

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO

Fondata da ALDO CESSARI, già diretta da GIUSEPPE PERA e da PIETRO ICHINO

Direttore responsabile
RAFFAELE DE LUCA TAMAJO



Direttore
LUIGI MONTUSCHI †

Comitato scientifico

CARLO GESTER - MAURIZIO CINELLI - RICCARDO DEL PUNTA - GIUSEPPE FERRARO
EDOARDO GHERA - PIETRO ICHINO - ARTURO MARESCA - ORONZO MAZZOTTA
ROBERTO ROMEI - FRANCESCO SANTONI - RENATO SCOGNAMIGLIO † - PATRIZIA TULLINI
JESUS CRUZ VILLALÓN - MAXIMILIAN FUCHS - ANTOINE LYON CAEN - ALAN NEAL

In questo numero, tra l'altro:

I - Saggi: I CRITERI DI DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ EX ART. 3, CO. 1, D.LGS. N. 23/2015 NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE (A. Maresca); LA SANZIONE PER I VIZI FORMALI E PROCEDIMENTALI DEL LICENZIAMENTO SECONDO LA CONSULTA (C. Pisani)

II - Giurisprudenza: BUONI PASTO IN REGIME DI SMART WORKING (D. Comandè); LAVORO AGILE E FERIE (M. Lamannis); DIRITTO AL LAVORO AGILE E COMPATIBILITÀ CON LA PRESTAZIONE (M. Peruzzi e A. Pignatelli); CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI A CONFRONTO SUL JOBS ACT (A. Topo); LA VIOLAZIONE DEI PROTOCOLLI ANTI-COVID-19 COME CONDOTTA ANTISINDACALE (R. Diamanti)

III - L'ORARIO DI LAVORO NELL'AUTOTRASPORTO (G.P. Gogliettino)

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

4

INDICE SOMMARIO

PARTE PRIMA

DOTTRINA

- ARTURO MARESCA, *I criteri di determinazione dell'indennità ex art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015 nella giurisprudenza costituzionale: tutele (ancora) crescenti per anzianità, ma correggibili* 479
Criteria for determining the indemnity provided by art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015, in the constitutional jurisprudence: safeguards (still) increasing with seniority, but revisable
- CARLO PISANI, *La sanzione per i vizi formali e procedurali del licenziamento secondo la Consulta: Pars distinguendi dimenticata* 497
The sanction system against formal and procedural defects of dismissal, according to the constitutional Court: the *ars distinguendi* is forgotten
- GIUSEPPE IANNIRUBERTO, *Iniziativa economica e tutela del lavoro* 515
Economic freedom and employment protection
- FABRIZIO FERRARO, *Riflessioni sul coordinamento ex art. 409 n. 3 c.p.c.* 548
Reflection on coordination pursuant to art. 409 no. 3 c.p.c.
- SILVIO SONNATI, *Licenziamento illegittimo, dimissioni per giusta causa e patto di non concorrenza: il lavoratore può riappropriarsi della piena libertà di lavorare?* 573
Illegitimate dismissal, resignation for just cause: can the employee regain full working capacity?

PARTE SECONDA

NOTE A SENTENZA

Rapporto di lavoro

- BENEDETTI AGOSTINELLI, *La disciplina comune delle obbligazioni e il nodo irrisolto della cessione illegittima di lavoratori* 622

ARTURO MARESCA

Ordinario di diritto del lavoro nella Università Sapienza di Roma

I CRITERI DI DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ EX ART. 3, CO. 1, D. LGS. N. 23/2015 NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE: TUTELE (ANCORA) CRESCENTI PER ANZIANITÀ, MA CORREGGIBILI

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'indagine: i criteri di determinazione dell'indennità *ex art. 3, co. 1*. Il monito della Corte al legislatore e le indicazioni applicative alla giurisprudenza. — 2. La sentenza n. 194/2018 e la rimozione del vizio di costituzionalità individuato nell'art. 3, co. 1: i problemi aperti. — 3. Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza sui criteri di determinazione dell'indennità *ex art. 3, co. 1* dopo la sentenza n. 194/2018. — 4. L'anzianità di servizio e la combinazione (non necessaria) con gli *«altri criteri»*. — 5. Criteri di valorizzazione dell'anzianità *crescente*: la permanente utilità del meccanismo di indicizzazione delle due mensilità per ogni anno di servizio. — 6. Il necessario controllo giurisdizionale di adeguatezza dell'indennità rispetto al caso concreto: modalità di esercizio. — 7. L'eventuale intervento correttivo del Giudice in coerenza con le funzioni (di ristoro e dissuasiva) dell'indennità: rinvio.

1. *Delimitazione dell'indagine: i criteri di determinazione dell'indennità ex art. 3, co. 1. Il monito della Corte al legislatore e le indicazioni applicative alla giurisprudenza.* — La recente sentenza della Corte costituzionale 16 luglio 2020, n. 150 offre un ulteriore, importante contributo all'interpretazione dei rimedi indennitari previsti dal d.lgs., 4 marzo 2015, n. 23 nel caso di un licenziamento ingiustificato (art. 3, co. 1) o affetto da vizi formali e procedurali (art. 4).

Sono molteplici gli spunti di riflessione che emergono da questa sentenza, quello che si intende esaminare in questa sede riguarda non già le ragioni dell'incostituzionalità dell'art. 4 affermata dalla Corte, bensì in una prospettiva più generale le modalità applicative dei criteri di determinazione dell'indennità dovuta al lavoratore

ingiustamente licenziato; indennità che l'art. 3, co. 1 fissa soltanto nei valori minimo e massimo di sei e trentasei mensilità.

Com'è noto, il tema si è posto dopo che la Corte con una prima decisione (26 settembre 2108, n. 194) ha dichiarato l'incostituzionalità parziale dell'art. 3, co. 1, *«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'»,* precisando ulteriormente in motivazione che nella quantificazione dell'*«indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio ... nonché degli altri criteri ..., desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)».*

Su questo specifico punto la Corte con la più recente sentenza (n. 150/2020) rivolge un duplice monito, nell'immediato, alla giurisprudenza e, guardando ad un futuro prossimo, al legislatore.

Infatti il legislatore viene invitato ad intervenire — in una prospettiva di superamento e di razionalizzazione del sistema attualmente vigente — per *«ricomporre secondo linee coerenti una normativa di importanza essenziale, che vede concorrere discipline eterogenee, frutto dell'avvicinarsi di interventi frammentari»* (punto 17 della sentenza n. 150/2020).

È innegabile che il sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo — che risulta da una stratificazione e frammentazione realizzatasi dal 2012 ad oggi — debba essere riscritto, non certo per restaurare la disciplina preesistente, ma piuttosto per sistematizzare quella oggi vigente che ha più volte superato, seppure con correzioni, il vaglio della Corte costituzionale (1) sia della Corte di Giustizia (2) e, prima delle Sezioni Unite della Cassazione (3), oltre

(1) Oltre le due sentenze citate nel testo, come si apprende da un comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale, il 4 novembre 2020 la Corte ha ritenuto inammissibili le questioni sollevate dalla Corte d'appello di Napoli sulla disciplina dei licenziamenti collettivi prevista dal d.lgs. n. 23/2015.

(2) C. giust. 4 giugno 2020, causa C-32/20, che dichiarandosi «manifestamente incompetente a rispondere alle questioni sollevate dalla Corte d'appello di Napoli (Italia) con ordinanza del 18 settembre 2019», precisa in motivazione (n. 32) che «le modalità della tutela da riconoscere ad un lavoratore che sia stato oggetto di un licenziamento collettivo ingiustificato derivante da una violazione

ad essere stato di un importante intervento nomofilattico della Sezione lavoro della Cassazione (4).

Nel momento stesso in cui si invoca, condivisibilmente, l'intervento del legislatore si viene, però, assaliti dal dubbio sulla sua capacità di affrontare un compito sicuramente difficile (politicamente e tecnicamente), temendo di dover dire, all'esito dell'intervento pur auspicato, che *era meglio quando si riteneva fosse peggio*.

Il legislatore dovrebbe, verosimilmente, prendere le mosse dai punti certi ed ormai acquisiti non solo in giurisprudenza (ad esempio che nel regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, l'indennità costituisce la regola e la reintegrazione l'eccezione), ma anche nel vissuto dei rapporti sociali, per chiarire i dubbi interpretativi che invece ancora permangono (tra gli altri, appunto, i criteri di determinazione dell'indennità) e superare le differenziazioni prive di un convincente fondamento (la data di assunzione), per "ricomporre" (usando le parole della Corte) una razionalità complessiva del sistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo riconducendo ad unità la frammentazione esistente.

Il monito rivolto dalla Corte alla giurisprudenza è destinato, invece, ad operare nell'attualità, per la consapevolezza che l'intervento del legislatore non è imminente.

In questo caso la Corte, più che un monito, fornisce specifiche indicazioni sull'applicazione della norma conseguente alla pronuncia di incostituzionalità del 2018 in considerazione del *vuoto* da essa provocato riguardo ai criteri per determinare l'indennità dovuta al lavoratore licenziato ingiustamente (ora anche per vizi formali e procedurali).

La chiave interpretativa indicata dalla Corte si legge nella motivazione (punto 16) della sentenza n. 150/2020 ove si precisa

dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare sono manifestamente prive di relazione con gli obblighi di notifica e di consultazione derivanti dalla direttiva 98/59. Né tali modalità né detti criteri di scelta rientrano nell'ambito di applicazione di quest'ultima. Di conseguenza, essi rimangono di competenza degli Stati membri».

(3) Cass., S.U., 27 dicembre 2017, n. 30985, *q. Riv.*, 2018, II, 259 che, in motivazione, riconosce alla cd. tutela indennitaria forte prevista dal legislatore nell'art. 18 co. 5 «una valenza di carattere generale».

(4) Sull'esercizio della nomofilachia da parte della Sezione Lavoro della Cassazione v. V. DI CERBO - F. AMENDOLA, *Misure organizzative per la nomofilachia: l'esperienza della sezione lavoro della Corte di Cassazione*, LDE, 2019, 2.

che «nel rispetto dei limiti minimo e massimo oggi fissati dal legislatore, il giudice, nella determinazione dell'indennità, terrà conto innanzitutto dell'anzianità di servizio, che rappresenta la base di partenza della valutazione. In chiave correttiva, con apprezzamento congruamente motivato, il giudice potrà ponderare anche altri criteri desumibili dal sistema, che concorrano a rendere la determinazione dell'indennità aderente alle particolarità del caso concreto.

Ben potranno venire in rilievo, a tale riguardo, la gravità delle violazioni, enucleata dall'art. 18, sesto comma, dello statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, e anche il numero degli occupati, le dimensioni dell'impresa, il comportamento e le condizioni delle parti, richiamati dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, previsione applicabile ai vizi formali nell'ambito della tutela obbligatoria ridefinita dalla stessa legge n. 92 del 2012».

2. *La sentenza n. 194/2018 e la rimozione del vizio di costituzionalità individuato nell'art. 3, co. 1: i problemi aperti.* — Prima di esaminare le ripercussioni prodotte dalla recente sentenza della Corte sulla questione relativa ai criteri di determinazione dell'indennità, appare opportuno dedicare un cenno, nella consapevolezza che un approfondimento richiederebbe ben altre forze, al tema generale che si pone (in questa sede quanto all'art. 3, co. 1) allorché non risultando chiaro il significato (anche ai fini dell'applicazione) del *dictum* contenuto nel dispositivo della sentenza d'incostituzionalità, l'interprete è sollecitato a ricercare indicazioni anche nella motivazione, pur in assenza della formula «nei sensi di cui in motivazione».

Una formula quest'ultima che quando viene espressa dalla Corte vincola l'interprete a collegare, anzi, a conformare il dispositivo alla motivazione, senza per converso escludere la possibilità che, ove tale formula sia assente, lo stesso interprete possa avvalersi del contenuto della motivazione, laddove la norma, all'esito della pronuncia di parziale incostituzionalità, presenta — com'è avvenuto con l'art. 3, co. 1 — lacune tali da comprometterne la funzionalità, costringendo l'interprete ad intervenire per colmare tali lacune.

Il tema, peraltro, si complica ulteriormente quando la Corte si pronuncia con una nuova decisione (è il caso della sentenza n. 150/2020) su una norma già dichiarata illegittima, cogliendo così

l'occasione per fornire ulteriori elementi a chiarimento della precedente declaratoria d'incostituzionalità (5).

In proposito sono pochi i punti fermi: il primo che la Corte non ha un potere di interpretazione autentica delle proprie decisioni; il secondo che l'interpretazione delle norme dichiarate incostituzionali compete alla giurisprudenza e, segnatamente, alla Cassazione, nell'esercizio della funzione nomofilattica.

Ciò premesso sono portato a ritenere che l'interprete — prima di affidarsi ad operazioni di tipo analogico o ai principi generali per reperire altrove gli elementi necessari per integrare la norma emendata dalla Corte (6) — debba circoscrivere la parte della norma espunta dall'ordinamento a causa della sua illegittimità costituzionale e, conseguentemente, individuare quella parte del dato normativo che, non essendo incostituzionale, continua a vivere nell'ordinamento, in quanto legittimamente prodotta dal legislatore.

Questa ricognizione non si può esaurire con la lettura del solo dispositivo — certamente, punto centrale (e molto spesso esaustivo) dell'indagine — ma deve essere condotta con rigorosa attenzione al vizio di costituzionalità così come effettivamente accertato dalla Corte, perché è solo questo vizio che determina l'invalidità originaria della legge, in quanto con la sua approvazione il Parlamento ha violato i limiti posti dalla Costituzione all'esercizio del potere legislativo.

Quindi se l'interprete, da una parte, non può sostituirsi o sovrapporsi alla Corte nell'accertamento dell'incostituzionalità della legge per individuare gli effetti invalidanti che ne scaturiscono, dall'altra non può neppure esimersi dal prendere atto dei casi (invero remoti) nei quali la pronuncia di incostituzionalità, risultante dal dispositivo, coinvolge norme (o nuclei di esse dotati di una propria autonomia) rispetto alle quali la Corte non ha acclarato alcun vizio e, quindi, l'estensione della declaratoria d'incostituzionalità è, in questa parte, solo *apparente*.

(5) Il caso più eclatante e risalente, ma ad oggi tutt'altro che concluso, è quello della prescrizione dei crediti retributivi oggetto di una prima sentenza di incostituzionalità dell'art. 2948, n. 4 c.c. (C. cost. 10 giugno 1966, n. 63) seguita da numerose altre decisioni della Corte che ne hanno delimitato il campo di applicazione.

(6) Come argomenta P. Tosi, *Spigolature di dottrina sulla sentenza n. 194/2018 della corte costituzionale e sul suo «dopo»*, *DRI*, 640.

A fronte di un tale riscontro — effettuato con il rigore di cui si è detto —, l'interprete non può esimersi dal considerare le norme o le parti di esse che hanno ancora una residua capacità regolativa e rispetto alle quali la Corte, come si è detto, non ha riscontrato alcun effettivo vizio di costituzionalità; una soluzione diversa non terrebbe nel debito conto le prerogative costituzionali del Parlamento in ordine alla produzione normativa che, se legittimamente esercitata, costituisce espressione diretta della sovranità popolare.

Applicando quanto fin qui detto alla sentenza n. 194/2018 si deve ribadire che essa ha accertato l'incostituzionalità dell'art. 3, co. 1 nella parte in cui sottrae al Giudice ogni valutazione in ordine all'entità dell'indennità da liquidare al lavoratore illegittimamente licenziato che veniva determinata, in modo automatico e vincolante, in un importo pari a due mensilità di retribuzione, calcolata con le stesse modalità del TFR, per ogni anno di servizio.

La rimozione normativa operata dal dispositivo della sentenza n. 194/2018 ha riguardato testualmente le «*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*». Ma il vizio di costituzionalità è stato accertato dalla Corte, come inequivocabilmente si legge nella motivazione, per gli effetti vincolanti che derivano dall'applicazione del meccanismo predisposto dal legislatore per la determinazione dell'indennità, impendendo al Giudice di valutarne l'adeguatezza con riferimento al caso concreto (7).

In altre parole il dispositivo rimuove integralmente il meccanismo di quantificazione dell'indennità previsto dal legislatore, ma il vizio di costituzionalità non riguarda tale meccanismo in sé, ma solo ed esclusivamente il vincolo imposto al Giudice nella sua applicazione.

Un vincolo che, secondo un'opinione diffusa, caratterizzerebbe a tal punto questo meccanismo tanto da considerarlo come un requisito connaturato alla formula "*tutele crescenti*" che si legge nel titolo del decreto legislativo n. 23/2015, inducendo molti a concludere che, una volta rimosso dalla Corte tale automatismo, sareb-

(7) Analoga considerazione, come si dirà in seguito, può essere fatta con riferimento alla rimozione operata dal dispositivo della sentenza n. 194/2018 delle modalità di calcolo delle mensilità che compongono l'indennità dell'art. 3, co 1; modalità definite dal legislatore con rinvio al meccanismo previsto per il calcolo del TFR.

bero venute meno anche le “tutele crescenti”. Tutele che, invece, ben possono rimanere tali anche una volta che non siano più, oltre che *crescenti*, anche *vincolanti*, avendo la Corte ritenuto necessario sottoporre al controllo giurisdizionale di adeguatezza l'esito della quantificazione così avvenuta.

Si può aggiungere, senza con ciò modificare quanto detto, che la Corte avrebbe potuto seguire altre strade che, forse, avrebbero consentito di identificare più puntualmente il vizio di costituzionalità effettivamente accertato in relazione al meccanismo di quantificazione dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1, rimuovendo soltanto gli effetti vincolanti di tale meccanismo.

Ad esempio la Corte avrebbe potuto adottare — con una scelta tecnica solo apparentemente più invasiva del dato normativo, ma in realtà conservativa — una sentenza creativa del tipo additivo dichiarando l'illegittimità dell'art. 3, co. 1 nella sola parte in cui impedisce al Giudice di esercitare il controllo dell'adeguatezza dell'indennità.

In conclusione la sentenza n. 194/2018 (nelle sue due componenti: la motivazione ed il dispositivo) evidenzia, come confermato anche dalla successiva (la n. 150/2020), che il vizio di costituzionalità non riguarda affatto né il collegamento tra l'anzianità di servizio e la determinazione della misura dell'indennità dovuta al lavoratore ingiustamente licenziato e neppure il criterio di valorizzazione degli anni di servizio in funzione della quantificazione crescente dell'indennità, bensì la preclusione della verifica giudiziale dell'adeguatezza di tale indennità rispetto al caso concreto.

Come si cercherà di argomentare nel prosieguo alla stregua delle considerazioni fin qui accennate, si può dire che l'interprete — per colmare le lacune dell'art. 3, co. 1, emendato dalla Corte e, così, ripristinarne la funzionalità — ben può avvalersi di quelle parti della norma esenti da vizi di costituzionalità, in questo modo l'opera di ricostruzione del dato normativo condotta dall'interprete, si muove nel rispetto delle prerogative costituzionali che riservano al legislatore la produzione normativa, ove questa sia conforme alla Costituzione.

3. *Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza sui criteri di determinazione dell'indennità ex art. 3, co. 1 dopo la sentenza n. 194/2018.* — Partendo da queste premesse, si possono ricordare le ben note incertezze emerse in dottrina ed in giurisprudenza in ordine

alla combinazione dell'anzianità di servizio con gli «altri criteri» (come li definisce la Corte) per la determinazione dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1 come emendato dalla Corte nel 2018.

In dottrina le opinioni sono state molto variegatae si può ricordare, senza alcuna pretesa di completezza, chi ha osservato che «l'avverbio "innanzitutto" non vuol dire che la durata del contratto deve essere utilizzata prima degli altri parametri. Dal punto di vista letterale, l'espressione ... significa che non è possibile trascurare il criterio ... Il termine dunque concettualizza la necessità di tenere conto dell'anzianità di servizio e non esprime la prevalenza sugli altri criteri degli anni di lavoro già effettuati» (8). In posizione diametralmente opposta si pongono, sia pure con sfumature diverse, coloro che ritengono ancora possibile correlare la quantificazione dell'indennità *ex art. 3, co. 1* all'anzianità di servizio, evidenziando che la Corte ha rimesso al Giudice la possibilità di un intervento correttivo soltanto quando tale quantificazione risulti inadeguata perché riferita esclusivamente agli anni di servizio (9). Altri propongono di utilizzare tutti i molteplici criteri desumibili dall'ordinamento attraverso un (non agevole e, comunque, assai incerto negli esiti) bilanciamento affidato all'interprete (10) che, senza accordare prevalenza ad alcuno di tali criteri, potrà utilizzare non solo quelli specificamente (ancorché in modo molto variegato) applicabili al licenziamento illegittimo, ma anche più in generale gli altri previsti

(8) È la tesi argomentata, tra gli altri, da V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, *RGL*, 2019, II, 3, che però fonda il suo ragionamento sulla natura risarcitoria dell'indennità e, muovendo da questo presupposto (non condivisibile come si dirà nel prosieguo), perviene alla conclusione che «il risarcimento deve essere adeguato sotto il profilo risarcitorio e dissuasivo. Ma l'anzianità di servizio esclude tale possibilità per i rapporti di breve durata».

(9) V., in particolare, M. MAGNANI, *Il "jobs act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su Corte. cost. n. 194/2018*, *DRI*, 2019, 612; A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, *DRI*, 2019, 228; S. VISONA, *Il licenziamento individuale dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: le ricadute applicative*, *DLRI*, 2020, 123.

(10) V., tra gli altri, A. TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e "decreto dignità")*, in *DRI*, 2019, 256; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, *CSDLE, It.*, n. 378/2018; P. SORDI, *La quantificazione dell'indennità per licenziamento illegittimo dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *DLRI*, 2020, 115.

in materia di risarcimento del danno, spingendosi anche a prospettare il ricorso alla regola dell'*aliunde perceptum* tipica della tutela risarcitoria (11).

Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito chiamata ad applicare la norma emendata dalla Corte, dalle decisioni pubblicate (12) sembra emergere un orientamento meno ondivago di quello che molti ipotizzavano.

Infatti i Giudici hanno prevalentemente utilizzato l'anzianità come parametro di quantificazione della indennità pur con le *correzioni* derivanti dalla peculiarità del caso concreto, specialmente con riferimento a due aspetti: le dimensioni aziendali e la *inconsistenza manifesta o pretestuosità* dei motivi di licenziamento.

Un concetto quest'ultimo di non facile definizione e collocazione, ma che va oltre l'accertamento sia dell'infondatezza delle ragioni del licenziamento (determinante per la sua legittimità), sia dell'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (rilevante ai fini sanzionatori), per indagare un *quid* che potrebbe essere identificato nella consapevolezza del datore di lavoro, soggettiva (cioè intenzionale) o oggettiva (cioè dovuta a grave negligenza valutativa), in ordine all'insufficienza o inidoneità delle ragioni che giustificano il recesso (cosa diversa dalla carenza assoluta del fatto generatore) che rivela il proposito del datore di lavoro di liberarsi *comunque* di *quel* lavoratore, anche nella scontata previsione dell'esito negativo del giudizio sull'impugnazione del licenziamento.

Quest'ultimo è un tema molto complesso da affrontare, ma in altra sede, salvo per un punto che sarà accennato nel prosieguo con riferimento alla funzione dissuasiva del regime sanzionatorio del licenziamento, osservando fin d'ora che il complessivo controllo giurisdizionale sull'ingiustificatezza del licenziamento sembra destinato a svilupparsi all'interno di un quadrilatero costituito: a) dal motivo illecito unico e determinante del recesso o dal carattere discriminatorio o dalla nullità radicale; b) dalle ragioni sussistenti,

(11) V. P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo «dopo»*, *DRI*, 2019; P. SORDI, *La quantificazione dell'indennità per il licenziamento illegittimo* cit., 215.

(12) In particolare quelle che si possono leggere sul sito della Commissione di Certificazione dell'Università di Roma Tre.

ma insufficienti per legittimare il recesso; c) dall'assenza del fatto su cui si fondano le ragioni del recesso; d) dai criteri utilizzabili per commisurare la liquidazione dell'indennità.

4. *L'anzianità di servizio e la combinazione (non necessaria) con gli «altri criteri».* — All'interno del dibattito a cui si è fatto riferimento si devono collocare le indicazioni fornite dalla Corte nella sentenza n. 150/2020 che cerca di mettere ordine tra i vari criteri di determinazione dell'indennità dovuta al lavoratore illegittimamente licenziato, muovendo da una selezione degli stessi e, specialmente, rendendo esplicito il significato della formula utilizzata nella sentenza del 2018 per cui «*il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio ... nonché degli altri criteri*».

Infatti la Corte non si limita a stabilire una gerarchia tra i criteri, ma ne regola anche i rapporti *interni*, guidando così l'interprete nella loro applicazione necessaria per commisurare correttamente l'indennità.

Per dirla in breve l'anzianità di servizio non è semplicemente il primo criterio che va considerato secondo un ordine di precedenza rispetto agli altri, ma è il criterio idoneo a definire compiutamente la misura dell'indennità, in quanto gli altri criteri assolvono ad una funzione correttiva che, come tale, è solo eventuale.

Dice, infatti, la Corte che il Giudice deve tener «*conto innanzitutto dell'anzianità di servizio*», mentre la ponderazione «*anche [di] altri criteri desumibili dal sistema*» costituisce una possibilità subordinata ad un «*apprezzamento congruamente motivato*» il cui esito evidenzia la necessità di un intervento. «*in chiave correttiva*», rispetto al risultato scaturito dall'applicazione del criterio dell'anzianità che «*rappresenta la base di partenza della valutazione*».

Ciò significa che con l'espressione utilizzata nella sentenza del 2018 («*innanzi tutto*») la Corte non ha voluto individuare nell'anzianità il punto di avvio di un *iter* interpretativo destinato a compulsare necessariamente anche gli altri criteri, ma ha inteso, piuttosto, stabilire che l'anzianità si palesa di per sé idonea a definire compiutamente la misura dell'indennità dovuta al lavoratore licenziato illegittimamente, anche se tale determinazione non può essere sottratta, neppure per volontà del legislatore, al controllo giurisdizionale necessario a verificarne l'adeguatezza.

Quindi il tema del contemperamento del criterio dell'anzianità nell'interazione e combinazione con gli «altri criteri» deve essere risolto escludendo ogni forma di concorrenza od integrazione (applicando gli uni per mezzo degli altri), essendo invece sufficiente la sola anzianità, anche se il risultato a cui in tal modo si perviene può essere emendato dal Giudice.

Si tratta di un'operazione complessa scandita da tre passaggi che segnano il procedimento logico-giuridico del Giudice nella determinazione dell'indennità che dovrà: a) considerare la sola anzianità di servizio; b) valutarne all'esito l'adeguatezza «*con apprezzamento congruamente motivato*»; c) procedere all'eventuale correzione, utilizzando, ma solo in questo caso, gli altri criteri.

5. *Criteri di valorizzazione dell'anzianità crescente: la permanente utilità del meccanismo di indicizzazione delle due mensilità per ogni anno di servizio.* — Appare ora possibile circoscrivere a due i problemi da esaminare che riguardano nell'ordine: a) le modalità di computo dell'anzianità di servizio; b) i presupposti che rendono necessario l'intervento correttivo del giudice da realizzare ricorrendo agli «altri criteri».

Quanto al primo tema, si tratta di individuare il parametro di valorizzazione degli anni di anzianità del lavoratore che serve, poi, per stabilire la misura dell'indennità.

In sede di commento alla sentenza del 2018 avevo ipotizzato (13) che fosse ancora possibile per l'interprete avvalersi del meccanismo di incremento crescente dell'indennità («*due mensilità [...] per ogni anno di servizio*») un tempo contenuto nell'art. 3, co. 1, seppure formalmente rimosso dal dispositivo della sentenza n. 194/2018.

Oggi questa ipotesi può essere riproposta, anzi appare rafforzata dalla sentenza n. 150/2020, anche per evitare che la valorizzazione dell'anzianità (dalla quale, secondo la Corte, si deve partire per commisurare l'indennità) sia rimessa alle valutazioni di ogni singolo giudice.

Infatti, come più sopra si è accennato, il meccanismo di quantificazione dell'anzianità voluto dal legislatore è stato rimosso dal

(13) A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore cit.*, 228.

dispositivo della sentenza del 2018, non già a causa dell'accertamento della sua incostituzionalità, bensì come effetto della scelta tecnica della Corte di intervenire sul contenuto testuale dell'art. 3, co. 1; quindi una rimozione avvenuta per motivi tecnico-formali e non per illegittimità. Del resto, la medesima sorte è toccata al rinvio operato dal legislatore nello stesso art. 3, co. 1 alla retribuzione utilizzata per il TFR che, espunta dal dispositivo, viene invece recuperata nella motivazione della sentenza n. 194/2018.

Allora se, come indica la Corte (prima nella sentenza del 2018 e, poi, in quella del 2020), deve essere valorizzata l'anzianità del lavoratore, ciò implica anche l'ineludibile necessità di correlare la progressione di essa con l'incremento dell'indennità; in altre parole la considerazione dell'anzianità ai fini della quantificazione dell'indennità comporta necessariamente in sede applicativa di apprezzare la *crescente* anzianità ai fini della dinamica *accrescitiva* dell'indennità.

Il legislatore (nell'art. 3, co. 1) aveva regolato questa correlazione prevedendo un meccanismo di indicizzazione dell'indennità nella misura di «*due mensilità ... per ogni anno di servizio*».

Un meccanismo che, anche se non lo si volesse ritenere vincolante in senso formale, resterebbe comunque quello più affidabile per consentire al Giudice di portare a termine razionalmente il primo (ma non l'ultimo) passaggio necessario per individuare la misura dell'indennità crescente in base alla maggiore anzianità.

Infatti, dovendo il Giudice dare conto della motivazione del criterio seguito per valorizzare l'anzianità di servizio, ben potrebbe avvalersi del parametro originariamente contenuto nell'art. 3, co. 1.

In altre parole si vuol dire che tale meccanismo di indicizzazione sebbene non più imposto da una norma formalmente vigente, resta comunque un riferimento all'interno del nostro ordinamento idoneo a guidare una razionale valutazione dell'anzianità; valutazione, usando le parole della Corte, «*desumibile in chiave sistematica*» (sentenza n. 194/2018) o «*dal sistema*» (sentenza n. 150/2020).

Queste ragioni palesano l'affidabilità del criterio di indicizzazione già presente nell'art. 3, co. 1; un'affidabilità che si viene a delineare, per un verso (in negativo), a causa della carenza di una norma specifica applicabile ai criteri di determinazione dell'indennità in sostituzione di quella contenuta nell'art. 3, co. 1 e, per altro verso (in positivo), perché si utilizzerebbe una regola sancita dal

legislatore — senza, peraltro, incorrere in alcun vizio di costituzionalità (come si è ripetutamente rimarcato) — che consente di pervenire a soluzioni uniformi, non lasciate alla creatività interpretativa e rispettose delle prerogative costituzionali del Parlamento in materia di produzione normativa.

6. *Il necessario controllo giurisdizionale di adeguatezza dell'indennità rispetto al caso concreto: modalità di esercizio.* — Come già detto quello ora indicato è solo il primo (e non esaustivo) passaggio per stabilire la misura dell'indennità da liquidare ex art. 3, co. 1, in quanto il Giudice dovrà procedere ulteriormente per la necessaria verifica di adeguatezza dell'indennità che è stata calcolata in base alla sola anzianità, nonché per correggerne la misura al fine di renderla «aderente alle particolarità del caso concreto», ma soltanto nel caso di un esito negativo di questa verifica da condurre «con apprezzamento congruamente motivato».

La (necessaria) verifica di adeguatezza dell'indennità e la sua (eventuale) correzione pongono il problema dell'individuazione dei parametri che devono essere considerati dal Giudice per esercitare il predetto controllo.

Parametri enucleabili da un comun denominatore: la funzione dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1 che assume rilievo, come si è detto, nella prospettiva del duplice intervento del Giudice sia di doveroso controllo dell'adeguatezza da riscontrare con riferimento al caso concreto sia di rideterminazione dell'indennità per ricalibrarne eventualmente la misura come mezzo al fine del ripristino della sua corretta funzione.

Prima di accennare a questi punti, è forse opportuno tornare ad evidenziare che la Corte nell'ultima sentenza precisa che il Giudice, una volta stabilita l'entità della indennità in base all'anzianità di servizio, può correggere tale quantificazione, ciò significa che il criterio dell'anzianità non deve essere utilizzato in modo concorrente integrandosi con gli «altri criteri»; criteri questi ultimi che, infatti, assumono rilievo solo se il Giudice, con riferimento al caso concreto, ha necessità di attingere ad essi in funzione correttiva ed adeguatrice.

In questa prospettiva la stessa sentenza, da una parte, riconosce che «la prudente discrezionalità del legislatore», «pur potendo modulare la tutela in chiave eminentemente monetaria, attraverso la

predeterminazione dell'importo spettante al lavoratore, non può trascurare la valutazione della specificità del caso concreto». Quindi, se «la predeterminazione dell'indennità» affidata al parametro dell'anzianità costituisce una legittima manifestazione della discrezionalità del legislatore, essa però «deve tendere, con ragionevole approssimazione, a rispecchiare tale specificità e non può discostarsene in misura apprezzabile».

In conclusione si può ritenere che alla verifica di adeguatezza dell'indennità consegue un intervento correttivo soltanto quando siano riscontrabili, al di là di ogni soggettivismo, due concorrenti condizioni che il Giudice dovrà accertare «con apprezzamento congruamente motivato», facendo riferimento: a) alla «specificità» dovuta alla «particolarità del caso concreto»; b) e, rispetto ad essa, allo scostamento, sempre che si manifesti «in misura apprezzabile», della misura dell'indennità predeterminata in base alla sola anzianità.

Alla strega di questa conclusione appare possibile dire che la predeterminazione dell'indennità attraverso l'anzianità congiuntamente al controllo giurisdizionale della sua adeguatezza ed all'eventuale intervento correttivo del Giudice configurano nel loro insieme una forma di legittimo esercizio della discrezionalità legislativa nella definizione del sistema sanzionatorio del licenziamento ingiustificato o proceduralmente viziato.

7. *L'eventuale intervento correttivo del Giudice in coerenza con le funzioni (di ristoro e dissuasiva) dell'indennità: rinvio.* — Quanto detto rende evidente l'importanza che assume il tema della funzione dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1, anche a voler considerare soltanto il limitato aspetto della determinazione di essa che è oggetto di esame.

Un tema meritevole di una trattazione a sé stante che in questa sede non può, però, essere svolta, essendo soltanto possibile ricordare il punto di partenza del ragionamento così come indicato dalla Corte laddove (al punto 13 della sentenza n. 150/2020) precisa che «l'adeguatezza deve essere valutata alla luce della molteplicità di funzioni che contraddistinguono l'indennità disciplinata dalla legge. Alla funzione di ristoro del pregiudizio arrecato dal licenziamento illegittimo si affianca, infatti, anche quella sanzionatoria e dissuasiva (sentenza n. 194 del 2018, punto 12.3. del Considerato in diritto)».

Quindi l'indennità ha una duplice funzione di ristoro della perdita subita dal lavoratore a causa del licenziamento ingiustificato (o proceduralmente viziato), ma anche dissuasiva e sanzionatoria per il datore di lavoro che non ha correttamente esercitato il potere di recesso. Una prospettiva valutativa che, quindi, deve tener conto delle due situazioni soggettive del datore e del lavoratore.

Con specifico riguardo alla funzione di ristoro si deve notare che la sentenza n. 150/2020, pur partendo dalla considerazione che il licenziamento ingiustificato (o proceduralmente viziato) è «*un atto, che l'ordinamento qualifica pur sempre come illecito*», precisa ulteriormente per quanto concerne la «*complessiva adeguatezza*» dell'indennità la necessità di «*un prudente bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente rilevanti, l'esigenza di uniformità di trattamento e di prevedibilità dei costi*».

Più in generale la motivazione della sentenza n. 150/2020 evidenzia, rispetto alla precedente n. 194/2018, una più attenta e consapevole analisi della natura dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1 che induce la Corte a revocare in dubbio la sua natura risarcitoria in precedenza conclamata ed ora, invece, molto stemperata, tenendo in maggior considerazione il dato testuale dell'art. 3, co. 1 nel quale si prevede il «*pagamento di un'indennità*» che il legislatore non qualifica affatto risarcitoria. Come, invece, avviene — con una differenza significativa e difficile da obliterare — sia nell'art. 18, co. 5, L n. 300/1970 (ove viene stabilito «*il pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità*») sia nell'art. 8, L n. 604/1966 (che impone al datore di lavoro di «*risarcire il danno versandogli [al lavoratore] un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto*»).

Quindi uno studio incentrato sulla natura dell'indennità ex art. 3, co. 1 dovrà muovere, una volta messa in disparte la sua natura risarcitoria, dall'osservazione delle molteplici e differenti situazioni nelle quali, in via generale, il legislatore contempla il riconoscimento di un'indennità con riferimento ad una pluralità di casi che possono andare dall'eccezionale responsabilità da atto lecito al fatto dannoso posto in essere in stato di necessità, ma anche riguardare situazioni nelle quali viene esclusa o attenuata la re-

sponsabilità derivante dall'esercizio di un diritto fondato sulla correttezza solo putativa e non reale, quando però l'errore sia scusabile (ad esempio si tende a negare la responsabilità della pubblica amministrazione nel caso di danno ascrivibile ad errore scusabile, per l'incertezza della normativa applicabile anche conseguente a contrastanti interpretazioni giurisprudenziali o quando si tratti di accertamenti della situazione di fatti di oggettivamente complessità) (14).

Ai fini che ci occupano in questa sede, la funzione di ristoro dell'indennità *ex art. 3, co. 1* deve comunque tener conto di quanto in precedenza più volte rilevato, cioè che essa opera per correggere la quantificazione-base dell'indennità commisurata alla sola anzianità (crescente).

Ciò implica che l'apprezzamento della funzione di ristoro non solo non comporta l'applicazione delle tecniche di liquidazione del risarcimento del danno, ma anche che la sua (eventuale) valorizzazione deve considerare la quantificazione dell'indennità correlata all'anzianità che determina la misura legale standard. Una misura che può essere sia corretta, ma soltanto, per stare ancora alle parole della Corte, al fine di non «*sacrificare in maniera sproporzionata l'apprezzamento delle particolarità del caso concreto*» e, quindi, per «*attribuire il doveroso rilievo al fatto, in sé sempre traumatico, dell'espulsione del lavoratore*».

Il *quid pluris* dell'indennità rispetto allo standard dovrà, quindi, essere stabilito dal Giudice a fronte di specifiche circostanze allegare e documentate di cui si darà conto nella motivazione.

(14) Ad esempio secondo Cass. 12 luglio 1995, n. 7619, *FI*, 1996, I, 989, «*nell'ipotesi in cui il datore di lavoro, a seguito di un periodo di malattia del dipendente, disponga — in relazione ad un evento morboso con possibili riflessi non limitati ad una temporanea incapacità lavorativa — l'accertamento della idoneità fisica del dipendente ai sensi dell'art. 5 l. n. 300 del 1970 e la sospensione dell'attuazione del rapporto per un periodo in cui da tale controllo risultava un quadro patologico incompatibile con l'espletamento dell'attività dedotta in contratto, il rifiuto delle prestazioni lavorative offerte può configurare, con riguardo al successivo accertamento in sede giudiziale dell'inesistenza di tale inidoneità al lavoro, una responsabilità per inadempimento contrattuale ex art. 1218 c.c.; tale responsabilità può essere tuttavia esclusa quando sia dimostrato che l'adempimento è mancato a causa di un errore che non derivi da fattori puramente soggettivi ed appaia scusabile alla stregua del criterio della ordinaria diligenza di cui all'art. 1176 c.c.*».

Per quanto riguarda la funzione dissuasiva, in questa sede ci si può limitare a segnalare come essa appaia appropriata nel caso in cui il datore di lavoro abbia adottato il licenziamento nella consapevolezza della sua ingiustificatezza, puntando alla monetizzazione. Quando invece il datore di lavoro non è stato mosso da questa consapevolezza l'effetto dissuasivo è destinato ad avere un rilievo minore.

Infatti la dissuasione non può trasformarsi in un deterrente che punisce il datore di lavoro per il licenziamento anche in quei casi nei quali l'incertezza sulla legittimità del recesso deriva da valutazioni non facilmente ponderabili *ex ante* del fatto (disciplinare o organizzativo) su cui si fonda il licenziamento, come del resto è dimostrato anche dagli esiti divergenti che si possono verificare nei tre gradi di giudizio.

Quindi la misura dell'indennità può essere corretta (rispetto al parametro dell'anzianità) quando si palesi che essa, se non fosse adeguata, non riuscirebbe ad assolvere alla funzione dissuasiva sanzionando il datore di lavoro per aver adottato un licenziamento manifestamente e (ciò che più conta) volutamente infondato con la finalità di monetizzare l'espulsione del dipendente con un costo, quello dell'indennità, più conveniente rispetto, ad esempio, ad una più onerosa risoluzione consensuale.

I CRITERI DI DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ EX ART. 3, CO. 1, D.LGS. N. 23/2015 NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE: TUTELE (ANCORA) CRESCENTI PER ANZIANITÀ, MA CORREGGIBILI. — Riassunto. Il tema affrontato riguarda l'individuazione dei criteri di determinazione dell'indennità prevista dall'art. 3, co. 1, D. lgs. n. 23/2015 nel caso di un licenziamento ingiustificato o viziato proceduralmente. Dopo la sentenza della Corte costituzionale 26 settembre 2018, n. 194) che ha dichiarato la parziale incostituzionalità dell'art. 3, co. 1, si è creato un vuoto normativo in ordine alla quantificazione della predetta indennità, ormai delimitata nel solo valore minimo e massimo di sei e trentasei mensilità, lasciando al Giudice il compito di stabilirne di volta in volta la misura. Utilizzando le indicazioni contenute nella prima sentenza (n. 194/2018), riprese e sviluppate nella seconda sentenza (n. 150/2020) della Corte, si propone un'interpretazione che conferma, almeno parzialmente, l'originario meccanismo delle tutele crescenti in base all'anzianità il cui esito, però, deve essere sottoposto al necessario controllo giurisdizionale di adeguatezza rispetto al caso concreto ed all'eventuale intervento correttivo del Giudice in coerenza con le funzioni (di ristoro e dissuasiva) dell'indennità.

CRITERIA FOR DETERMINING THE INDEMNITY PROVIDED BY ART. 3, CO. 1, D.LGS. N. 23/2015, IN THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE: SAFEGUARDS (STILL) INCREASING WITH SENIORITY, BUT REVISABLE — Summary. This contribution deals with the identification of the criteria for determining the indemnity provided for in article 3, paragraph 1, of the Legislative Decree no. 23/2015 in the event of an unjustified or procedurally flawed dismissal. After the Constitutional Court's ruling no. 194, 26 September 2018, declaring that article 3, paragraph 1, was partially unconstitutional, a legal vacuum was left with regard to the quantification of the aforesaid indemnity: currently, only the

minimum and maximum values of six and thirty-six months' salary are defined, leaving it to the Judge to determine each time the amount of the indemnity. Following the indications of the Court's first judgment (no. 194/2018), as taken up and developed in its second judgment (no. 150/2020), an interpretation is proposed that confirms, at least partially, the original mechanism of increasing protection based on seniority: such protection, however, must be subject to the necessary judicial control of adequacy with respect to the specific case and to any corrective action prescribed by the Judge in line with the (compensative and dissuasive) functions of the indemnity.