo di una tutela solo economica che aumentava in ragione dell'anzianità di servizio, non resta nulla delle tutele crescenti immaginate dalla legge delega 183/2014.

Infatti, il d.lgs. n. 23/2015 dà attuazione alle previsioni della legge delega 183/2014 che, al dichiarato scopo di “*rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione*”, pone, tra gli altri, i seguenti criteri e principi direttivi:

- 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;

- 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, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento.

Il percorso logico-giuridico seguito dalla Corte Costituzionale, che alla fine conduce alla riaffermazione del potere valutativo del giudice, si snoda attraverso i seguenti punti nel considerato in diritto.

- Al punto 9, la Corte fa una breve disamina della giurisprudenza costituzionale in materia di licenziamenti, al fine di enucleare “*l'ambito delle tutele fondate sugli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost., interpretati congiuntamente*”. Ribadisce il riconoscimento della discrezionalità del legislatore che, nel bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost., può prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario, purché tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza.

- Al punto 10, la Corte ricostruisce le caratteristiche della tutela prevista dalla norma scrutinata.

Si tratta di una tutela “*per equivalente e, quindi, soltanto economica*”; la reintegrazione è preclusa.

La Corte evidenzia come “*questo meccanismo di tutela sorregge l'intero impianto della disciplina delineata dal legislatore, anche nei casi in cui non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*”(fatta salva l'ipotesi disciplinata dal comma 2 dell'art 3).

Fatte queste premesse, la Corte precisa la natura di questa indennità:

- “*La qualificazione come “indennità” dell'obbligazione prevista dall'art. 3, c. 1, del d. Lgs n 23 del 2015 non ne esclude **la natura di rimedio risarcitorio**, a fronte di un licenziamento ... (che) costituisce pur sempre **un fatto illecito**, essendo adottato in*

Francesca Patrizia Sicari, *La sentenza 194/2018 della Corte Costituzionale e le sue ricadute sul contenzioso violazione della preesistente ... norma imperativa secondo cui "il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. o per giustificato motivo" (art. 1 L 604/66);*

- Nonostante il censurato art. 3, c.1 - diversamente dal vigente art. 18, quinto comma, della L 300/70 - 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".

- "Quanto alla misura della stessa indennità - e quindi del riconoscimento riconosciuto al lavoratore per il danno causato dal licenziamento illegittimo, che specularmente incide nella sfera economia del datore di lavoro - essa è interamente prestabilita dal legislatore in 2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio";

- Tale meccanismo di quantificazione "connota l'indennità come **rigida**, in quanto non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio, e la rende uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità di servizio.

L'indennità assume così i connotati di una liquidazione forfettizzata e standardizzata, proprio perché ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio, a fronte del danno derivante al lavoratore dall'illegittima estromissione dal posto di lavoro a tempo indeterminato".

- "Una tale predeterminazione forfettizzata del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo non risulta incrementabile, pur volendone fornire la relativa prova".

- Al punto 11, la Corte osserva:

- "la disposizione, nella parte in cui determina l'indennità in un "importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio", contrasta con il principio di eguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse... **perché** l'indennità, oltre che rigida, **è uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità di servizio**.

E' un dato di comune esperienza, ..., che il pregiudizio provocato ... dal licenziamento ingiustificato dipende da una pluralità di fattori. L'anzianità nel lavoro, certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti.

La Corte ribadisce che il legislatore ha sempre valorizzato la molteplicità dei fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura del risarcimento. Da tale percorso si discosta la disposizione censurata e ciò accade proprio quando viene meno la tutela reale.

A questo punto, la Corte fa una considerazione che coglie la verità più profonda ed innegabile dell'esperienza umana del licenziamento:

“In una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio. Non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia. Tale discrezionalità si esercita, comunque, entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima.

All'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza.

La previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere - e sono, nell'esperienza concreta - diverse”.

E' questo il punto cruciale della sentenza, che recupera come indispensabile il ruolo del giudice e la sua *"prudente discrezionale valutazione"* nella quantificazione dell'indennità risarcitoria, in funzione della personalizzazione del danno a seconda delle peculiarità e diversità delle vicende dei licenziamenti su cui è chiamato a decidere.

La Corte prosegue, al punto 12 (suddiviso da 12.1 a 12.3), rilevando che la norma contrasta con il principio di ragionevolezza sotto due profili, perché prevede una tutela economica che **"può non costituire"**, soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata, un adeguato ristoro del danno né un'adeguata dissuasione del datore di lavoro.

Nell'arco di ventisette righe, la Corte utilizza insistentemente, per ben una decina di volte, i termini *"adeguato"*, *"adeguatezza"*, *"equilibrato"*, per indicare come deve essere il risarcimento per il licenziamento illegittimo; di contro usa i termini *"incongruenza"* *"inadeguato"* *"inadeguatezza"* per indicare il risarcimento/l'indennità che non risponde al principio di ragionevolezza.

Tale terminologia è sintomatica dell'intrinseca difficoltà di quantificazione della tutela meramente indennitaria, a fronte di un valore fondamentale come il diritto al lavoro (declinato come diritto a non essere ingiustamente estromesso dal posto di lavoro).

La Corte, in buona sostanza, indica a quali principi debba rispondere la tutela indennitaria del pregiudizio subito dal lavoratore illegittimamente licenziato, in

rapporto sia alla sua funzione primaria di tutela risarcitoria per il lavoratore illegittimamente licenziato sia all'ulteriore funzione di dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente.

Fermo restando che la regola dell'integrale riparazione del pregiudizio non ha copertura costituzionale, tuttavia deve essere garantita "l'adeguatezza del risarcimento forfettizzato", che richiede "un adeguato temperamento degli interessi in conflitto".

La Corte precisa che: "Non contrasta con tale nozione di adeguatezza il limite di 24 (ora 36) mensilità, fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento.

Si deve infine osservare che la **rigida dipendenza dell'aumento dell'indennità dalla sola crescita dell'anzianità di servizio** mostra la sua **incongruenza soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata**, come nel giudizio a quo. In tali casi, appare ancor più inadeguato il ristoro del pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo, senza che a ciò possa sempre ovviare la previsione della misura minima dell'indennità di quattro (e, ora, di sei) mensilità.

Conclude la Corte che "**il denunciato art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui determina l'indennità in un «importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», non realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco**: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro. Con il prevedere una tutela economica che può non costituire un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente, la disposizione censurata comprime l'interesse del lavoratore in misura eccessiva, al punto da risultare incompatibile con il principio di ragionevolezza.

Il legislatore finisce così per tradire la finalità primaria della tutela risarcitoria, che consiste nel prevedere una compensazione adeguata del pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato.

3. Le questioni che possono sorgere nella fase di determinazione dell'indennità di cui all'art. 3, c. 1, del d. lgs. 23/2015.

Fatta questa necessaria premessa, stringendo il cerchio intorno al tema delle ricadute sul contenzioso della sentenza 194/2018, vi è da chiedersi come debba procedersi in concreto, per usare le parole della sentenza, nella "calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e massima", ovvero come il giudice debba procedere nella determinazione dell'indennità di cui all'art. 3, c. 1., per effetto della dichiarazione di parziale incostituzionalità della norma.

Senza entrare nella discussione sulla natura ablativa o additiva manipolativa della sent. 194/2018, appare necessario precisare e considerare come dato

presupposto una lettura necessariamente integrata tra il dispositivo e la parte conclusiva della motivazione (punto 15 del Considerato in diritto).

3.1. Il criterio dell'anzianità di servizio: “punto di partenza” per la determinazione dell'indennità risarcitoria.

Una prima questione è se la norma censurata, così come ridisegnata dalla Corte Cost., indichi un rapporto di gerarchia, di preminenza o, per lo meno, di priorità logica, tra il criterio dell'anzianità di servizio da una parte e gli ulteriori criteri (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti) dall'altra parte.

Considerate le argomentazioni svolte dalla Corte e sopra esaminate, deve escludersi un rapporto di gerarchia del criterio dell'anzianità di servizio sugli altri criteri.

Si rammenti che la Corte afferma chiaramente: “L'anzianità nel lavoro, certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti (fattori) ... Non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia”.

La soluzione data con la sentenza 194/2018 è quella di dover considerare tutti i fattori che incidono sul pregiudizio e sulla misura del risarcimento (*anzianità di servizio, numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti*), nel solco del percorso già tracciato dal legislatore nell'art. 8 L 604/66 e nell'art, 18, c. 5, L 300/70.

Tuttavia, ritengo potersi ragionevolmente sostenere che, nella *prudente valutazione discrezionale del giudice*, il criterio dell'anzianità di servizio, con il suo intrinseco carattere di progressività e di oggettività, debba costituire **il punto di partenza**⁸ per la determinazione dell'indennità di cui all'art. 3, c. 1, d. lgs. 23/2015, mentre **il punto di arrivo** è dato solo dalla combinata ponderazione con tutti gli altri criteri (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti). Tale interpretazione è avvalorata dal tenore letterale del punto 15 del *Considerato in diritto* della sentenza, cioè proprio di quella parte conclusiva che è funzionalmente collegata al dispositivo.

⁸ S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto “a tutele crescenti” dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 379/2018, pag.3, secondo il quale: “Deve ritenersi che - seppure senza stabilire un ordine propriamente gerarchico tra tali criteri - il parametro dell'anzianità di servizio del lavoratore serve a determinare, entro il minimo e il massimo fissati dalla legge, la base di partenza della quantificazione dell'indennità risarcitoria, che dovrà essere (in ipotesi) elevata dal giudice nel caso concreto tenendo conto, con congrua motivazione, di tutti gli altri parametri desumibili dal sistema e considerati dalla Corte Costituzionale”.

La Corte, infatti, nelle conclusioni, immediatamente dopo la declaratoria di parziale illegittimità costituzionale, aggiunge due periodi che sono fondamentali perché consentono di riempire il “buco” (un vero e proprio vuoto normativo) venutosi a formare nella norma parzialmente mutilata per effetto della declaratoria di parziale incostituzionalità. Operazione che la Corte fa rispettando una linea di *self-restraint*. Emerge con chiarezza l’attenzione della Corte a non intaccare, oltre il limite reso necessario dalla rilevata incostituzionalità, il complesso normativo del d. lgs. 23/2015, cui il legislatore ha dato una struttura unitaria ed organica che la Corte dimostra di considerare.

I due periodi in questione sono:

✓ *"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, con riguardo alla commisurazione dei risarcimenti".*

✓ *"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)."*

Non è casuale l’uso dell’avverbio “*innanzi tutto*”, significa che il giudice per quantificare l’indennità risarcitoria terrà conto in primo luogo, prima di ogni altro criterio, dell’anzianità di servizio.

Che non si tratti di una scelta terminologica casuale si desume dalla successiva duplice precisazione sul criterio 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*”), precisazione finalizzata a spiegare perché il giudice dovrà tener conto “*innanzi tutto dell'anzianità di servizio*”.

In conclusione, il giudice dovrà considerare, in primo luogo, a quanto ammonterebbe l’indennità applicando il criterio dell’anzianità di servizio per, poi, calibrare questo dato parziale – che costituisce sola la base di partenza del calcolo – con gli altri criteri, e così giungere ad una quantificazione finale dell’indennità che sia congrua ed adeguata al caso concreto⁹.

⁹ G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 382/2018, pag. 24, osserva: “*A ben vedere, la direttiva della Corte sul piano applicativo è prudente, tanto da riproporre il principio della correlazione del danno all'anzianità del lavoratore, che*

E l'*adeguatezza* del risarcimento – secondo il monito della Corte – richiede che esso sia tale da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto, garantendo la sua finalità primaria di adeguato ristoro del pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato.

3.2. Il criterio dell'anzianità di servizio: quante mensilità riconoscere per ogni anno di servizio?

A completamento di quanto detto al punto che precede, occorre chiedersi quante mensilità possa riconoscere il giudice per ogni anno di servizio.

La Corte non dà indicazioni sul punto.

Mi sembra condivisibile la tesi per la quale il giudice debba ritenersi vincolato a riconoscere due mensilità per ogni anno di servizio (ovviamente entro la soglia minima e massima fissata dal legislatore), in conformità all'originario criterio indicato dall'art. 3, c. 1, nel testo precedente alla dichiarazione di incostituzionalità.

Depongono in tal senso una serie di considerazioni:

- il principio della tutela crescente con l'anzianità di servizio (espressamente indicato dalla legge delega all'art. 1, c. 7, lett. c), L 184/2014) non è stato dichiarato incostituzionale;
- la dichiarazione di incostituzionalità colpisce solo la predeterminazione rigida ed automatica dell'indennità, perché “non incrementabile” in quanto ancorata esclusivamente al solo fattore dell'anzianità di servizio. La Corte Cost. non ha considerato "incongruo" il parametro delle due mensilità per ogni anno di servizio;
- come sopra detto, la Corte precisa che il giudice terrà conto innanzitutto dell'anzianità di servizio, da considerarsi, quindi, quale base di calcolo dell'indennità, nonché degli altri criteri, che solo *in melius* (sempre entro la soglia minima e massima fissata dal legislatore) concorrono alla determinazione dell'indennità risarcitoria per il caso concreto;
- l'art. 3, c.1, resta comunque inserito nell'impianto del d. lgs 23/2015 ed una lettura sistematica deve considerare che il decreto solo nell'art. 3, c. 1, fissava la corrispondenza di due mensilità per anno di servizio, mentre negli altri articoli il riferimento è di una sola mensilità per anno di servizio (art. 4, *Vizi formali e procedurali*; art. 6, *Offerta di conciliazione*). Se una mensilità per anno di servizio è la misura stabilita dal legislatore per le ipotesi di licenziamento

costituirebbe la base di partenza della quantificazione della sanzione da proporzionarsi poi attraverso gli altri criteri indicati dalla Corte”.

ritenute meno gravi (art. 4) o per l'Offerta di conciliazione che evita il giudizio (art. 6), appare logico e congruo mantenere il riferimento alle due mensilità per anno di servizio ai fini della tutela di cui all'art. 3, comma 1.

3.3. La quantificazione dell'indennità risarcitoria e l'onere di motivazione.

Dobbiamo chiederci se il giudice abbia un onere di specifica motivazione quanto all'applicazione dei criteri indicati dalla Corte per la quantificazione dell'indennità.

Ritengo che la risposta sia assolutamente affermativa per le seguenti ragioni:

- in primo luogo, per il generale obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali;
- in secondo luogo, per analogia con l'espressa previsione dell'art. 18 comma 5, a mente del quale grava sul giudice l'onere di una "*specificata motivazione*" con riguardo alla ponderazione dei molteplici fattori che conducono alla determinazione dell'indennità risarcitoria;
- in terzo luogo, l'onere di motivazione in relazione alla determinazione, tra il minimo ed il massimo, della misura dell'indennità (di natura risarcitoria) prevista dall'art. 3, c. 1, si ricava dai principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento all'art. 8 L 604/66, perfettamente applicabili anche con riferimento all'art. 3, c.1, d. lgs. 23/2015.

Segnalo in tal senso Cass., sez. L., sentenza n. 13380/2006:

*“In caso di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo per il quale non sia applicabile la disciplina della cosiddetta stabilità reale, la determinazione, tra il minimo e il massimo, della misura dell'indennità risarcitoria prevista dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966 (sostituito dall'art. 2 della legge n. 108 del 1990), spetta al giudice di merito ed è **censurabile in sede di legittimità solo per motivazione assente, illogica o contraddittoria**”.*

Nello stesso senso anche Cass., sez. L., sentenza n. 1320/2014:

*“In materia di sindacato della Corte di cassazione ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ. sulla misura dell'indennità di cui all'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183, in caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, **la determinazione, operata dal giudice di merito, tra il minimo ed il massimo è censurabile - al pari dell'analoga valutazione per la determinazione dell'indennità di cui all'art. 8 legge 15 luglio 1966, n. 604 - solo in caso di motivazione assente, illogica o contraddittoria.** Ne consegue che non risulta viziata la sentenza di merito che, in carenza di **deduzioni***

difensive specifiche che ne giustificassero una liquidazione superiore o inferiore, abbia determinato l'indennità nella misura di otto mensilità".

Ed ecco che all'onere di specifica motivazione del giudice corrisponde in capo alle parti un onere di puntuale allegazione (da assolvere prima dell'onere probatorio) di elementi e circostanze specifiche che giustifichino una liquidazione superiore o inferiore, in relazione ai criteri dell'anzianità di servizio, del numero dei dipendenti, della dimensione dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti.

3.4. *Aliunde perceptum e percipiendum.*

Non sembra che gli usuali parametri delle detrazioni per *aliunde perceptum e percipiendum* possano applicarsi nel caso dell'indennità di cui all'art. 3, c. 1, d. lgs 23/2015.

L'art. 3, c. 1, d. lgs. 23/2015 - così come il novellato art. 18, c. 5 e c. 6, L. 300/70 - non prevede la deduzione di quanto il lavoratore abbia percepito e/o avrebbe potuto percepire, trattandosi di indennità "forfetizzata" e "onnicomprensiva" a tutela (meramente economica) del pregiudizio causato dall'illegittima estromissione dal posto di lavoro.

L'*aliunde perceptum*, eventualmente, potrà assumere solo una rilevanza indiretta, in quanto sussumibile nel criterio delle "condizioni delle parti".

Nel sistema del d. lgs.23/2015 le detrazioni per *aliunde perceptum e percipiendum* operano direttamente solo nel caso di applicazione della tutela reintegratoria, per come prevista dall'art. 2, comma 2 (licenziamento nullo, con detrazione del solo *aliunde perceptum*) e dall'art. 3, comma 2 (licenziamento con ingiustificatezza qualificata, con entrambe le detrazioni).

3.5. Indennità risarcitoria per licenziamento illegittimo e diritto all'indennità di preavviso.

Quanto alla compatibilità e cumulabilità dell'indennità di cui all'art. 3, c.1, d. lgs. 23/2015, con l'indennità di preavviso, deve farsi applicazione del principio, più volte ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la tutela indennitaria, pur avendo natura risarcitoria e onnicomprensiva, non esclude il diritto all'indennità di preavviso.

In tal senso si è espressa la Suprema Corte di Cassazione con riferimento alla tutela indennitaria di cui all'art. 18, c. 5, L. 300/70: "*La tutela indennitaria-risarcitoria, di cui al novellato art. 18 st. lav., non esclude il diritto del lavoratore a percepire anche l'indennità di preavviso in caso di licenziamento dichiarato illegittimo, non essendo venute meno, anche all'esito delle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012, quelle*

Francesca Patrizia Sicari, *La sentenza 194/2018 della Corte Costituzionale e le sue ricadute sul contenzioso esigenze proprie dell'istituto, di tutela della parte che subisce il recesso, volte a consentirle di fronteggiare la situazione di improvvisa perdita dell'occupazione, né autorizzando la lettera e la "ratio" della disposizione una opzione ermeneutica restrittiva* (Cass., sez. L., n. 18508/2016)

Lo stesso principio è stato affermato anche con riferimento all'indennità risarcitoria di cui all'art. 8, L. 604/66: *“La violazione dell'obbligo di preavviso del licenziamento, stabilito dall'art. 2118 cod. civ., comporta l'attribuzione della relativa indennità sostitutiva in tutti i casi in cui il licenziamento abbia determinato l'estinzione del rapporto, indipendentemente dal riconoscimento dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, nel testo sostituito dall'art. 2 della legge n. 108 del 1990. Infatti la tutela riconducibile alla spettanza del diritto all'indennità sostitutiva del preavviso non presenta alcuna incompatibilità con quella assicurata dal citato art. 8 della legge n. 604 del 1966, la quale svolge una diversa funzione di risarcimento del danno conseguente all'illegittimo licenziamento, con l'assegnazione al lavoratore di una penale forfettaria che assorbe tutte le conseguenze dell'illecito”* (Cass., sez. L., n. 13732/2006).

4. Conclusioni.

Per il peso che hanno le parole nella motivazione delle sentenze della Corte Costituzionale, mi piace sottolineare che nella sentenza 194/2018 la Corte, proprio nel delicato passaggio in cui affida alla discrezionalità del giudice la quantificazione del risarcimento, usa l'aggettivo *"prudente"* per la *"discrezionale valutazione del giudice"*.

Una valutazione *"prudente"* vuol dire una valutazione fatta con particolare misura, ponderazione ed equilibrio.

La Corte, consapevole dell'effetto dirompente della dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 3, c.1, rispetto all'intero impianto normativo del d. lgs. 23/2015, sente la necessità di imprimere alla valutazione discrezionale del giudice la connotazione della *"prudenza"*, benché tale *"discrezionalità"* trovi già un limite nella misura minima e massima dell'indennità fissata dalla legge.

La Corte usando la formula *"prudente discrezionale valutazione del giudice"* dà, se pure implicitamente, un monito o per lo meno una chiara indicazione al giudice, che, nel calibrare l'indennità risarcitoria all'interno della soglia minima e massima fissata dal legislatore, non deve *"alterare"* il fragile equilibrio di quel *"sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa"*, ma deve *"salvaguardarlo"* giungendo a determinare un *"adeguato ristoro"* del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo.

Spetta al giudice, nel dirimere la singola controversia, determinare la misura dell'indennità risarcitoria in modo "equilibrato" ed "adeguato", considerando l'atteggiarsi nella fattispecie concreta dei molteplici fattori indicati dalla Corte.

Il tema è di enorme rilievo, anche perché la tutela in punto di licenziamento costituisce una sorte di preconditione per il riconoscimento concreto di tutti gli altri diritti sul luogo di lavoro.

Il regime di tutela del licenziamento non può essere considerato in maniera isolata, rappresenta invece un tassello fondamentale nel mosaico costituito da tutte quelle norme poste a tutela della libertà e dignità del lavoratore, in conformità al valore costituzionale della dignità della persona in ogni sua esplicazione ed in quella fondamentale del lavoro, necessaria per assicurarsi un'esistenza libera e dignitosa.

Per concludere con le parole della sentenza 194/2018 della Corte Cost. - che, a sua volta, riporta la sentenza n. 63/1966 della Corte Cost. -, *«il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti»*.

L'adeguata tutela del lavoratore ingiustamente licenziato è la condizione che assicura la libertà e dignità del lavoratore come tale e come persona.