

Numero 1 / 2019  
(estratto)

**Giovanni Orlandini**

**Il licenziamento dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/18, tra vincoli costituzionali e fonti internazionali: la partita resta aperta.**

# **Il licenziamento dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/18, tra vincoli costituzionali e fonti internazionali: la partita resta aperta.**

Giovanni Orlandini

*Università di Siena*

## **1. L'importanza storica della sentenza 194/18**

Chi legge la sentenza 194/2018 valutandone gli immediati effetti pratici che essa determina sul sistema sanzionatorio associato al c.d. contratto a tutele crescenti (art. 3, d.lgs. 23/15), può con buona dose di ragione restarne deluso. La decisione della Corte non incide sul tetto massimo di indennizzo da corrispondere al lavoratore illegittimamente licenziato (né sull'importo minimo) e fa salvo sia l'originario limite delle 24 mensilità, sia quello sopravvenuto di 36 mensilità introdotto dal c.d. decreto dignità (d.l. 87/18 convertito in l. n. 96/2018). Ciò che viene meno è “soltanto” il meccanismo automatico di calcolo di detto importo, che i giudici delle leggi non ammettono possa dipendere esclusivamente dall'anzianità di servizio del lavoratore.

La delusione può perfino aumentare per chi auspicava il ripristino dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori come effetto “di risulta” della censura di incostituzionalità. La Corte, in merito allo spazio da riconoscere alla tutela reale nel nostro ordinamento, si pone in linea di continuità con i suoi precedenti confermando che rientra nella discrezionalità del legislatore l'opzione tra tutela obbligatoria e ripristinatoria, purchè la prima sia rispettosa dei generali principi costituzionali di adeguatezza e ragionevolezza.

Anche i principi di adeguatezza e ragionevolezza sono declinati in maniera indubbiamente prudente. Il primo infatti non comporta il diritto all'integrale riparazione dei danni subiti (da cui la legittimità, appunto, del calcolo forfettario sottoposto ai limiti di legge); mentre il secondo, non solo legittima disparità di trattamento prodotte dal succedersi delle leggi nel tempo (anche nel caso in cui, com'è per effetto del d.lgs. 23/15, tale disparità si verifichi contestualmente e non in momenti cronologicamente distinti), ma non vale neppure a revocare in dubbio l'argomento che giustifica la riduzione delle tutele come funzionale a perseguire finalità occupazionali<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Su entrambi questi profili si è appuntata la critica di buona parte della dottrina, seppur con toni e accenti significativamente diversi (vd Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two steps back*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT n. 382/2018, 12 ss.; Perulli, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2019, 343 ss.; Speciale, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte*

Tutto ciò considerando, non resterebbe che concludere che ben poco hanno da guadagnare i lavoratori dalla dichiarazione di incostituzionalità del d.lgs. 23/15; ed anzi, il rischio è che qualcuno possa perfino rimetterci, specie se lavoratore con alta anzianità di servizio, qualora si ritenga che il nuovo meccanismo di calcolo affidato alla discrezionalità del giudice non assicuri di per sé l'importo certo di indennizzo previsto dalla previgente disciplina<sup>2</sup>.

Il giudizio sulla sentenza della Corte cambia però radicalmente di segno se si considera nella giusta prospettiva (tale per chi scrive, naturalmente) sia il ruolo della stessa come garante dei principi costituzionali (e, quindi, più in generale, la funzione che i diritti di rilievo costituzionale svolgono nell'ordinamento); sia (ed ancor più) se si tiene conto del precipuo contesto "storico" nel quale si colloca la decisione della Corte, e si legge quindi quest'ultima come momento di un processo (in sé costante e mutevole) di ridefinizione degli equilibri tra valori costituzionali (della Costituzione materiale, per usare la celebre categoria mortatiana)<sup>3</sup>.

Sotto il primo profilo, basti rilevare come alla Consulta si possa e si debba chiedere di rimuovere dall'ordinamento le leggi che violano un diritto di rilievo costituzionale, ma non di sostituirsi al legislatore nel compito (che gli è proprio) di dare sostanza a quel diritto, rafforzandone la portata in una prospettiva di progressiva espansione del suo spazio di esercizio. Si coglie su questo piano la tradizionale (ma sempre valida) duplice funzione che i diritti fondamentali sono chiamati a svolgere in un ordinamento giuridico: quella negativa, di limiti al potere legislativo, e quella positiva, di obiettivi che quello stesso potere è chiamato a perseguire. Funzione, quest'ultima, sulla quale i giudici delle leggi possono incidere al più indirettamente, invitando il legislatore ad intervenire, ma (evidentemente) non sostituendosi ad esso. Non può allora stupire il fatto che la Corte, nel vagliare la costituzionalità di una norma, declini al ribasso il contenuto del diritto costituzionale che si ritiene leso, giacché il vizio di costituzionalità si sostanzia nella lesione del suo contenuto essenziale, in quanto tale incomprimibile dal legislatore. E che il "contenuto essenziale" - il nucleo duro precettivo dell'art. 4 Cost. - non includa sempre e necessariamente la reintegrazione come sanzione in caso di licenziamento illegittimo è appunto dato noto, più volte ribadito dai giudici delle leggi.

---

*costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in Andreoni, Fassina, a cura di, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Roma, 2019, p. 34 ss.; Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto a tutele crescenti dopo l'intervento della Corte costituzionale*, ibidem, p. 94 ss.). La portata dell'argomento "occupazionale" viene poi di fatto ridimensionata nel prosieguo della sentenza, alla luce degli art. 4 e 35 Cost. (*infra* nel testo)

<sup>2</sup> Rischio da scongiurare (come suggerisce Giubboni, *Il licenziamento nel contratto a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1/2019, I, p. 92 ss, in sintonia con M.T. Carinci. *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento ingiustificato nel Jobs Act, e oltre*, in *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT* -138/2018, p. 14 ss.) considerando all'opposto che il censurato criterio dell'anzianità sia funzionale a determinare l'importo minimo dell'indennizzo da riconoscere al lavoratore.

<sup>3</sup> La portata eminentemente assiologica della sentenza 194/18 è sottolineata in particolare da Speciale, *La sentenza n. 194 del 2018*, cit., e Perulli, *Il valore del lavoro*, cit. (oltre che, in questa rivista n. 2/2018, da Balboni, *Il "diritto al lavoro" da principio fondamentale a diritto fondamentale: propaggine estrema del costituzionalismo ad impronta personale e sociale*).

Sgombrato il campo dall'impropria aspettativa riposta nei giudici quali supplenti del legislatore (e dello stesso corpo sociale), si può cogliere allora la portata epocale della decisione in parola, considerandone l'impatto sull'evoluzione che ha caratterizzato il diritto del lavoro negli ultimi vent'anni: da quando cioè la logica economicistica e mercantile dello scambio tra diritti ed occupazione è stata posta a fondamento e legittimazione dei processi di riforma della materia. In questo senso dunque è corretto dire che l'importanza della sentenza 194/18 va ben al di là della disciplina del licenziamento<sup>4</sup>.

Centrale, sotto questo decisivo profilo, è quanto la Corte afferma in merito al “*particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (art.1, primo comma, 4 e 35)*”, al fine di “*realizzare un pieno sviluppo della personalità umana*” (punto 13): è proprio “*il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – [che] qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele*” (punto 9.1). E' dunque il nesso tra il lavoro e l'affermazione della personalità del lavoratore a rendere ineludibile da parte del legislatore il riconoscimento del carattere “speciale” delle norme lavoristiche, nella loro irrinunciabile funzione garantista. Ne esce definitivamente sconfessato l'approccio *law and economics* per il quale qualsiasi diritto (a partire proprio da quelli sociali e del lavoro) troverebbe la sua legittimazione nella *ratio* economica dell'analisi costi-benefici; approccio del quale una parte della dottrina ha sostenuto la compatibilità con i principi costituzionali<sup>5</sup>.

In caso di licenziamento quei principi impongono di tutelare la “persona” del lavoratore con rimedi che - laddove si escluda la reintegrazione – garantiscano una riparazione (se non integrale) comunque calcolata tenendo conto degli interessi del soggetto leso e non di quelli dell'autore dell'illecito. Conclusione, questa, che può apparire ovvia, ma che cessa di essere tale considerando come ad altra logica si sia ispirato il legislatore recente nel riformare la disciplina del licenziamento, proprio in ragione della diversa lettura dei principi costituzionali appena richiamata. Il contratto a tutele crescenti risponde infatti all'esigenza di certezza delle imprese circa i costi del licenziamento, onde rendere possibile la valutazione in merito alla convenienza dello stesso, in base appunto ad un'analisi costi-benefici (c.d. *firing costs*). Ciò in nome di una supposta (e indimostrabile) coincidenza tra l'interesse delle imprese così tutelato e quello dei lavoratori (*rectius*, disoccupati in cerca di occupazione) prodotta dall'incentivo ad assumere che una simile regolazione del licenziamento sarebbe in grado di determinare; con il paradossale esito di leggere l'art. 4 Cost. come norma che giustifica la riduzione delle tutele per licenziamento illegittimo, piuttosto che il loro rafforzamento. Lettura che, come detto, la Corte non censura sotto il profilo del principio di

---

<sup>4</sup> Così, ancora, Perulli e Speciale, ult. cit.

<sup>5</sup> Come noto, è Pietro Ichino l'autore che, più di ogni altro, ha sostenuto la necessità di rivedere la legislazione in materia di licenziamento secondo un approccio di *law and economics* (da ultimo, criticando l'ordinanza di rinvio alla Corte del Tribunale di Roma, *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in <http://www.pietroichino.it>, 3.8.2017).

ragionevolezza, ma della quale neutralizza di fatto gli effetti affermando il rilievo costituzionale della discrezionalità del giudice nella determinazione dell'indennizzo adeguato al caso concreto<sup>6</sup>.

L'inconciliabilità della logica dei *firing costs* con i principi costituzionali trova conferma per la Corte nelle fonti internazionali di diritto del lavoro, ed in particolare nell'art. 24 della Carta sociale europea<sup>7</sup>. A questo passaggio conclusivo della sentenza scarsa attenzione è stata posta in dottrina; il che si spiega con il fatto che tale profilo di incostituzionalità, nell'economia complessiva del ragionamento della Corte, poco aggiunge a quanto questa già afferma censurando la normativa oggetto di giudizio alla luce degli artt. 4 e 35 Cost<sup>8</sup>. Chi scrive ritiene invece che proprio questa parte del dispositivo costituisca il profilo di maggior novità della sentenza: se, come detto, l'importanza di questa è da cogliere sul piano storico e sistematico, dei principi cioè che orientano l'evoluzione della legislazione lavoristica, ciò si deve anche (e soprattutto) al rilievo che nella definizione di tali principi viene riconosciuto alle fonti internazionali del lavoro ed alla Carta sociale europea in particolare.

L'inedita attenzione mostrata dai giudici delle leggi per le fonti internazionali può infatti aprire nuove prospettive nel sistema multilivello di tutela dei diritti dei lavoratori nel nostro ordinamento, considerando come quelle fonti siano state fino ad oggi largamente sottovalutate sia in giurisprudenza sia nel dibattito dottrinale, nella convinzione che poco o nulla aggiungessero rispetto ai solidi principi costituzionali. Ad esplorare tali prospettive sono dedicate le pagine che seguono.

## 2. L'inedito rilievo delle fonti internazionali del lavoro

L'art. 24 della Carta sociale europea<sup>9</sup> acquista rilevanza nel giudizio di costituzionalità sia *sub* art. 76 Cost. (per violazione dei criteri fissati dalla legge delega, in ragione del rinvio ivi presente agli obblighi di diritto internazionale), sia *sub* art.117, comma 1, in virtù della sua natura di norma interposta di diritto internazionale. Sotto questo secondo profilo, la sentenza 194/2018 si iscrive sulla scia della precedente sentenza 120/2018, nella quale la natura di fonte interposta era già stata attribuita alla Carta sociale per fondare (anche) sul suo art. 5 (relativo ai diritti sindacali) la censura di incostituzionalità del divieto di costituire associazioni sindacali per i militari previsto dal Codice dell'ordinamento militare (art. 1475, comma 2, d.lgs. n. 66/2010). In questo recentissimo precedente però la riconduzione della Carta sociale

---

<sup>6</sup> Critico su questo profilo (invero centrale) della sentenza è invece Zilio Grandi, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, in questa rivista n. 2/2018

<sup>7</sup> Come era in buona parte scontato, le questioni sollevate in relazione alla Convenzione OIL 158 (in specie il suo art. 10, relativo al regime sanzionatorio), l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (che sancisce "il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato") sono state invece respinte, con dichiarazione rispettivamente di inammissibilità (non essendo la Convenzione stata ratificata dall'Italia) e di infondatezza (non essendo il d.lgs. 23/15 norma di attuazione del diritto dell'UE, ai sensi dell'art. 51 della stessa Carta dei diritti).

<sup>8</sup> Così, espressamente, Zilio Grandi, *Prime riflessioni*, cit..

<sup>9</sup> L'art. 24 della Carta sociale europea (riveduta) del 1996 (Diritto ad una tutela in caso di licenziamento) prevede che "Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere [...] il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione".

nell'ambito di applicazione dell'art. 117 comma 1 Cost. si è accompagnata ad una serie di precisazioni che ne limitano fortemente l'impatto nell'ordinamento italiano. Non solo dei diritti contenuti nella CSE si ricorda ambigualmente la natura di “*principi ad attuazione progressiva*”, evocando l'ormai vetusta distinzione tra diritti fondamentali di prima e di seconda generazione (par. 10.1); ma, soprattutto, si svalorza il ruolo del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (l'organismo di esperti con sede a Strasburgo deputato ad interpretare la Carta sociale) come organo non giurisdizionale le cui decisioni (al contrario di quelle della Corte EDU) non costituiscono “*res giudicata*” e non possono quindi ritenersi vincolanti per la Corte costituzionale, per quanto autorevoli (par. 13.4). Ragione per cui tali decisioni, nel caso di specie, sono stati semplicemente ignorati, con l'effetto di giustificare il persistere di incisive limitazioni alla libertà sindacale dei militari<sup>10</sup>.

Chiamata pochi mesi dopo ad esprimersi sulla medesima questione, la Corte non poteva evidentemente smentire questa impostazione. Il fatto che nella sentenza 194 si ribadisca il carattere autorevole ma non vincolante delle decisioni del Comitato di Strasburgo era dunque inevitabile (oltre che in linea di principio condivisibile). Tuttavia, posto l'ineludibile richiamo formale ai *dicta* della sentenza 120/18, nei passaggi che la Corte dedica alla Carta sociale si coglie l'intento di discostarsi nella sostanza dall'approccio seguito in questo precedente.

In primo luogo infatti l'importanza della CSE è enfatizzata in una prospettiva di generale valorizzazione delle fonti internazionali di diritto del lavoro e nell'ottica della massima tutela possibile dei diritti fondamentali; un'ottica, questa, che la Corte fa sua raccordandosi testualmente a quanto affermato nella sentenza 317/09, che però riguardava la CEDU e non la CSE. Questa lettura evolutiva e dinamica del diritto internazionale del lavoro (per altro già adottata nella sentenza 178/15), riecheggia quella seguita dalla CEDU nelle note sentenze “turche”<sup>11</sup> e permette alla Corte di “recuperare” indirettamente nel giudizio di costituzionalità anche la Convenzione OIL 158, come modello cui si ispira il testo dell'art. 24 della CSE.

In secondo luogo, nel valutare il contenuto precettivo dell'art. 24, i giudici delle leggi richiamano espressamente la recente decisione del CEDS relativa alla legge finlandese in materia di licenziamento, giudicata contraria agli standard della CSE per il fatto di prevedere un tetto massimo all'indennizzo di 24 mesi di retribuzione<sup>12</sup>. Questa decisione viene richiamata per “*chiarire*” il significato del concetto di congruità dell'indennizzo contenuto nell'art. 24; il riferimento all'autorevolezza del Comitato acquista di

---

<sup>10</sup> La Consulta in particolare non ha ritenuto rilevante ai fini del giudizio di costituzionalità la decisione del CEDS del 4 luglio 2016, con la quale è stato dichiarato il contrasto con l'art.5 della Carta sociale europea della legislazione francese che limita la libertà sindacale dei militari (Complaint No. 101/2013, *Conseil Européen des Syndicats de Police – CESP – v France*).

<sup>11</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Demir and Baykara v. Turkey* (34503/97) del 12 novembre 2008 e *Enerji Yapi – Yol Sen v. Turkey* (68959/01) del 21 aprile 2009.

<sup>12</sup> European Committee of Social Rights, *Decision on Admissibility and the Merits* 31.1.2017, Complaint No. 106/2014, *FSSR v Finland*.

conseguenza tutt'altro rilievo rispetto a quello incidentalmente contenuto nella precedente sentenza 120/18. Da tale riferimento si ricava che la Corte, se certamente resta sovrana nell'applicazione e interpretazione delle norme della Carta sociale nell'ordinamento italiano, non può semplicemente ignorare il modo con cui queste sono interpretate dal Comitato di esperti, ma delle decisioni di quest'ultimo deve tener conto nel suo giudizio di costituzionalità.

Una simile attenzione alla giurisprudenza del Comitato appare non solo distonica con l'approccio seguito nella sentenza 120, ma anche in netta controtendenza rispetto all'orientamento di chiusura nei confronti del ruolo delle Corti sovranazionali che pur è emerso nella recente giurisprudenza costituzionale dopo la "svolta" operata dalle c.d. sentenze gemelle del 2007<sup>13</sup>. Il futuro dirà se la sentenza 194 segna l'inizio un nuovo orientamento, più attento al dialogo con i diversi organismi internazionali deputati ad interpretare le fonti internazionali, o è piuttosto il segnale della coesistenza in seno alla Corte di diverse sensibilità rispetto al delicato tema della tutela multilivello dei diritti fondamentali.

## **2.1. segue: e la conseguente apertura di nuovi scenari**

Come anticipato, la valorizzazione delle fonti internazionali e della giurisprudenza dei relativi organismi "quasi giurisdizionali" apre prospettive inedite di contenzioso che vanno ben al di là della materia del licenziamento individuale e come detto riguardano potenzialmente qualsiasi normativa che incida su diritti fondamentali dei lavoratori. Si pensi solo al diritto di sciopero ed alla l. 146/90, da anni oggetto di censura da parte del CEDS per contrasto con l'art. 6, par. 4 CSE<sup>14</sup>; o, per rimanere su ambiti limitrofi a quello oggetto della sentenza 194, al diritto ad essere tutelati in caso di licenziamento collettivo, cui la Carta sociale (unica tra le fonti internazionali) dedica una apposita disposizione ispirata alla direttiva 98/59/CE<sup>15</sup>.

E' in questa prospettiva che la sentenza 194 merita particolare apprezzamento, perché essa suona come un invito (indirizzato al giurista ed all'operatore del diritto) ad approfondire i principi di diritto internazionale ricavabili dalla giurisprudenza delle autorità di stanza a Strasburgo e a Ginevra, al fine di sfruttare al meglio gli strumenti che le fonti internazionali offrono per assicurare la massima tutela possibile ai diritti fondamentali dei lavoratori.

Certo, restano molti profili di incertezza su questioni problematiche di decisiva importanza, che la sentenza 194 lascia irrisolte; d'altra parte, è proprio la "leggerezza" che contraddistingue alcuni passaggi

---

<sup>13</sup> Il riferimento è in particolare al discusso *obiter* contenuto nella sentenza 269/2017 con il quale la Corte sembra rivendicare una sorta di sindacato accentrato sulla stessa Carta dei diritti dell'UE.

<sup>14</sup> Da ultimo, Conclusions 2014, Italy (Article 6.4)

<sup>15</sup> In merito T. Jaspers, *Article 29. The Right to information and consultation in collective redundancy procedures*, in E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Olivier, *International and European Labour Law*, Nomos-C. H. Beck- Hart Publishing, 2018, p. 355 ss.

argomentativi a rendere possibile il superamento dell'approccio seguito nella sentenza 120/18 senza contraddirlo apertamente.

In particolare la Corte non spiega in che misura ed in che modo le decisioni del CEDS vadano considerate nel giudizio di costituzionalità. E non c'è dubbio che la Corte utilizzi con ampia discrezionalità il precedente del CEDS relativo alla Finlandia, con il quale pur, come detto, si raccorda. La Corte infatti astrae da questa decisione un principio generale, per confermare quanto già dedotto dalla Carta costituzionale, ma non si confronta con le specifiche argomentazioni sviluppate in quella decisione dagli esperti europei. Soprattutto sorvola evidentemente sul fatto che la normativa finlandese è stata censurata perché pone un limite massimo all'indennizzo (24 mesi); limite che invece la Corte considera compatibile con i principi costituzionali<sup>16</sup>.

E' vero però che la "giurisprudenza" richiamata dalla Corte riguardava la normativa di un paese straniero, e non quella italiana oggetto del giudizio di costituzionalità. E' il caso quindi di chiedersi se il Comitato di Strasburgo possa censurare profili diversi ed ulteriori del d.lgs. 23/15 rispetto a quelli oggetto della dichiarazione di incostituzionalità; e, se così fosse, quali effetti potrebbe produrre nell'ordinamento italiano una simile decisione, sopravvenuta alla sentenza della Consulta. La domanda è tanto più pertinente considerando che la sentenza 194 è stata adottata in pendenza del reclamo collettivo presentato dalla Cgil davanti al CEDS<sup>17</sup>, che dunque a breve si pronuncerà sulla stessa identica questione decisa dai Supremi giudici nazionali.

### **3. La congruità dell'indennizzo**

Si è già ricordato come la previsione di un tetto massimo all'indennizzo (in specie, 24 mesi di retribuzione) sia stata dichiarata dal Comitato non compatibile con gli standard deducibili dall'art. 24; norma che, nel prevedere sia garantito al lavoratore licenziato senza valido motivo "*un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione*", impone agli Stati di quantificare l'importo dell'indennizzo in modo che questo al tempo stesso compensi il lavoratore dei danni subiti e costituisca un deterrente per l'illegittimo comportamento datoriale.

In relazione al calcolo del "congruo indennizzo", i principi di diritto internazionale del lavoro appaiono sensibilmente diversi da quelli elaborati dalla giurisprudenza costituzionale. 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)<sup>18</sup>. E, in questa prospettiva, dovrebbe sempre essere garantita la retribuzioni non corrisposta dal

---

<sup>16</sup> Su questo profilo vd in particolare M.T. Carinci. *La Corte costituzionale n. 194/2018*, cit..

<sup>17</sup> Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v Italia, Complaint No. 158/2017

<sup>18</sup> Così il Comitato, ad esempio, in relazione alla normativa albanese: "*In order to be considered appropriate, compensation should include reimbursement of financial losses incurred between the date of dismissal and the decision of the appeal body ruling on the lawfulness of the dismissal, the*

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).

La posizione del Comitato è molto netta anche sul fatto che un indennizzo forfettario non si giustifichi neppure per l'eccessiva durata del giudizio, che non può tradursi in un pregiudizio per il lavoratore<sup>19</sup>. Ne consegue che anche l'art.18 dello Statuto dei lavoratori (nella versione riformata dalla l. 92/12) presenta profili di dubbia coerenza con gli standard della Carta sociale europea; lo conferma il fatto che il Comitato abbia chiesto chiarimenti al Governo italiano in merito ai limiti che la norma statutaria pone all'indennizzo ed alla possibilità di ottenere il risarcimento di ulteriori voci di danno<sup>20</sup>.

Detto questo, va riconosciuto che i 36 mesi di retribuzione come limite all'indennizzo fissati dal c.d. decreto dignità sono un tetto molto alto, anche considerando quanto previsto nella legislazione degli altri ordinamenti europei. Non ci sono precedenti valutazioni su un simile limite nella giurisprudenza del Comitato, che potrebbe anche considerarlo di importo sufficiente da consentire la quantificazione di un ristoro adeguato per il lavoratore. Sotto questo profilo dunque, l'esito del giudizio sull'attuale regime sanzionatorio fissato dall'art. 3, comma 1 del d.lgs. 23/15 (effetto del sopravvenire della novella legislativa e della sentenza della Consulta) non è affatto scontato. Lo stesso non può però dirsi per il regime sanzionatorio valevole per le piccole imprese (fino a 15 dipendenti), posto che anche dopo la recente riforma l'importo massimo dell'indennizzo resta ancorato alle 6 mensilità (art. 9, d.lgs. 23/15); un limite senz'altro incompatibile con gli standard internazionali.

#### **4. Il rapporto tra tutela reale e tutela obbligatoria**

Una riflessione più articolata merita la questione del rapporto che dovrebbe configurarsi tra tutela reale e tutela obbligatoria nel regime sanzionatorio del licenziamento, alla luce degli standard internazionali. E' vero infatti che l'art. 24 (al pari dell'art. 4 Cost, come interpretato dalla Consulta), non impone sia sempre garantita la reintegrazione (*reinstatement*) al lavoratore ingiustamente licenziato. Tuttavia, secondo il CEDS, la Carta sociale non ammette neppure che un legislatore nazionale escluda *a priori* la tutela in forma specifica come possibile esito di un giudizio di illegittimità del licenziamento, impedendo in ogni caso al giudice di applicarla. In altre parole, la reintegrazione, almeno in linea di principio, deve potere essere un rimedio adottabile in sede giurisdizionale. Per questo il Comitato, nei suoi periodici cicli di valutazione

---

*possibility of reinstatement and/or compensation sufficient both to deter the employer and proportionate to the damage suffered by the victim*" (Conclusions 2008, Albany).

<sup>19</sup> Così, ad esempio, la durata media dei processi in materia di licenziamento fornisce al Comitato un argomento aggiuntivo per concludere nel senso dell'inammissibilità del tetto all'indennizzo posto dalla legge bulgara (Conclusions 2008, Bulgaria): "the situation was not in conformity with Article 24 of the Revised Charter on the grounds that the compensatory payment for unlawful termination of employment is subject to a maximum of six months' wages even though judicial proceedings in unfair dismissal cases lasted on average two years".

<sup>20</sup> Conclusions 2016, Italy (periodo di riferimento 1° gennaio 2011 – 31 dicembre 2014).

sulle legislazioni nazionali, presta molta attenzione alle ragioni per le quali è consentito al datore di lavoro non reintegrare il lavoratore, chiedendo chiarimenti in merito ai governi<sup>21</sup>. Così ha fatto anche nei confronti del governo italiano nel 2003, per capire se l'art. 8 della l. 604/66 lasciasse o meno piena discrezionalità al datore nell'opzione tra riassunzione e indennizzo; ricevendo una risposta evasiva, se non fuorviante che, all'epoca, permise all'Italia di evitare una nota di censura<sup>22</sup>.

Questa lettura dell'art. 24 (ribadito anche in relazione alla legislazione finlandese<sup>23</sup>) è per altro in sintonia con quanto lo stesso Comitato afferma nella sua giurisprudenza relativa all'art. 4 della CSE, norma che, nel sancire il diritto ad un'equa retribuzione, impone di garantire al lavoratore licenziato senza giustificazione il diritto alla reintegrazione o *“in casi eccezionali, se la reintegrazione non è possibile o non è richiesta dal lavoratore, un indennizzo economico”* dal carattere pienamente soddisfacente e dissuasivo<sup>24</sup>.

Ancora più “sbilanciata” a favore della sanzione reintegratoria appare la Convenzione OIL 158 (che si è detto richiamata dalla Corte a supporto della “tutela multilivello”), come ricorda il Comitato di esperti deputato a monitorarne il rispetto: *“the wording of Article 10 gives preference to declaring the termination invalid and reinstating the worker as remedies in the case of unjustified termination of employment. However, it is flexible in that it offers other possible remedies, depending on the powers of the impartial body and the practicability of a decision to nullify the termination and reinstate the worker”*<sup>25</sup>.

Dai principi del diritto del lavoro internazionale si ricava allora che la reintegra è certo sostituibile con un indennizzo “adeguato”, ma il rapporto tra reintegra e indennizzo non è di pura e semplice interscambiabilità (di modo che la scelta del secondo a svantaggio della prima è rimessa all'arbitrio del legislatore), bensì deve configurarsi nei termini di un rapporto tra regola ed eccezione.

Una sorprendente conferma di ciò viene dallo stesso diritto dell'UE. Se è vero infatti che non esistono norme di diritto derivato dell'UE relative al licenziamento (non essendo stata esercitata la potestà legislativa prevista dall'art.153, par. 1, lett. d), TFUE), esiste tuttavia un diritto di origine giurisprudenziale prodotto dal Tribunale (l'ex Tribunale della funzione pubblica dell'UE), organo competente a decidere le cause di lavoro dei funzionari e degli agenti delle istituzioni euro-unitarie. Da questa giurisprudenza si ricava che per i giudici del lavoro dell'Unione, in linea di principio, l'accertamento dell'illegittimità del

---

<sup>21</sup> Sulla giurisprudenza del Comitato in merito vd M. Schmitt, *Termination of employment*, in N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann, S. Clauwaert, *The European Social Charter and the Employment Relation*, Hart Publishing, 2017, p. 430

<sup>22</sup> Così si legge nel rapporto del Governo italiano al CEDS del 2007: *«Contrairement à l'observation contenue dans le Conclusion du Comité, en substitution de la réintégration dans le poste de travail, le salarié a la faculté de demander à l'employeur une indemnité de quinze mensualités de rétribution. Telle possibilité doit être exercée dans les trente jours à faire date de la publication du jugement. Donc, on est pas en condition de fournir, comme demandé, l'orientation des juges dans cette matière puisque il s'agit là d'un choix qui revient exclusivement au travailleurs»* (p. 169).

<sup>23</sup> La legislazione finlandese è stata *censurata anche perché “non prevede la possibilità della reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo”* (Complaint No. 106/2014, *FFSR v Finland*, par. 55); negli stessi termini vd Conclusions 2012, Albany

<sup>24</sup> Conclusions XIII-5, on the right to a fair remuneration (Article 4).

<sup>25</sup> ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR), *General Survey on protection against dismissal*, 1995, par. 219 (il documento contiene un'analisi delle normative nazionali condotta alla luce della Convenzione 158 e della Raccomandazione 166).

licenziamento di un funzionario dell'UE fa sorgere in capo a quest'ultimo il diritto alla reintegrazione. Nella sentenza *Landgren* il Tribunale di Lussemburgo ha chiarito in maniera molto piana e lineare quali principi rilevano per avvalorare questa conclusione: “L’annullamento di un atto da parte del giudice comporta l’eliminazione retroattiva di tale atto dall’ordinamento giuridico. Quando all’atto annullato è già stata data esecuzione [come nel caso del licenziamento], l’eliminazione dei suoi effetti impone di ristabilire la situazione giuridica nella quale la parte ricorrente si trovava precedentemente all’adozione dello stesso”<sup>26</sup>. Il Tribunale ci dice insomma che la tutela in forma specifica in caso di licenziamento ingiustificato deve essere garantita in base ai principi del diritto civile, senza neppure il bisogno di scomodare quello del lavoro.

Questi principi ricavabili dal diritto internazionale ed europeo dovrebbero suggerire un cambio di prospettiva nel valutare il regime sanzionatorio vigente nel nostro paese. Sgombrato finalmente il campo (grazie alla sentenza 194) dalla retorica del *firing cost* e dell’analisi economica del diritto e restituito al giudice il potere di quantificare l’indennizzo, non basta dire semplicemente che la reintegra non è costituzionalmente necessaria. Perché, se è vero che non lo è, resta da capire quand’è che si giustifica la sua esclusione. L’opzione per la tutela obbligatoria dovrebbe (quanto meno) fondarsi su delle ragioni “oggettive”, che giustificano e spiegano perché non è possibile garantire la tutela in forma specifica, che è la forma di tutela più adeguata per il lavoratore; cioè per garantire il diritto fondamentale di quest’ultimo a non essere licenziati senza giustificazione, nel modo più sintonico con i principi ricavabili dalle fonti internazionali.

Allora è necessario interrogarsi sulla *ratio* sulla quale si fondano le norme vigenti del nostro ordinamento che escludono “a monte” l’opzione reintegratoria come esito di un giudizio sulla legittimità del licenziamento. Nelle piccole imprese la reintegra non è mai stata garantita in ragione della peculiarità dei rapporti che vi si instaurano tra datore e dipendenti, oltre che della maggior debolezza e vulnerabilità dell’impresa. Si può ritenere più o meno opinabile una simile *ratio*, per altro di nuovo non condivisa dal CEDS<sup>27</sup>; ma almeno il regime previsto dall’art. 8, l. 604/66 trova una giustificazione razionale nell’ordinamento, ed escludendo il diritto alla reintegrazione solo nelle piccole imprese resta pur sempre iscritto in una logica di eccezione al regime generale. Se però l’eccezione diventa la regola ed il *favor* verso la tutela indennitaria viene esteso alla generalità dei lavoratori, allora il discorso cambia e ne esce sovvertita la logica che, secondo i principi di diritto internazionale del lavoro, dovrebbe ispirare la legislazione in materia.

## 5. I profili non toccati dalla censura di incostituzionalità

---

<sup>26</sup> Tribunale Funz. Pub., causa F-1/05, punto 92 ed ivi i riferimenti giurisprudenziali.

<sup>27</sup> Conclusions 2003, Bulgaria.

Alle questioni attinenti al regime sanzionatorio previsto dall'art. 3, comma 1, d.lgs. 23/15, si sommano poi quelle riguardanti altri profili della vigente disciplina del licenziamento, sui quali la Corte non si è espressa e che tuttavia pongono ulteriori problemi di coerenza con gli *standard* internazionali. Basti richiamare il principio di proporzionalità tra sanzione e fatto contestato nel licenziamento disciplinare<sup>28</sup>; principio esplicitamente negato dall'art. 3, comma 2 del d.lgs. 23/15, seppur non direttamente in relazione alle ragioni del licenziamento ma indirettamente riguardo alle conseguenze del licenziamento illegittimo. Quanto ai licenziamenti economici poi, il CEDS pone particolare attenzione al fatto che all'autorità giudiziaria sia garantito il potere di accertare i fatti oggettivi posti dal datore a base del licenziamento<sup>29</sup>. E' vero che, sempre in relazione alla legislazione della Finlandia, lo stesso Comitato ha riconosciuto che non è necessaria una situazione di difficoltà economica per giustificare un licenziamento; tuttavia anche in quest'ultimo caso ha ribadito come gravi sul datore l'onere di provare la *“sostanziale e permanente riduzione del lavoro”*, che, appunto, può derivare da meri processi di riorganizzazione e ristrutturazione aziendale e non necessariamente da una crisi<sup>30</sup>.

Ancor meno sintonico con gli obblighi posti dal diritto internazionale appare il depotenziamento dell'obbligo di motivazione operato già con la l. 92/12 di riforma dell'art.18 dello Statuto dei Lavoratori e confermato dall'art. 4 del d.lgs. 23/15. Il fatto di sanzionare più debolmente i vizi formali e procedurali rispetto a quelli sostanziali contraddice principi di diritto internazionale assolutamente consolidati e ribaditi da tutti gli organismi sovranazionali; ivi compresa la Corte EDU, che nella violazione dell'obbligo di motivazione in caso di licenziamento coglie un grave *vulnus* al diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva e, quindi, una violazione dell'art. 6 Convenzione EDU<sup>31</sup>. Merita a tal proposito ricordare che il diritto alla tutela giurisdizionale trova fondamento anche nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, norma della quale la Corte di giustizia riconosce efficacia diretta, tale da giustificare la disapplicazione del diritto interno. Ed infatti anche sull'obbligo di motivazione in caso di licenziamento il Tribunale dell'UE si esprime in termini netti: *“Tale obbligo contribuisce a garantire il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli artt. 6-13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è stato riaffermato dall'art. 47 della Carta dei diritti*

---

<sup>28</sup> E' pacifico per gli organismi di controllo delle fonti internazionali che il principio di proporzionalità debba essere rispettato in ogni ipotesi di licenziamento per motivi soggettivi (alle quali le stesse fonti riconducono anche il recesso per scarso rendimento); si legge ad es., con riferimento alla disciplina portoghese dei licenziamenti disciplinari (ECSR Conclusions 2008, Portugal): *“in order to assess whether a dismissal is justified on the ground of conduct of the employee, the gravity of the damage caused to the employer, the nature of the relationship between the employee, his employer and his colleagues and the specific circumstances of the individual case are taken into account”*; in termini analoghi si esprime il Comitato di esperti dell'OIL, che associa al principio di proporzionalità a quello di *ultima ratio*: *“it is important that, taking into account the nature of the misconduct, the employers do not fail to consider all other possible forms of disciplinary action before applying this measure of last resort”* (ILO CEACR, 1995, par. 93).

<sup>29</sup> Conclusions 2003, Bulgaria.

<sup>30</sup> Complaint No. 107/2014, *FFSR v Finland*; analogamente anche Complaint No. 74/2011, *FFFS v Norway*.

<sup>31</sup> Corte EDU, sentenza *K.M.C c. Ungheria* (19554/11) del 10.7.2012.

*fondamentali dell'Unione europea [...] Trattandosi più specificamente di assicurare la tutela effettiva di un diritto fondamentale attribuito dal Trattato ai lavoratori nella Comunità, bisogna anche che questi ultimi possano difendere tale diritto nelle migliori condizioni possibili e che ad essi sia riconosciuta la facoltà di decidere, con piena cognizione di causa, se sia per loro utile adire il giudice”<sup>32</sup>.*

## **6. I possibili effetti di una censura del Comitato europeo dei diritti sociali**

Resta da capire quali effetti potrebbe produrre una censura del CEDS sopravvenuta alla sentenza della Consulta; ed in generale, in che modo i principi ricavabili dal diritto internazionale possano incidere sulla vigente disciplina del licenziamento.

In teoria è ovviamente possibile sollevare un'altra questione di costituzionalità per contrarietà con l'art. 24 CSE come norma interposta, centrata sui profili eventualmente evidenziati dal CEDS. Realisticamente è però difficile pensare che la Corte possa intervenire con una nuova dichiarazione di incostituzionalità sul medesimo testo normativo a breve tempo di distanza dalla precedente. Più probabile che, a fronte di una decisione del CEDS relativa al d.lgs. 23/15 non pienamente sintonica con i *dicta* contenuti nella sentenza 194, la Corte si limiti a motivare le ragioni per cui la pur “autorevole” opinione del Comitato non trova riflesso nei principi costituzionali. Ciò per lo meno in relazione al regime sanzionatorio disposto dall'art. 3, comma 1, già oggetto di disamina da parte dei giudici delle leggi.

La giurisprudenza del Comitato può comunque avere un impatto sull'interpretazione della disciplina vigente da parte dei giudici ordinari, nei limiti della possibile ri-lettura della stessa conforme ai principi di diritto internazionale. Si pensi ad esempio alla possibile valorizzazione di criteri per calcolare l'indennizzo diversi dall'anzianità di servizio, cui la Consulta sembra continuare a riconoscere valore prevalente; e, più in generale, ad un approccio che eviti un appiattimento sui livelli minimi di indennizzo, che i giudici delle leggi fanno salvi ma sul cui carattere adeguato e dissuasivo è lecito dubitare<sup>33</sup>. Si pensi, ancora, al superamento del carattere omnicomprensivo dell'indennizzo, confermato dalla Corte ma che appunto potrebbe essere negato per adeguarsi ad un nuovo quadro di principi ermeneutici; e, soprattutto, ad una interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della tutela reale, nei limiti massimi consentiti da una interpretazione *pro labour* degli art. 2 e 3 del d.lgs. 23/15.

Infine, vi sono gli effetti che la decisione del Comitato può produrre sul piano politico: un'eventuale censura della vigente disciplina dei licenziamenti che si sommasse a quella della Consulta, renderebbe ancor più urgente una revisione complessiva della materia, orientata a rispondere più adeguatamente all'esigenza di tutelare il diritto alla stabilità del posto di lavoro nel nostro ordinamento. Effetti questi ultimi tutt'altro che residuali e marginali, nella prospettiva di una lettura evolutiva dei diritti fondamentali

---

<sup>32</sup> Tribunale, causa T-404/06, P, punto 148.

<sup>33</sup> Perulli, *Il valore del lavoro*, cit.

dei lavoratori; giacchè (per tornare alle riflessioni con le quali si è aperto queste brevi note) proprio in ciò va colta l'importanza della sentenza 194/18: nell'indicare un'inversione di rotta nella legislazione del lavoro che, evidentemente, spetta agli attori politici e sociali tradurre in atto.