

## Capitolo I

# *La tutela contro il licenziamento ingiustificato: il quadro costituzionale e sovranazionale*

SOMMARIO: 1. La reintegrazione ridotta a un lumicino: un'istantanea dell'ordinamento italiano nel nuovo millennio. La legge n. 92/2012. – 2. *Segue*. La reintegrazione nel d.lgs. n. 22/2015. – 3. L'insussistenza della reintegrazione e il divieto di licenziamento arbitrario nella Costituzione. – 4. La tutela contro il licenziamento negli ordinamenti sovranazionali: l'articolo 30 della Carta di Nizza. – 5. *Segue*. L'articolo 24 della Carta sociale europea (riveduta) nell'ordinamento internazionale. – 6. *Segue*.... e nell'ordinamento europeo. – 7. Tutela ripristinatoria e diritto dei contratti. – 8. *Segue*. Licenziamenti nulli e rimedi civilistici. – 9. *Segue*. Tutela in forma specifica e tutela per equivalente.

### *1. La reintegrazione ridotta a un lumicino: un'istantanea dell'ordinamento italiano nel nuovo millennio. La legge n. 92/2012*

Da alcuni anni le tutele della subordinazione sono andate sensibilmente riducendosi, riflettendo – come sovente si è sentito e si sente dire – lo spostamento dell'asse del diritto del lavoro dal “rapporto” al “mercato”. Cambiamenti che prendono forma nell'ambito della cd. *flexicurity*, per il nostro Paese in modo molto evidente nell'ultimo decennio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Sul tema, le riflessioni della dottrina sono assai numerose, senza pretesa di esaustività, v., tra gli altri, G. BRONZINI, *Flexicurity e “nuovi” diritti sociali*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, 510; B. CARUSO, C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia in Europa: la “flessicurezza” nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, 457 ss.; D. GOTTARDI, *La flexicurity al vaglio del Parlamento europeo*, in *Dir. lav. mer.* 2007, 477 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *La flexicurity in Italia*, in

Le pagine che seguono si concentrano sul “rimedio” contro il licenziamento ingiustificato, senza dubbio crocevia estremamente emblematico, per contenuti e valore simbolico, delle nuove tendenze.

Il legislatore italiano, prima con la legge del 28 giugno 2012, n. 92 (cd. legge Fornero) e poi con il d.lgs. del 4 marzo 2015, n. 23, è giunto a restringere in modo assai significativo l’area in cui la reintegrazione – ovvero la tutela ripristinatoria, introdotta, come noto, negli anni ’70 con l’art. 18 dello Statuto dei lavoratori – continua a trovare applicazione, ampliando, di conseguenza, la tutela economica o, per meglio dire, indennitaria. Per comodità del lettore è opportuno cominciare l’analisi illustrando, per grandi linee, il quadro normativo segnato da questo profondo cambiamento.

Nel 2012, con la riforma della “storica” norma statutaria, operata dalla legge Fornero, la reintegrazione, in forma piena<sup>2</sup> o attenua-

---

*Dir. lav. merc.*, 2008, 227 ss.; M. BROLLO, *Politiche per il lavoro e sviluppo economico*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2009, 345 ss.; M. DELFINO, *Diritti sociali e flexicurity*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, III, 29 ss.; M.G. GAROFALO, *Come cambiano le regole del lavoro? La risposta alla nuova questione sociale*, in P. TULLINI (a cura di), *Il lavoro: valore, significato identità, regole*, Zanichelli, Bologna, 2009, 165-169; S. SCIARRA, *Is Flexicurity a European Policy?*, in *Skrifter till Anders Victorins minne*, Iustus Förlag, 2009, 447; P. AUER, *La flexicurity al tempo della crisi*, in *Dir. rel. ind.* 2011, 51; F. VALDES DAL RE, *Il dibattito sulla flessicurezza all’interno dell’unione europea* in G. LOY (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, Roma, 2011; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity all’italiana a confronto*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.* 2012, 527 ss.; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO L., PERULLI A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 3 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSD-LE “Massimo D’Antona”, n. 259, 2015; A. OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro. Dalla postmodernità giuridica verso la modernità economica*, Giappichelli, Torino, 2017.

<sup>2</sup>Cioè che riprende le regole contenute nell’originaria versione dell’art. 18. Pertanto, il datore di lavoro, oltre ad essere condannato a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, è tenuto a riconoscergli un importo a carattere risarcitorio commisurato al danno patrimoniale sofferto pari alle retribuzioni non percepite nel periodo tra il licenziamento e l’effettiva reintegrazione. Importo dal quale andrà detratto *l’aliunde perceptum*, ma che, comunque, non potrà essere mai inferiore alle cinque mensilità. Inoltre, è fatta salva la facoltà del lavoratore di richie-

ta<sup>3</sup> – ma pur sempre riconducibile a una tutela di tipo ripristinatorio – è limitata ad alcune ipotesi. Più specificatamente essa continua a trovare applicazione per i casi di licenziamento: discriminatorio; intimato in concomitanza di matrimonio o in violazione dei divieti previsti in caso di maternità; dichiarato nullo da altre disposizioni di legge, o perché causato da motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c., oppure inefficace perché intimato in forma orale<sup>4</sup>.

Ed ancora, la tutela reintegratoria è applicata ai licenziamenti soggettivi ingiustificati per l'insussistenza del fatto contestato o se quest'ultimo rientra tra le condotte punibili dal datore di lavoro con una sanzione conservativa, in base a quanto disposto dai codici disciplinari. La reintegrazione *può*, poi, essere disposta dal giudice qualora sia accertata la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Infine, la tutela ripristinatoria trova ancora spazio per i casi di licenziamento motivato dall'inidoneità fisica o psichica del lavoratore nonché di licenziamenti intimati a lavoratori malati o infortunati in violazione dell'art. 2110 del codice civile<sup>5</sup>.

In tutte le altre ipotesi di licenziamento soggettivo ingiustificato e di licenziamento oggettivo è prevista, invece, una tutela economica, declinata nella forma dell'indennizzo. Ciò comporta che il giudice, pur rilevando il carattere ingiustificato del licenziamento e, dunque, l'illegittimità dello stesso, dichiara l'avvenuta estinzione del rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva in favore del lavorato-

---

dere il risarcimento degli eventuali ulteriori danni che egli dimostri di avere patito come conseguenza immediata e diretta del licenziamento.

<sup>3</sup>Ossia che affianca alla reintegrazione un indennizzo ben più contenuto e predeterminato di quello previsto per la reintegrazione in forma piena. Infatti, fermo restando la previsione del minimo di cinque mensilità e la commisurazione dell'indennità risarcitoria alle retribuzioni non percepite a causa dell'interruzione del rapporto di lavoro, la legge prevede che tale indennità non possa essere comunque superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto; inoltre, dal risarcimento dovrà essere detratto non solo l'*aliunde perceptum*, ma anche l'*aliunde percipiendum*.

<sup>4</sup>Per tali ipotesi trova applicazione la tutela reintegratoria piena.

<sup>5</sup>In questi casi la tutela reintegratoria è riconosciuta in forma attenuata.

re. Indennità che, nel caso di specie, viene determinata in un ammontare variabile – sulla base di diversi criteri, tra cui, innanzitutto, l’anzianità di servizio e, poi, il numero di dipendenti occupati, le dimensioni dell’attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti – ma, comunque, in un *range* tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto.

Per i concetti elastici utilizzati e la vaghezza con la quale sono state trattate alcune questioni fondamentali nel “riscrivere” l’art. 18, la legge Fornero ha favorito un intenso intervento giudiziale – con un esponenziale accrescimento di quella discrezionalità che la legge 4 novembre 2010, n. 183 aveva cercato, al contrario, di contenere<sup>6</sup> – alla fin fine producendo un certo ampliamento delle ipotesi in cui la tutela reintegratoria trova ancora spazio. Basti pensare a due questioni per tutte: a) alla nozione del “fatto contestato”, che ha visto contrapporsi la tesi secondo cui il “fatto contestato” è da intendersi come fatto “materiale-storico”, con il conseguente restringimento dell’area della tutela ripristinatoria, all’opinione, diametralmente opposta e ora prevalente, che lo considera “fatto in senso giuridico”, “fatto inadempimento”, “fatto ontologicamente disciplinare”<sup>7</sup>; b) all’espressione “può”, riferita al giudice, nella scelta del tipo di tutela reintegratoria/indennitaria per i licenziamenti oggettivi, che indubbiamente incide significativamente sugli spazi da assegnare all’uno o all’altra tutela. Scelte tecniche, emblematiche, aperte a diverse interpretazioni, che ben si comprendono contestualizzando la legge Fornero: un disegno di legge governativo – di un governo tecnico, guidato dall’allora *premier* Mario Monti in una complicata congiuntura economica – approvato con un *iter* svoltosi in tempi rapidi e con significativi stravolgimenti<sup>8</sup>, so-

---

<sup>6</sup> Così, C. ZOLI, *L’evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*, in *Lav. dir.*, 2017, 437.

<sup>7</sup> Cfr. M. PERSIANI, *Presentazione*, in B. CARUSO (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, Collective Volume, n.7, 2017, 4.

<sup>8</sup> V. L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, cit., spec. 124 ss.

stenuto da un voto parlamentare a larghissima maggioranza, ma significativamente influenzato dalla drammatica necessità di varare una riforma presentata come una delle condizioni della stessa permanenza in Europa del nostro Paese<sup>9</sup>.

## 2. Segue. *La reintegrazione nel decreto legislativo n. 23/2015*

Successivamente è il d.lgs. n. 23/2015 – emanato nell’ambito del cd. Jobs Act – a, per così dire, fare chiarezza, circoscrivendo con parecchia più decisione l’ambito di applicazione della reintegrazione.

Ai sensi del d.lgs. n. 23/2015, con l’introduzione del contratto a tutele crescenti, la tutela ripristinatoria continua ad applicarsi nei soli casi di licenziamento discriminatorio, nullo o inefficace perché intimato in forma orale, oppure quando il giudice accerti il difetto di giustificazione per motivi consistenti nella disabilità fisica o psichica del lavoratore<sup>10</sup>; ed ancora qualora sia dimostrata, “direttamente in giudizio”<sup>11</sup>, l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore licenziato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup>F. AMATO F., R. SANLORENZO, *La Riforma Fornero, una legge per le imprese: un simbolo dimezzato, gli economisti vincenti*, in AMATO F. SANLORENZO R. (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un’analisi ragionata*, in [www.magistratura democratica.it](http://www.magistratura democratica.it).

<sup>10</sup>In tutti questi casi, alla reintegrazione si continua ad accompagnare un risarcimento del danno pari ad un’indennità commisurata all’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, dedotto *l’aliunde perceptum*, e comunque non inferiore a cinque mensilità (art. 2, comma 2, d.lgs. n. 23/2015).

<sup>11</sup>È bene sottolineare come questa ipotesi rischi di non essere concretamente realizzabile. Su questa novità, di non facile lettura, cfr., tra gli altri, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 329; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in AA.VV., *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015, 37; L. ZOPPOLI, *I licenziamenti individuali e collettivi oggi*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. Mercato, contratto e rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2015, vol. III, 260.

<sup>12</sup>Pure in questa ipotesi alla reintegrazione si aggiunge un’indennità risarci-

Al lavoratore è invece riconosciuta una tutela economica, anche in questo caso riconducibile allo strumento indennitario, quando il licenziamento risulti privo di giusta causa o giustificato motivo, tanto soggettivo quanto oggettivo. E l'indennità è correlata esclusivamente agli anni di servizio (due mesi per ogni anno) e entro un tetto minimo ed uno massimo (tra quattro e ventiquattro mensilità, art. 3, comma 1).

La tutela indennitaria è, altresì, prevista nei casi di licenziamento intimato in violazione delle procedure *ex art. 7, l. n. 300/70*: qui l'indennità si riduce ad una mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici (art. 4).

Le indennità appena richiamate sono poi dimezzate per le imprese che non raggiungono i limiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9, della l. n. 300/70. In questa ipotesi il limite massimo, comunque, è previsto nelle sei mensilità, (art. 9, comma 1)<sup>13</sup>.

Un assetto normativo decisamente nuovo, quindi, quello dettato dal d.lgs. n. 23/2015: a ragion veduta ed efficacemente si è detto che la tutela reintegratoria è, qui, ridotta a “un lumicino”<sup>14</sup>.

---

torìa, commisurata all'ultima retribuzione sino al giorno della sua effettiva reintegrazione, definita nel massimo (dodici mensilità), ma non nel minimo, e da cui andrà altresì dedotto *l'aliunde percipiendum* (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015).

<sup>13</sup> Sebbene i licenziamenti collettivi non rientrino nell'analisi qui proposta, ai soli fini di completare la descrizione del quadro normativo, si rammenta che il diritto alla reintegrazione sussiste anche per i licenziamenti collettivi eseguiti senza l'osservanza della forma scritta (art. 10, comma 1). Ipotesi invero del tutto marginale ed improbabile, come sottolineano BUFFA F., *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 569 e FERRARO G., *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 197. Mentre la tutela indennitaria trova applicazione nei licenziamenti collettivi qualora vi sia violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, della legge n. 223/91 o dei criteri di scelta, *ex art. 5, comma 1*, della medesima legge; in tal caso il calcolo per quantificare l'indennità riconosciuta al lavoratore segue le regole del licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo, ossia tra quattro e ventiquattro mensilità (art. 10, d.lgs. n. 23/2015).

<sup>14</sup> A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. lav. merc.* 2015, 291. Sul punto cfr., tra gli altri, M. MAGNANI, *Correzione e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in WP CSDLE “Massimo D'An-

Assai eloquente della distanza segnata dalla (pure innovativa) legge Fornero è l'eliminazione del requisito della proporzionalità, che sgancia il piano dell'invalidità del recesso e della produzione dei suoi effetti da quello della tipologia sanzionatoria; l'articolo 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015 riconosce infatti nella sola ipotesi della "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto al quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento", la reintegrazione, escludendo l'effetto estintivo dell'atto di recesso.

Come si rammenterà, questa scelta ha indotto parte della dottrina e della giurisprudenza di merito a proporre interpretazioni dirette a porre comunque l'accento sul vaglio della proporzionalità *ex art.* 2106 c.c. ai fini della selezione delle conseguenze del licenziamento illegittimo, incidendo quindi sugli spazi della tutela reintegratoria<sup>15</sup>. Tali letture, se da un lato appaiono interessanti in ordine a possibili dubbi di legittimità costituzionali della disciplina in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dall'altro, allo stato, risultano palesemente in contrasto non solo con la lettera ma anche con la *ratio* della nuova disciplina dei licenziamenti individuali, che intende, invece, introdurre una duplice e alternativa tipologia sanzionatoria del licenziamento illegittimo. Sembra, allora, da condividere l'opinione di quella dottrina che individua nel d.lgs. n. 23/2015 la sola necessità di verificare la sussistenza del fatto – ovviamente comunque caratterizzato da un minimo rilievo di-

---

tona".IT, n. 256, 2015, 2; A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 413 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 259, 2015; R. SANTUCCI, "Quel che resta" della reintegrazione nel posto di lavoro: un colpo mortale all'effettività del diritto leso, in *Dir. merc. lav.*, 2016, 219 ss. C. ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23/2015*, in CALCATERRA L. (a cura di), *Tutele del lavoro ed esigenze della produzione. Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 589 ss.

<sup>15</sup> Cfr. P. ALBI, *Stabilità del rapporto di lavoro, licenziamento disciplinare e valutazione della proporzionalità*, in *Variazioni dir. lav.*, 2016, 521 ss.; S. GIUBBONI, A. COLAVITA, *La valutazione della proporzionalità nei licenziamenti disciplinari: una rassegna ragionata della giurisprudenza, tra legge Fornero e Jobs Act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 334, 2017.

disciplinare<sup>16</sup> – sganciandolo da ogni elemento di contesto, ossia prescindendo da ogni rilievo di gravità e proporzionalità<sup>17</sup>. In tale ottica, dinanzi ad una vicenda in cui vi sia anche un minimo rilievo disciplinare, è possibile che il licenziamento sia ritenuto illegittimo per vizio di proporzionalità, ma in ogni caso il rapporto sarà risolto e al lavoratore licenziato spetterà una tutela di tipo economico<sup>18</sup>.

Altro tentativo, da parte degli interpreti, di ampliare l'area della tutela reintegratoria si registra in relazione all'art. 2, co. 1, del d.lgs. n. 23/2015. Questa norma stabilisce la tutela ripristinatoria per i soli casi di nullità "espressamente" previsti dalla legge, a differenza dell'art. 18 – quindi ancora a differenza della Fornero – che, oltre ad indicare alcune ipotesi di licenziamento nullo, contempla (come prima ricordato) una clausola di chiusura dove si richiamano i diversi tipi di nullità previsti dall'ordinamento e, in particolare, il motivo illecito determinante di cui all'art. 1345 c.c. Al riguardo, diversi studiosi, supportati da alcune pronunce giurisprudenziali, hanno ripreso specifiche figure civilistiche nonché, più in generale, di "nullità legali, virtuali e di diritto civile"<sup>19</sup>. Anche in questo caso, tuttavia, a parere di chi scrive, i risultati, sebbene per taluni aspetti condivisibili, non appaiono, comunque, sufficienti a far ri-

---

<sup>16</sup> Come chiarito dalla Suprema Corte, perché il fatto sia ritenuto sussistente occorre che presenti un sia pur minimo rilievo disciplinare e sia accompagnato da coscienza e volontarietà del comportamento, Cass., sez. lav., 20 settembre 2016, n. 18418, in *Banca dati De Jure*; ed ancora, si veda, Cass. sez. lav., 18 luglio 2017, n. 17736, in *Banca dati De Jure*, in cui il giudice equipara il fatto insussistente ad una condotta che, pur verificatasi, non è riconducibile al soggetto incolpato.

<sup>17</sup> In tal senso, A. MARESCA, *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, (diretto da), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, IV, 173; R. DE LUCA TAMAJO, (In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare, in B. CARUSO (a cura di), *Il licenziamento disciplinare nel diritto vivente giurisprudenziale. Dal fatto insussistente alla violazione delle regole procedurali*, cit., 71 ss. In senso conforme v. anche, Cass. sez. lav., 6 novembre 2014, n. 23669; Cass. sez., lav., 16 maggio 2016 n. 10019; Cass. sez. lav., 25 maggio 2017 n. 13178 (le sentenze sono reperibili in *Banca dati De Jure*).

<sup>18</sup> Così, R. DE LUCA TAMAJO, (In)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare, cit., 74.

<sup>19</sup> B. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte Costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, cit., 46.

conquistare spazi alla tutela ripristinatoria (v. *infra* par. 7 e 8).

Per il momento, quanto sin qui rilevato è sufficiente per porre un punto di partenza dell'analisi. Osservando il d.lgs. n. 23/2015 nel suo complesso, non può che seguirsi la ricostruzione proposta da quella parte della dottrina che, a fronte del contestuale marcato ampliamento della tutela economica e della speculare marginalizzazione della reintegra, rinviene un modello normativo dove il piano dell'invalidità del recesso è separato da quello dell'apparato sanzionatorio: tanto da prevedere, in caso di vizio di licenziamento, "la" sola tutela indennitaria<sup>20</sup>.

In questa ottica, non è superfluo rammentare che, se l'art. 18 (come riformato nel 2012, con i suoi spazi "recuperati" alla tutela ripristinatoria) è tuttora vigente, la sua applicazione è comunque destinata ad esaurirsi nel tempo, riguardando i soli rapporti di lavoro instauratisi prima di marzo 2015<sup>21</sup>.

Oggi, quindi, non sembra affatto forzato affermare che la partita del "diritto alla stabilità" si gioca proprio sul piano *indennitario*.

Se così è, fondamentale risulta verificare la "solidità" giuridica della sostanziale e ormai avvenuta sostituzione della tutela monetaria alla reintegra.

Ciò vuol dire interrogarsi sui profili di legittimità di questa sostituzione in riferimento tanto al nostro ordinamento quanto al diritto sovranazionale<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Sul punto v., in particolare, R. DE LUCA TAMAJO (*In*)sussistenza del fatto e canone di proporzionalità del licenziamento disciplinare, cit., 72 ss.

<sup>21</sup> Un'opzione che, come noto, ha sollevato diversi dubbi di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 3 della Costituzione. Sull'argomento, cfr. M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 47 ss.; M.L. BUCONI, *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito applicativo e profili di compatibilità costituzionale*, in *Lav. giur.*, 2015, 661 ss.; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, 2015; L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. dir.*, 2015, 19; C. SALAZAR, *Jobs Act e Costituzione: qualche riflessione*, in *Quaderni cost.*, 2016, 95 ss.; F. GHERA, *Diversificazione della disciplina del licenziamento e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Variazioni dir. lav.*, 2016, 501 ss.

<sup>22</sup> Il tema è stato oggetto di approfondite riflessioni, tra gli altri, v. M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, cit., 39 ss.; C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 377 ss.; S. GIUBBONI, *Profili costitu-*

È appena il caso di osservare che si tratta di una questione molto indagata, specie ovviamente negli ultimi tempi. Nondimeno, il suo rilievo per il prosieguo dell'analisi induce a tornarci su.

### *3. L'insussistenza della reintegrazione e il divieto di licenziamento arbitrario nella Costituzione*

La Costituzione italiana, come noto, non contiene una norma espressamente dedicata ai licenziamenti. Tuttavia, grazie alla preziosa opera della Corte Costituzionale, sviluppatasi negli anni con particolare riferimento agli articoli 4 e 35 della Carta, da tempo si è ormai abbandonata la classica impostazione di stampo liberale, sottesa all'impianto codicistico, che rinveniva nel potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato un "principio fondamentale e assoluto del nostro ordinamento"<sup>23</sup>, a favore dell'opposto riconoscimento di una "garanzia costituzionale al ... (solo) diritto a non subire un licenziamento arbitrario"<sup>24</sup> in capo al prestatore di lavoro.

Benché per diversi anni la libera recedibilità abbia comunque trovato ampia applicazione, specie nelle piccole imprese, non vi è dubbio che il principio della tutela contro il licenziamento arbitrario – che trova compiuta espressione normativa tramite la regola della giustificazione<sup>25</sup> – è andato progressivamente affermandosi<sup>26</sup>.

---

*zionali del contratto a tutele crescenti*, cit.; V. BAVARO V., M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *Variazioni dir. lav.*, 2016, 443 ss.; V. SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law*, cit; ID., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, I, 119 ss.; A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, cit., 291 ss.

<sup>23</sup> Corte cost., 27 gennaio 1958, n. 7 e Corte cost., 26 maggio 1965, n. 45.

<sup>24</sup> Corte cost., 27 novembre-4 dicembre 2000, n. 541; Corte cost. ord., 6 febbraio 2006, n. 56.

<sup>25</sup> Il legislatore, infatti, quando, sin dagli anni '60, ha dovuto scegliere la regola che meglio garantisse quel principio costituzionale, dovendo logicamente calibrarla sullo schema contrattuale del rapporto di lavoro, ha ritenuto di limitare la

D'altro canto, già negli anni '60 la Corte costituzionale era stata perentoria nell'affermare che il legislatore è tenuto ad adeguare la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine di assicurare a tutti *la continuità del lavoro, e quindi del reddito*, circondando di "doverose garanzie e di opportuni temperamenti le ipotesi di licenziamento"<sup>27</sup>.

Oltre, però, il giudice delle leggi non è mai andato.

Cioè a dire che, nonostante l'importanza, in generale, dell'apparato rimediabile ai fini della effettività delle norme e della tutela dei diritti<sup>28</sup>, ancor più nella disciplina dei licenziamenti – indiscutibile "chiave di volta" dell'intero sistema di tutela della subordinazione<sup>29</sup> –, la Corte non si pronuncia su quali siano i rimedi più opportuni per tutelare il diritto alla giustificazione del recesso datoriale. Anzi, non mancherà di precisare che la reintegrazione non ha una "copertura" costituzionale<sup>30</sup>.

Si ricorderà infatti che, sin dalla sentenza del 28 dicembre 1970, n. 194, la Corte, affermando che i principi cui si ispira l'art. 4 della Costituzione esprimono l'esigenza sia di un contenimento della li-

---

scelta dell'imprenditore in relazione ad atti o comportamenti del lavoratore qualificabili come riprovevoli dalla legge oppure a quelli riconducibili ad un più generale interesse dell'organizzazione. In altri termini, queste valutazioni si sono tradotte nella regola del giustificato motivo soggettivo e oggettivo. Pertanto, nel prosieguo del lavoro, il licenziamento arbitrario va inteso come sinonimo di licenziamento ingiustificato.

<sup>26</sup> Il riferimento è ovviamente alla legge 11 maggio 1990, n. 108 che, nel ridisegnare i confini della stabilità reale e di quella obbligatoria, ha ridotto davvero al minimo i casi di recesso *ad nutum*.

<sup>27</sup> Corte cost. n. 45/1965, cit; Corte cost., 14 febbraio 1969, n. 27.

<sup>28</sup> C. CESTER, *Introduzione*, in BROLLO M., CESTER C., MENGHINI L. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT Edizioni Università di Trieste, Trieste, 2016, 273 ss.

<sup>29</sup> F. LISO *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, Milano, 1982, 73.

<sup>30</sup> Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46. Sull'assenza di un rilievo costituzionale per la reintegrazione, fra gli altri, cfr. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2007, 671; V. SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele* in WP. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 215, 2014, 7; G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 13 ss.

bertà del recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro – e, quindi dell’ampliamento della tutela del lavoratore – sia della conservazione del posto di lavoro, sottolinea come l’attuazione di questi principi resta tuttavia affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto alla situazione economica generale.

Coerentemente, il 7 febbraio del 2000, con la sentenza n. 46, concernente l’ammissibilità del referendum sull’abrogazione dell’articolo 18<sup>31</sup>, afferma esplicitamente che la “reintegrazione non costituisce l’unico possibile paradigma attuativo” dei principi espressi dagli articoli 4 e 35 della Costituzione; pertanto – prosegue il giudice delle leggi –, l’eventuale abrogazione della c.d. tutela reale avrebbe avuto il solo effetto di espungere “uno dei modi” per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, comunque salvaguardata dal principio della necessaria giustificazione del licenziamento e, in concreto, dall’estensione della riparazione economica prevista dalla legge del 1966, sufficiente a inaccettabili vuoti normativi.

La “progressiva garanzia” del diritto al lavoro è dunque, secondo la Corte, compito del legislatore, al quale spetta anche la scelta dei rimedi “adeguati” per tutelare i lavoratori contro i licenziamenti illegittimi, tra i quali la reintegrazione è solo uno dei possibili. Principio, quest’ultimo, ormai consolidato e non rimesso in discussione nemmeno dalla recente ordinanza del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017<sup>32</sup>, con la quale, sollevando eccezione di incostituzionalità degli articoli 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23/2015, si è profilato pure un contrasto con l’art. 4 della Costituzione: ma non per la previsione di una tutela monetaria per i licenziamenti senza giustificazione, bensì per il suo valore “irrisorio e fisso”<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup>La richiesta fu avanzata nel 1998 dal partito radicale. Sulle vicende dell’art. 18 in relazione alle diverse proposte di referendum succedutesi in questi anni, v. M.V. BALLESTRERO, *A proposito dei rimedi: l’improbabile resurrezione dell’art.18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2017, 495 ss., nonché, i contributi citati in nota 22 del capitolo II.

<sup>32</sup>Seguita dall’ordinanza correttiva del 2 agosto 2017.

<sup>33</sup>Tanto da fare ritenere che, indipendentemente dalla decisione della Corte costituzionale, alla pietra tombale già posta sull’art. 18 se ne aggiungerebbe anche un’altra “ancor più pesante”, così M.V. BALLESTRERO, *A proposito dei rimedi: l’improbabile resurrezione dell’art.18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., 514: a meno

In verità, non manca chi di recente, proprio argomentando da alcune espressioni utilizzate dalla stessa Corte costituzionale nelle sentenze or ora richiamate, ha rinvenuto un rilievo costituzionale della reintegrazione. Secondo questa opinione, sebbene “il diritto a non essere licenziato in modo arbitrario sia con ogni evidenza e comunque cosa diversa dalla più generale tutela della conservazione del posto di lavoro, di cui è uno dei possibili contenuti, se si vuole il contenuto essenziale, (...) la Corte ha palesamente lasciato intendere, contrapponendola alla tutela obbligatoria di cui alla l. n. 604/66, che la tutela reale corrisponde all’attuazione piena delle indicazioni costituzionali, come tale gradualmente da realizzare ad opera del legislatore, ancorché tenendo conto della situazione economica generale”<sup>34</sup>. A ben vedere, senza entrare nel merito della tesi, anche questa dottrina ritiene che la tensione costituzionale verso la reintegrazione, in una logica di bilanciamento con altri principi riguardanti la situazione economica generale, non comporti che tale rimedio sia l’unico e, soprattutto, non costituisca un ostacolo per la discrezionalità legislativa nella scelta delle tutele in relazione alla situazione economica generale. Cioè a dire che là dove il substrato economico – ovvero sia la valutazione di qualsiasi altro piano di rango costituzionale che incida sul o risenta del contesto economico – dovesse mutare, sarebbe possibile anche la modifica della tutela di tipo ripristinatorio a favore di quella indennitaria<sup>35</sup>.

D’altronde le stesse sentenze della Corte costituzionale, osservate in una prospettiva diacronica, confermano quanto appena detto.

---

di assistere, aggiungerei, a “resurrezioni” annunciate, a più voci, nella recente campagna elettorale.

<sup>34</sup> A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, cit., 301-306. In particolare, l’A. richiama la sentenza n. 194/1970, in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell’art. 8, comma 1, della legge n. 604/1966, afferma che la tutela obbligatoria prevista da quella normativa “non può non dirsi attuazione della norma costituzionale perché di tale attuazione è espressione iniziale non completa. Il che (...) stante la discrezionalità da ammettersi per il legislatore di dare applicazione a quei principi con gradualità, basta per escludere l’incostituzionalità di quella disposizione (...)”.

<sup>35</sup> Così, A. ZOPPOLI *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, cit., 304-305.

La pronuncia con la quale la Corte, riferendosi all'articolo 8 della legge n. 604/1966, lo descriveva come attuazione della norma costituzionale "iniziale e non completa", nel pieno rispetto della "discrezionalità" del legislatore "di dare applicazione a quei principi anche con gradualità", risale al 1970; ma dopo esattamente trent'anni – come già ricordato – è la stessa Corte a non rilevare alcun profilo di illegittimità di una consultazione popolare che arrivasse a "cancellare" la tutela reintegratoria, ritornando quindi al passato, con una tutela di stampo economico: nel caso di specie, indennitaria, come quella contenuta nella legge n. 604/1966.

#### *4. La tutela contro il licenziamento negli ordinamenti sovranazionali: l'articolo 30 della Carta di Nizza*

Se, dunque, la nostra Costituzione, alla luce della lettura data dalla Consulta nel corso degli anni, rimette alla discrezionalità del legislatore la scelta circa il rimedio sanzionatorio contro il licenziamento ingiustificato, occorre ora vedere quali indicazioni normative provengano dal quadro sovranazionale.

Da questa visuale l'analisi si presenta più articolata. Ed è il caso di svilupparla nelle sue varie implicazioni, giacché tornerà assai utile non solo per verificare la legittimità delle recenti scelte del nostro legislatore a sfavore della reintegra, ma anche, anzi soprattutto, in prosieguo, quando si cercherà di mettere a punto una più compiuta e generale ricostruzione, di rilievo teorico-sistematico, della tutela contro il licenziamento ingiustificato.

Dalla prospettiva sovranazionale, sono due le fonti che in particolare modo qui interessano: l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, c.d. Carta di Nizza, come si sa, oggi dello stesso valore giuridico dei Trattati per l'espressa previsione dell'art. 6 del TUE; e l'art. 24 della Carta Sociale Europea (riveduta), norma di diritto internazionale<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup>La Carta Sociale Europea (riveduta) – così espressamente denominata – è, come noto, un trattato del Consiglio d'Europa che garantisce i diritti umani, sociali ed economici. Questa Carta, che riproduce e integra i diritti già riconosciuti

L'art. 30 della Carta di Nizza<sup>37</sup> dispone che “ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”. Benché dalla lettera della norma nulla si rinvenga circa il profilo sanzionatorio, un'attenta dottrina ha da subito sottolineato che il legislatore europeo, nel diritto alla tutela contro un licenziamento ingiustificato, non può non avere incluso anche una tutela *adeguata*, pena lo svuotamento del contenuto essenziale di quel diritto, del suo nucleo duro, salvaguardato dall'art. 52 della stessa Carta<sup>38</sup>.

Più precisamente, si è evidenziato che ciascuno Stato membro, nonostante goda di un ampio spazio discrezionale nella regolazione del licenziamento, non potrà produrre l'effetto di “svuotare di sostanza” il diritto in questione<sup>39</sup>. Il nucleo duro del diritto sancito nell'art. 30 si concreta dunque – secondo la dottrina in parola – tanto in un valido motivo alla base dell'interruzione anticipata del rapporto di lavoro, quanto in una tutela *idonea* ad evitare licenziamenti arbitrari.

Questa condivisibile tesi, invero, non sembra indebolita da chi ricorda come la Corte di Giustizia abbia esplicitamente utilizzato l'art. 52, par. 1, in pochissimi casi<sup>40</sup>. Il rilievo, infatti, come suol dirsi prova troppo, finendo per cancellare in un sol colpo due norme della Carta, peraltro non certo marginali.

Piuttosto, il combinato disposto degli articoli 30 e 52 risulta coerente anche con un altro articolo della Carta di Nizza, l'art. 54 sul divieto di abuso di diritto. Norma dettata per scongiurare un'applicazione impropria dei diritti e delle libertà ivi sancite<sup>41</sup>, in virtù

---

nella Carta Sociale Europea del 1961, è stata adottata nel 1996 ed è stata ratificata dal nostro Paese con la legge del 9 febbraio 1999, n. 30.

<sup>37</sup> Da ora in poi, per comodità espositiva, art. 30.

<sup>38</sup> A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, cit., 418.

<sup>39</sup> Cfr. A. ADINOLFI, *Disciplina del licenziamento individuale e fonti europee. Quali limiti e obblighi per il legislatore nazionale?*, in *Riv. dir. int.*, 2015, 1132.

<sup>40</sup> Così, AA.VV., *Applicabilità ed effettività della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, in ALLAMPRESE A., FASSINA L. (a cura di), *Vademecum per l'Europa*, Ediesse, Roma, 2015, 40.

<sup>41</sup> V., R. BIFULCO, A. CELOTTO, *Divieto dell'abuso del diritto*, in BIFULCO R.,

della quale nessuna disposizione della Carta “deve essere interpretata nel senso di (...) imporre [a diritti e libertà riconosciuti dalla medesima Carta] limitazioni più ampie di quelle [da essa stessa] previste”<sup>42</sup>. A ben vedere, rimanendo allo specifico testo dell’art. 54 e al di là della problematicità in generale della categoria dell’abuso di diritto<sup>43</sup> – sulla quale si avrà modo di ritornare più avanti, in una diversa prospettiva, (v. *infra* par. 7) –, qui interessa rilevare che, nel momento in cui nel contenuto essenziale dell’art. 30 si ritrova sia il diritto a non essere licenziati con arbitrio sia la necessità di una tutela in grado di non vanificarne l’affermazione, l’art. 54, letto in controluce, protegge il “diritto alla stabilità” da limiti più ampi di quelli derivanti da una siffatta interpretazione. Come dire, “contenuto essenziale del” e “limitazioni al diritto” finiscono per incrociarsi.

Appurato, quindi, che sulla “tutela” l’art. 30 è solo *apparentemente* silente, occorre meglio intenderne i contenuti.

Seguendo un approccio sistematico, bisogna innanzitutto riferirsi a quanto ormai indica l’Unione Europea, attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tema di sanzioni. Ancorché, come si sa, diverse possano essere le finalità della sanzione<sup>44</sup>, la Corte di Giustizia, pronunciandosi in materia di lavoro, ha più vol-

---

CARTABIA M., CELOTTO A. (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, il Mulino, Bologna, 2001, 367.

<sup>42</sup> È utile ricordare che questa parte dell’art. 54 non era presente nei lavori preparatori ed è stata inserita solo in un successivo momento, proprio al fine di ampliare l’ambito di applicazione dell’abuso del diritto, cfr. SONCINI A., *Divieto dell’abuso del diritto*, in A. PANEBIANCO (diretto da), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2001, 509.

<sup>43</sup> Al riguardo, cfr., tra gli altri, G. PINO, *L’abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l’uso)*, in MANIACI G. (a cura di), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, 115-175, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>44</sup> Sul tema, in generale per il diritto del lavoro, cfr. A. DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003. Più di recente, si veda il numero monografico di Lavoro e Diritto, n. 3/4, 2017, sul tema *Rimedi e sanzioni nel diritto del lavoro in trasformazione*, con particolare riferimento ai contributi di: O. RAZZOLINI, *Effettività e diritto del lavoro nel dialogo fra ordinamento dell’Unione e ordinamento interno*; GB. RATTI, *Sanzioni e rimedi. Profili teorico-giuridici*; C. ZOLI, *L’evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*.

te evidenziato i caratteri che esse devono necessariamente presentare per raggiungere i risultati richiesti dall'ordinamento europeo. Tale giurisprudenza ha riguardato più di un istituto del contratto di lavoro – talvolta per aspetti parziali<sup>45</sup> –, tra cui, in particolare, proprio i licenziamenti (sebbene soltanto collettivi<sup>46</sup>). Appare, quindi, una giurisprudenza dalla portata potenzialmente estensibile in linea generale o, comunque, sicuramente applicabile alla disciplina del recesso da parte del datore di lavoro<sup>47</sup>.

Ebbene, da questa giurisprudenza si ricava che le sanzioni: a) devono essere dotate di “effettività”, cioè in grado di riparare il pregiudizio subito in maniera *adeguata* e, al tempo stesso, punire la lesione, sì da avere efficacia *deterrente*; b) non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (c.d. “principio di equivalenza”)<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia, C-588/2012 del 24 febbraio 2014, *Lyreco Belgium*, in cui la Corte ha affermato che, se un licenziamento illegittimo interviene durante un congedo parentale a tempo parziale, l'indennità forfettaria di tutela andrà calcolata in base alla retribuzione a tempo pieno. In particolare, si segnala il punto in cui i giudici ritengono che, “se l'indennità forfettaria di tutela che spetta al lavoratore fosse determinata (...) basandosi sulla retribuzione diminuita versatagli durante il suo congedo parentale (...), un siffatto metodo (...) potrebbe non produrre un *effetto dissuasivo* (mio il corsivo) sufficiente ad impedire il licenziamento dei lavoratori che si trovano in un congedo parentale a tempo parziale” (v. punto 38).

<sup>46</sup> Si tratta della sentenza, Corte giust. C-383/92 dell'8 giugno 1994. Qui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'ordinamento del Regno Unito con le regole europee in materia di licenziamenti collettivi, ha precisato che: “Qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione delle sue disposizioni o rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali, l'art. 5 del Trattato impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. A tal fine, pur conservando un potere discrezionale quanto alla scelta delle sanzioni, essi devono vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere di effettività, di proporzionalità e di capacità dissuasiva” (punto 40 della sentenza).

<sup>47</sup> Così V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, cit., 141.

<sup>48</sup> V. in dottrina, già, M. ROCCELLA, *Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro co-*

In sintesi, dall'articolo 30 si desume la necessità che il licenziamento arbitrario sia “*effettivamente*” sanzionato; nulla però si deduce sul tipo di sanzione prescelta.

V'è da ricordare che l'articolo 30, secondo l'opinione prevalente, rinviene, in generale, un forte ostacolo alla sua applicazione, nell'art. 51 sempre della Carta di Nizza. Questa norma, come si ricorderà, prevede l'applicazione delle sue disposizioni “alle istituzioni e agli organi dell'Unione (...) come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”. Secondo l'opinione prevalente – alimentata anzitutto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>49</sup> e nonostante gli apprezzabili tentativi di

---

*munitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, 71 ss.; e SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Un tassello nella “modernizzazione” del diritto del lavoro*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008, spec. 1620-1624. Con specifico riferimento alle sanzioni nell'ambito dei licenziamenti illegittimi, si osserva che: “(...) la sanzione in una fonte primaria dell'ordinamento dell'Unione Europea di un ‘diritto alla tutela’ del lavoratore ingiustificatamente licenziato non consente di rimettere puramente e semplicemente alle legislazioni degli Stati membri la scelta delle forme di tutela. Non vi è dubbio, infatti, che l'Unione non abbia voluto scegliere qualcuna in particolare tra le forme di tutela astrattamente ipotizzabili. E tuttavia, l'esistenza di un diritto sancito a quel livello preclude certamente agli Stati membri di vanificarlo differenziandolo illimitatamente in ciascun ambito di applicazione statale, attraverso la previsione di forme di tutela inadeguate alla protezione dell'interesse protetto”, così M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in CARINCI MT., TURSI A. (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 108.

<sup>49</sup>La Corte di Giustizia, in più occasioni, si è espressa nel senso che il campo di applicazione dei diritti e dei principi riconosciuti dalla Carta è circoscritta alle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione. Lo ha affermato sia nella sentenza del 18 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation social* (punto 42), sia nella *Poclava* del 5 febbraio 2015 C117/14. In particolare, in quest'ultima pronuncia, la Corte ha escluso l'applicazione proprio dell'art. 30 al contratto con prova lunga previsto dall'ordinamento spagnolo, perché – a suo avviso – questa fattispecie negoziale non rientra nel campo di applicazione della direttiva sui contratti a termine, né l'utilizzo dei fondi strutturali è sufficiente a dimostrare tale attuazione. Da ultimo si guardi anche alla sentenza del 6 ottobre 2015 C-650/13 *Thierry del Vigne*, in cui, nell'affrontare il tema dell'interdizione del diritto di voto alle lezioni del Parlamento europeo, la Corte ha ribadito che “l'art. 51, par. 1, della Carta conferma la costante giurisprudenza della Corte secondo la quale i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse.

una parte della dottrina<sup>50</sup> –, ciò vuol dire che la violazione delle norme della Carta può essere fatta valere dinanzi alla Corte di Giustizia soltanto nei casi in cui vi sia la cd. norma interposta, ossia una fonte normativa secondaria dell'Unione che espressamente disciplini la materia<sup>51</sup>. Per quanto riguarda i licenziamenti – materia di competenza dell'Unione ex art. 153 TFUE –, la situazione va differenziata in relazione al carattere individuale o collettivo del recesso e, più in generale, in riferimento ai licenziamenti discriminatori: gli ultimi due presentano la norma interposta<sup>52</sup>; altrettanto

---

In tal senso, ove una situazione giuridica non rientri nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, la Corte non è competente al riguardo e le disposizioni della Carta eventualmente richiamate non possono giustificare, di per sé, tale competenza” (punti 26 e 27).

<sup>50</sup> Il riferimento è in particolare alla tesi sostenuta da P. CHIECO, “*Riforme strutturali del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*”, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2015, spec. 387 ss. L'autore sottolinea che, in ambito lavoristico, l'emanazione di diverse leggi italiane, tra cui anche diversi provvedimenti normativi riconducibili al cd. Jobs Act, sia imputabile, più o meno direttamente, all'ordinamento europeo e, in particolare, alle discipline, definite dallo stesso autore, della “flessicurezza”. Ciò in quanto si tratta di interventi “etero-indirizzati verso materie e istituti precisi nei quali il diritto europeo chiede di intervenire mediante atti generali (regolamenti e orientamenti integrati) e di dettaglio (raccomandazioni) con l'enforcement della condizionalità legate alla gestione flessibile dei vincoli di bilancio e debito e, con il sostegno della solidarietà “compulsiva” di tutti gli attori della governance”. Pertanto – a suo avviso – nel momento in cui le suddette discipline sono ricondotte al diritto dell'Unione, la Carta dei diritti fondamentali non può che trovare piena applicazione. La tesi non può condividersi perché come si sta per dire nel testo, imprescindibile appare l'intervento di una fonte europea secondaria e questa, nel quadro delineato dalla tesi dell'autore in parola, non si rinviene. In senso critico *amplius*, cfr. M. DELFINO, *Sull'applicabilità delle norme lavoristiche della Carta dei diritti fondamentali agli ordinamenti interni*, in AA.VV., *Lavoro, diritti fondamentali, e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello*, Atti del XVIII Congresso AiDLASS, Foggia 28-30 maggio 2015, Giuffrè, Milano, 2016, 348; ID, *Ancora sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: Poclava vs Florescu?*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2018, n. 1. In ottica analoga cfr. anche A. ADINOLFI, *Disciplina del licenziamento individuale e fonti europee. Quali limiti e obblighi per il legislatore nazionale?*, cit., spec. 1140 ss.

<sup>51</sup> In tal senso v. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione*, cit., 140; M. DELFINO, *Sull'applicabilità delle norme lavoristiche della Carta dei diritti fondamentali agli ordinamenti interni*, cit., 350.

<sup>52</sup> Oltre alle direttive in tema di divieti di licenziamenti discriminatori, biso-

non può dirsi per i licenziamenti individuali ingiustificati. Al riguardo, in base alla prevalente opinione, sino a quanto non vi sarà una “norma intermedia” dell’Unione o la “norma di ingresso”<sup>53</sup> – cioè di un atto di diritto primario o derivato che consenta di ritenere l’ingiustificato licenziamento del lavoratore direttamente disciplinato dal diritto dell’Unione –, l’art. 51 “blocca” l’applicazione dell’art. 30.

Il ragionamento però non si chiude qui. V’è da tenere presente l’altra norma prima indicata, l’art. 24 della Carta Sociale Europea (riveduta), come vedremo assai rilevante, su più di un piano.

---

gna ricordare la direttiva n. 98/59/CE del 20 luglio 1998, concernente i licenziamenti collettivi. Benché quest’ultima si occupi prevalentemente del rispetto degli obblighi procedurali – e qualcuno lo ha ben evidenziato (v. GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit. 22) – risulta evidente che essa, nel suo complesso, è comunque rivolta ad evitare licenziamenti arbitrari. Al riguardo è utile ricordare che gli obblighi derivanti dalle direttive attinenti alla sfera della Politica sociale europea (e quella sui licenziamenti collettivi vi rientra certamente) sono “rafforzati allorché esprimono principi di diritto sociale dell’Unione poiché questi ultimi, come la Corte ha affermato, non possono essere interpretati restrittivamente” (Così, A. ADINOLFI, *Disciplina del licenziamento individuale e fonti europee. Quali limiti e obblighi per il legislatore nazionale?*, cit., 1111). Sicché, per i soli licenziamenti collettivi, l’art. 51 risulta superato e non sussistono difficoltà di sorta all’applicazione dell’art. 30. Emblematiche, al riguardo, anche le parole dell’Avvocato generale Kokott nelle Conclusioni della causa C-422/2014 *Pojante Rivera*: “Le condizioni in presenza delle quali trova applicazione la direttiva 98/59/CE sui licenziamenti collettivi continuano ad essere oggetto di controversie. Nel presente procedimento pregiudiziale, la Corte è chiamata nuovamente ad occuparsi delle soglie al raggiungimento delle quali il lavoratore colpito da licenziamento collettivo beneficia della tutela prevista nella menzionata direttiva. Le garanzie di cui trattasi costituiscono, in definitiva, espressione del diritto fondamentale di tutela in caso di licenziamento ingiustificato (v. articolo 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea)” (Introduzione, punto 1).

<sup>53</sup> E. ALES, *La dimensione “costituzionale” del modello sociale europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in CARINCI M.T. (a cura di), *L’evoluzione della disciplina dei licenziamenti. Giappone ed Europa a confronto*, Giuffrè, Milano, 2017, 176.