

19 MAGGIO 2021

La sentenza della Corte costituzionale n.
59/2021 sull'art. 18 St. lav.: una questione
di (inaccettabile) discrezionalità

di Stefano Bellomo

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza Università di Roma

e Antonio Preteroti

Professore associato di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Perugia

La sentenza della Corte costituzionale n. 59/2021 sull'art. 18 St. lav.: una questione di (inaccettabile) discrezionalità*

di Stefano Bellomo

Professore ordinario di Diritto del lavoro
Sapienza Università di Roma

e Antonio Preteroti

Professore associato di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Perugia

Abstract [It]: Il contributo analizza in modo critico la sentenza della Corte costituzionale n. 59/2021, ripercorrendo l'iter argomentativo a partire dal Tribunale remittente la questione di legittimità dell'art. 18 comma 7 l. n. 300/1970, per poi soffermarsi sull'accoglimento operato dalla Corte costituzionale, sugli effetti sui rapporti di lavoro e sui processi in corso ed infine sui possibili riflessi sulla disciplina del Jobs Act.

Abstract [En]: The article analyzes the sentence of the Constitutional Court n. 59/2021, retracing the argumentative process starting from the referring court the question of constitutionality of art. 18 paragraph 7 L. n. 300/1970, and then focus on the acceptance made by the Constitutional Court, the effects on employment relationships and ongoing processes and finally on the possible repercussions on the rules of the Jobs Act.

Parole chiave: Legittimità costituzionale; Lavoro subordinato (rapporto di); Licenziamento per giustificato motivo oggettivo; Licenziamento ingiustificato; Reintegrazione

Keywords: Constitutional legitimacy; Employed work (relationship of); Dismissal for justified objective reason; Unfair dismissal; Reintegration at work

Sommario: 1. I profili di illegittimità costituzionale censurati dal giudice remittente. 2. Le argomentazioni a sostegno della dichiarazione di illegittimità costituzionale. 3. Effetti sui processi in corso. 4. L'ambito di applicazione della disposizione a seguito della pronuncia. 5. I possibili risvolti sulla nuova disciplina del Jobs Act.

1. I profili di illegittimità costituzionale censurati dal giudice remittente

L'ordinanza del Tribunale di Ravenna del 7 febbraio 2020 aveva prospettato una violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.) insita nell'art. 18 Stat. Lav., nella versione risultante dalla riscrittura operata dalla l. n. 92/2012, laddove il comma 7, secondo periodo, demandava al giudice l'applicazione della tutela reale (con risarcimento fino a 12 mensilità) o indennitaria (12-24 mensilità) senza indicare criteri specifici per l'applicazione dell'uno o dell'altro rimedio.

Il Giudice delle leggi ha accolto uno dei profili di illegittimità costituzionale elencati nell'ordinanza di rimessione, quello per violazione dell'art. 3 della Costituzione, in (sottinteso)¹ combinato disposto con gli

* Articolo sottoposto a referaggio. Lo scritto è frutto di una riflessione comune. Ciononostante, i par. 1 e 2 sono da attribuire a Stefano Bellomo, i paragrafi 3 e 4 ad Antonio Preteroti, il par. 5 è da attribuire ad entrambi gli Autori.

¹ Cfr. i punti 7 e 8 della sentenza, dai quali si desume che la violazione dell'art. 3 Cost. è da riferire agli articoli 4 comma 1 e 35 Cost.

art. 4 comma 1 e 35 Cost.². Anche all'interno di tale profilo, sono state accolte solo alcune – non tutte – le argomentazioni utilizzate dal giudice *a quo*, e questa “selezione” operata dalla Corte costituzionale potrebbe avere riflessi sull'intera disciplina sanzionatoria in materia di licenziamenti, e in particolare sul *Jobs Act* (*infra*, par. 5).

Secondo il giudice remittente, la massima sanzione, sempre prevista in caso di licenziamento del tutto privo di rilevanza disciplinare (art. 18, comma 4, Stat. Lav.), non può essere rimessa alla valutazione del giudicante nel caso, sostanzialmente analogo, di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo insussistente. L'aspetto è ritenuto decisivo alla luce del fatto che, in quest'ultimo caso, il recesso dovrebbe essere privo in modo addirittura “manifesto” del requisito posto dalla legge per beneficiare dell'accesso alla tutela reale.

Il ragionamento seguito dal giudice remittente può essere scisso in due parti.

Sotto un primo profilo, da tale irragionevole distinzione di regimi deriverebbero effetti distinti e rimessi, in sostanza, alla arbitraria scelta del datore di lavoro di qualificare l'atto espulsivo come licenziamento disciplinare piuttosto che per motivo oggettivo, pur a fronte di un licenziamento in ambo i casi privo di qualsiasi giustificazione e basato su fatti inesistenti (v. in part. pp. 13-14).

Sotto un secondo profilo, il giudice remittente, in linea con una parte della giurisprudenza di legittimità³, ritiene impossibile individuare nell'art. 18, comma 7, St. lav. un obbligo di applicazione della tutela reale, mostrando così di non condividere l'opposto indirizzo interpretativo, che nella formula “può” intravede comunque un obbligo di applicazione della tutela reale⁴.

Secondo il giudice *a quo*, una lettura diversa, tesa a individuare un obbligo di applicazione della reintegrazione, si tradurrebbe in un'abrogazione della norma di legge da parte del giudicante, che si pone in contrasto con il sindacato accentrato di costituzionalità. È infatti sufficiente confrontare il comma 7 secondo periodo con l'art. 18, comma 4 St. lav. per constatare la differente *voluntas legis*.

La stessa struttura delle sanzioni per licenziamenti privi di giustificato motivo oggettivo evidenzia una netta graduazione rispetto ai comportamenti del datore di lavoro: infatti, l'applicazione obbligatoria della tutela reale è prevista per insussistenza dell'idoneità fisica o psichica del lavoratore o del superamento del periodo di comportamento (comma 7, primo periodo), l'applicazione su valutazione del giudice è prevista per manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (secondo periodo) e la tutela

² Era stata sollevata anche la violazione degli artt. 24, 41, primo comma, e 111, secondo comma Cost.

³ Cass. 3 febbraio 2020, n. 2366. V. anche Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159, seppure in *obiter dictum*.

⁴ Cass. 13 marzo 2019, n. 7167. G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1, 2015, § 7, sia pure con riferimento alla sola ipotesi in cui difettino le ragioni organizzativo-produttive o il nesso di causalità; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 4-5, 2012, p. 791; A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti*, Cedam, Padova, 2013, pp. 163 ss.

indennitaria è prevista per altre, meno gravi, ipotesi di difetto del giustificato motivo oggettivo (terzo periodo).

Anche la soluzione proposta in giurisprudenza che si richiama ad alcuni criteri generali (il risarcimento in forma specifica con relativa valutazione di eccessiva onerosità) per l'individuazione di un criterio selettivo per l'accesso alla tutela reale⁵, secondo il giudice remittente, non è plausibile perché giungerebbe ad attribuire rilievo decisivo a fatti diversi da quelli (pretestuosi) posti a fondamento del licenziamento impugnato e ad esso addirittura sopravvenuti.

Questo, peraltro, avverrebbe (p. 17), ancora una volta, solo con riferimento al G.M.O. e non al licenziamento disciplinare, determinando di riflesso un'irragionevole distribuzione delle tutele.

2. Le argomentazioni a sostegno della dichiarazione di illegittimità costituzionale

Dei due descritti profili di violazione dell'art. 3 Cost., la Corte accoglie solo il secondo, relativo all'assenza di un criterio per la scelta della sanzione applicabile (punto 11): un esito, peraltro, già anticipato dalla dottrina⁶.

Pur muovendo dal presupposto (punto 8) che nell'ambito delle valutazioni discrezionali del legislatore, quanto alla individuazione della tutela, la reintegrazione non rappresenti «l'unico possibile paradigma attuativo» dei principi costituzionali⁷, la Corte ritiene ineludibili e in specie violati i principi di eguaglianza e di ragionevolezza (punto 9).

In particolare, attesa la scelta del legislatore imperniata sull'insussistenza del fatto quale elemento che impone la risposta sanzionatoria più energica della ricostituzione del rapporto di lavoro, si rivela «disarmonico e lesivo del principio di eguaglianza il carattere facoltativo del rimedio della reintegrazione per i soli licenziamenti economici». Neppure vengono prese in considerazione quelle letture alternative fornite dalla dottrina in merito alla lettura del «può» in termini di equità integrativa o di possibile motivata scelta da parte del giudice sulla base, ad esempio, della circostanza che il lavoratore abbia già reperito altra occupazione⁸.

⁵ Cass. 2 maggio 2018, n. 10435. Più di recente Cass. 31 gennaio 2019, n. 2930.

⁶ Espressamente V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 2012, p. 558; e v. le conclusioni di O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in M. CINELLI-G. FERRARO-ID. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 246 ss.; M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, intervento in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, consultabile [sul sito](#) del Centro studi di diritto del lavoro europeo «Massimo D'Antona», 19 aprile 2012, p. 6, *Contra* P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, *ivi*, 7 maggio 2012, pp. 15-7.

⁷ Citando Corte cost. n. 194/2018, par. 9.2.

⁸ C. PISANI, *Dubbi (infondati) sull'insussistenza qualificata*, in *Diritto relazioni industriali*, 2021, pp. 868-9.

Anche il richiamo alla eccessiva onerosità è ritenuto dalla Corte inadeguato rispetto alla disciplina della reintegrazione, via via affinata come autonoma tecnica di tutela rispetto al paradigma dell'art. 2058 cod. civ. (punto 10.1). Infatti, tale ipotetico criterio, per un verso, si rivela indeterminato e improprio e, per altro verso, privo di ogni attinenza con il disvalore del licenziamento; infine, è determinato dalle scelte del responsabile dell'illecito e potrebbe dunque prestarsi a condotte elusive, anche tenuto conto della distanza di tempo tra il licenziamento e il provvedimento giudiziale dichiarativo della sua illegittimità. Per converso va evidenziato come la Corte, tuttavia, non attribuisca rilievo al fatto che anche nella tutela indennitaria di cui all'art. 18 comma 5 St. lav. possono assumere rilievo fatti diversi da quelli posti a fondamento del licenziamento impugnato. Nel calcolo dell'indennità, infatti, il giudice non si basa solo sull'anzianità e sul comportamento delle parti, ma deve tenere conto anche del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo. E la formulazione letterale della disposizione non sembra impedire di considerare situazioni sopravvenute all'illecito recessivo. È pur vero, tuttavia, che un conto è la netta distinzione di regime sanzionatorio tra tutela reale e tutela risarcitoria/indennitaria, altro conto è la graduazione nel *quantum* nell'ambito di quest'ultima.

E in ogni caso l'aspetto dirimente, come rileva l'ordinanza (p. 17) e come conferma la sentenza della Corte (punto 9 ult. capoverso), è che l'eventuale applicazione dell'art. 2058 c.c. sarebbe circoscritta all'ipotesi di un licenziamento connesso a un giustificato motivo oggettivo manifestamente inesistente e, al contempo, negata per ipotesi di contestazioni disciplinari del tutto infondate. Inoltre, accogliendo la teoria della eccessiva onerosità, questa avrebbe assunto rilievo per due volte, prima per escludere l'applicabilità della tutela reale e poi per commisurare l'indennità, e sempre con esclusivo riferimento al solo licenziamento per motivo oggettivo insussistente.

Complessivamente, l'aspetto considerato decisivo dalla Corte costituzionale attiene proprio alla salvaguardia ragionevole di una logica di unitarietà del sistema sanzionatorio rispetto alla gravità dei comportamenti del datore di lavoro, la quale non ha nulla a che vedere con le condizioni economiche dell'impresa. In altri termini, si reputa irragionevole che la reintegrazione non sia obbligata per il (solo) licenziamento economico, che peraltro esige un vizio di più accentuata gravità rispetto all'insussistenza pura e semplice del fatto (*infra*, par. 4).

Se questa è la *ratio* della decisione, potrebbe presto essere sollevata un'ulteriore questione di legittimità costituzionale – non sollevata dal giudice remittente – circa la ragionevolezza della previsione del criterio dell'insussistenza “manifesta” solo per i licenziamenti economici, che pure non è definito in modo preciso e al contempo determina (*rectius* seleziona) le ipotesi di applicazione della reintegrazione, al punto da

essere duramente criticato o considerato irrilevante da parte della dottrina⁹. Per quanto, a ben guardare, tra le righe della motivazione (cfr. punto 9) sembrerebbe emergere che la diversa “graduazione” dell’insussistenza del fatto tra motivo soggettivo e oggettivo rientri nel perimetro delle valutazioni discrezionali del legislatore, senza che ciò determini di per sé una violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza. Violazione che, tuttavia, si potrebbe scorgere nell’assenza di criteri certi sui quali radicare la distinzione tra insussistenza manifesta e non manifesta.

3. Effetti sui processi in corso

La sentenza provvede ad eliminare il frammento della disposizione che rende la norma contraria alla Costituzione (“può applicare”), e introduce una parte della disposizione necessaria per renderla conforme al dettato costituzionale (“applica altresì”).

L’intervento sostitutivo esclude la necessità di un successivo intervento del legislatore, operando una riscrittura della disposizione in conformità al dettato costituzionale¹⁰.

L’effetto di cui all’art. 30, commi 1 e 3, l. n. 87/1953 (“le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”) implica che la declaratoria di illegittimità costituzionale produce effetto con la sola comunicazione del dispositivo, e non esclude l’estensione degli effetti della pronuncia ai rapporti giuridici sorti anteriormente ad essa, purché ancora pendenti e cioè non esauriti¹¹: il disposto difforme dal dettato costituzionale è radicalmente espunto dall’ordinamento, e non può produrre effetti giuridici vincolanti.

Quindi per tutti i procedimenti nei quali i lavoratori non siano incorsi in decadenza o nei quali sia ancora possibile impugnare il provvedimento secondo gli ordinari mezzi di impugnazione, la pronuncia può produrre effetto anche se la questione è sorta anteriormente alla sua pubblicazione.

⁹ M. PERSIANI, *Intervento*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, pp. 67-8; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 2012, p. 443; App. Torino 6 maggio 2014; Trib. Napoli 3 giugno 2013.

¹⁰ Per un precedente in tal senso v. Corte Cost. n. 251 del 2016, che non ha condotto ad interventi legislativi attuativi.

¹¹ Per rapporto giuridico “esaurito” si intende quel rapporto che, in applicazione della disciplina precedente alla pronuncia, fa ormai stato tra le parti, i loro eredi e gli aventi causa (art. 2909 cod. civ.) o che si connota per inoppugnabilità derivante dall’intervenuta prescrizione o decadenza della relativa situazione giuridica soggettiva. Ciò in linea costante con la giurisprudenza civile e amministrativa: Cass. Civ., sez. III, 11 aprile 1975, n. 1384; Cass. 1 febbraio 1996, n. 891, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1997, 1012, Cass. civ. sez. III 28 luglio 1997 n. 7057; Cons. St., Sez. IV, 21 luglio 2000, n. 4035, in *Foro amministrativo*, 2000, 2619; Cass. 9 gennaio 2004, n. 113, in *Diritto e giustizia*, 2004, 7, p. 113 e con la dottrina G. ZAGREBELSKY, Voce *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, 1987, XXXVI, p. 629: questo è l’effetto interpretativo del disposto legale (art. 30 l. n. 87/1953), alla cui stregua “Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

4. L'ambito di applicazione della disposizione a seguito della pronuncia

È opportuno soffermarsi su quali siano le ipotesi, per i rapporti di lavoro subordinato instaurati prima del 7 marzo 2015, nelle quali l'applicazione della sentenza sia destinata a produrre gli effetti sopra descritti. L'ambito di applicazione è circoscritto alle ipotesi di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Come ricorda il giudice delle leggi, l'orientamento giurisprudenziale¹² (e dottrinale¹³) prevalente, anzitutto, riconduce entro la nozione di fatto del quale verificare la sussistenza non solo le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento e il nesso causale che lega il recesso alle scelte organizzative del datore di lavoro, bensì anche l'assolvimento dell'obbligo di ripescaggio *id est* l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore, superando iniziali ricostruzioni di segno avverso¹⁴.

Poiché anche la singola carenza di uno dei requisiti, purché manifesta, può integrare il requisito della manifesta insussistenza¹⁵, è indubbio che l'ambito di applicazione della tutela reale – viepiù alla luce della sentenza n. 59/2021 che ne rende obbligata l'applicazione – si sia oggi dilatato, al punto che è lecito domandarsi quali siano i margini residui di applicazione della tutela indennitaria.

Questi si individuano senz'altro al di fuori delle ipotesi di cui al comma 7, primo periodo, nelle ipotesi nelle quali il licenziamento, pur ingiustificato, non sia insussistente in termini “manifesti” per ciascuna delle tre componenti che integrano la fattispecie. Di contro, potrebbe bastare ad esempio una palese violazione del solo nesso di causalità (lavoratore non addetto al reparto soppresso, o alle mansioni sostituite dalla macchina) o dell'obbligo di ripescaggio (conclamata disponibilità di posizioni lavorative di pari livello e categoria in concomitanza al recesso) per determinare l'applicazione dell'art. 18, comma 7, secondo periodo St. lav.

Un'ulteriore ipotesi di applicazione della tutela indennitaria, estranea all'ambito di applicazione della sentenza n. 59/2021, può osservarsi a fronte della violazione dei criteri di scelta in caso di soppressione

¹² Cass. 2 maggio 2018, n. 10435. Più di recente Cass. 11 novembre 2019, n. 29101-10; Cass. 8 gennaio 2019, n. 181; Cass. 5 dicembre 2018, n. 31496; Cass. 25 luglio 2018 n. 19732; Cass. 25 giugno 2018 n. 16702.

¹³ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., p. 800; V. SPEZIALE, *La riforma*, cit., p. 563; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28.6.2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, pp. 137-138; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, 1, I, p. 168; C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2013, 1, pp. 73 ss.; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 4, 2012, p. 558; P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., pp. 274-5.

¹⁴ Ord. Trib. Milano 28 novembre 2012, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2013, 1, 152 ss. e ivi adesivamente G. SANTORO-PASSARELLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela risarcitoria*. V. anche Trib. Roma 8 agosto 2013; Trib. Varese 4 settembre 2013, in *Foro italiano*, 2013, 11, I, c. 3333; Trib. Genova 14 dicembre 2013.

¹⁵ Espressamente Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159.

di posizioni lavorative rispetto alle quali sia occupato in azienda personale omogeneo e fungibile¹⁶, poiché in tali ipotesi l'illiceità dell'atto non discende dalla carenza dei requisiti legali – insussistenza del fatto – per la soppressione di una posizione lavorativa, bensì dalle modalità di esercizio del potere di scelta del lavoratore da licenziare all'esito dell'accertamento di tale necessità di soppressione, che si appalesano contrarie ai principi di correttezza e buona fede.

Il criterio prevalentemente osservato dagli interpreti, come riconosciuto dal giudice delle leggi¹⁷, individua la manifesta insussistenza, nella radicale carenza di (almeno uno) dei tre presupposti di legittimità o della loro totale estraneità rispetto a quanto rappresentato all'atto dell'intimazione del recesso¹⁸, con dubbi in ordine alla ripartizione degli oneri probatori¹⁹ e alla necessità di un completo accertamento di merito²⁰.

A tal proposito non si è imposto quell'orientamento che, proprio alla luce dell'introduzione di uno specifico rito bifasico per i licenziamenti di cui al novellato art. 18 St. lav. (c.d. Rito Fornero, art. 1, commi 49 ss., l. n. 92/2012), circoscriveva la valutazione di manifesta insussistenza all'accertamento del fatto compiuto nell'ambito della fase sommaria del giudizio di primo grado contrassegnata, come noto, da limitati atti istruttori²¹. Anche tale ricostruzione, ove seguita, potrebbe però rivelare alcuni profili di irragionevolezza. Infatti solo nel licenziamento per motivo oggettivo l'accertamento dell'insussistenza (in quanto manifesta) sarebbe limitato alla fase sommaria speciale introdotta dalla legge n. 92/2012, mentre nel licenziamento disciplinare (in quanto insussistenza non diversamente qualificata) potrebbe essere accertata anche successivamente e cioè a cognizione piena.

¹⁶ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 3, 2012, p. 577.

¹⁷ Si fa riferimento ad un non meglio precisato “vizio di più accentuata gravità rispetto all'insussistenza pura e semplice del fatto” (punto 9).

¹⁸ Oltre alla già citata Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159, si vedano A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 59; C. PISANI, *L'ingiustificata qualificazione del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 8-9, 2012, p. 745. Trib. Roma 13 febbraio 2015: “Il fatto addotto dal datore di lavoro come giustificato motivo oggettivo è “manifestamente insussistente” qualora esso non si sia verificato nella realtà (per esempio chiusura di un esercizio commerciale che continua ad operare)”.

¹⁹ A favore di un'inversione dell'onere della prova A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 59; C. PISANI, *op. cit.*, pp. 742-4.

²⁰ Per Trib. Trento 28 aprile 2014, ciò che rileva è che il grado di inadeguatezza della giustificazione addotta sia così palese da non richiedere un'approfondita attività istruttoria. Sarebbe manifesta l'insussistenza verificabile senza necessità di istruttoria o comunque in modo conoscibile *ex ante* dal datore di lavoro diligente secondo Trib. Milano 23 luglio 2014; Trib. Reggio Calabria, Ord., 3 giugno 2013. Per A. MARESCA, *Il nuovo regime*, *cit.*, p. 437, si tratterebbe di un concetto assimilabile al giudizio per direttissima *ex art.* 449 c.p.p.

²¹ V. FERRANTE, *Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, in corso di pubblicazione in *Diritto delle relazioni industriali*, 2021, (vers. 5 aprile), p. 4 “, sottolineando come “la caratteristica di un vizio “manifesto” non appartiene in nessun modo alla logica dell'ordinamento privatistico. Esso piuttosto sembra echeggiare una certa tradizione del giudizio amministrativo, a sottolineare una evidente abnormità, suscettibile di mettere in discussione il divieto di un controllo nel merito e, fors'anche, la stessa idoneità dell'atto alla produzione di effetti (TAR Roma, sez. III, 4/5/2020, n.4620; TAR Ancona, sez. I, 26/10/2020, n.615; TAR Trento, sez. I, 28/7/2017, n. 246)” e citando a tal proposito Cass. 1 febbraio 2019, n. 3129 e 13 marzo 2019, n.7167.

Anche questa riflessione consente però di ribadire (*supra*, par. 2) come l'incertezza interpretativa precedentemente addebitabile alla totale discrezionalità del giudice nell'applicazione della tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 18, comma 7, si potrebbe riproporre intatta per la graduazione tra i concetti di insussistenza e insussistenza manifesta, giacché anche questa distinzione non è specificamente precisata dalla legge²² e peraltro è posta per il (solo) fatto-g.m.o. e non per i licenziamenti disciplinari.

5. I possibili risvolti sulla nuova disciplina del Jobs Act

Occorre aggiungere che dopo la sentenza n. 59/2021 diviene pacifico che, in situazioni di carenza di un giustificato motivo (sia esso soggettivo o oggettivo) entrambe connotate dalla pretestuosità, il licenziamento sia sanzionato sempre con la reintegrazione ai sensi dell'art. 18 comma 4 St. lav.

Alla luce della motivazione, i riflessi sull'art. 3 d. lgs. n. 23/2015 paiono a prima vista modesti. Poiché, in altri termini, l'irragionevolezza è individuata dalla Corte costituzionale solo con riferimento alla coerenza sistematica nel raccordo tra comma 4 e comma 7 dell'art. 18 St. lav., allora parrebbe difficile che le medesime argomentazioni possano riproporsi con riferimento al *Jobs Act*.

Nel *Jobs Act*, infatti, l'opzione legislativa pare chiara nell'obiettivo di circoscrivere tale sanzione solo al licenziamento disciplinare²³ e solo all'ipotesi, all'interno di tale fattispecie, di totale insussistenza di un inadempimento.

Tale scelta può ritenersi sistematicamente coerente con un complessivo obiettivo di *restraint* delle ipotesi di reintegrazione, chiaramente espresso anche dalla formula omnicomprensiva di apertura dello stesso art. 3, comma 1, nonché di diversificazione tra licenziamento oggettivo e licenziamento disciplinare, intese come fattispecie ontologicamente distinte e autonomamente regolabili sul piano sanzionatorio²⁴.

La previsione del comma 7 dell'art. 18 St. lav., che non impedisce l'applicazione delle tutele contemplate per i licenziamenti disciplinari o discriminatori qualora, nel corso del giudizio il licenziamento risulti ad essi riconducibile, potrebbe esprimere secondo taluni una *ratio* coerente sul piano sistematico per differenziare le tutele tra motivo disciplinare e motivo oggettivo di licenziamento²⁵. E tuttavia l'ipotesi si

²² In q. senso *Ibid.*, p. 3.

²³ Sulla legittimità di tale delimitazione F. GHERA, *Diversificazione delle discipline del licenziamento e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Diritto lavoro variazioni*, 3, 2016, consultabile sul sito.

²⁴ G. PELLACANI, *Licenziamento per motivi economici illegittimo, "manifesta insussistenza" e reintegrazione nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: il legislatore scrive "può", la Corte costituzionale sostituisce con "deve"*, in Working Papers Centro Studi Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".IT – 436/2021, p. 7 e in corso di pubblicazione in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2021, richiamando anche P. TOSI, E. PUCETTI, *Il licenziamento per motivi economici al vaglio della consulta*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 2020, § 3.

²⁵ C. ZOLI, *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, in Working Papers Centro Studi Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n. 428/2020, p. 28, richiamato da G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 8.

realizza solo sulla base della domanda formulata dal lavoratore, con un onere della prova aggiuntivo posto a carico del medesimo, peraltro non facile da assolvere.

Proprio questa differenza potrebbe evidenziare come nel sistema del *Jobs Act* tale precisazione non sarebbe necessaria, posto che tutte le ipotesi di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo ricadono nel sistema di tutela indennitario, salvo le ipotesi “gravissime” di licenziamento discriminatorio o comunque invalido, e quella parimenti eccezionale dell’addebito di un inadempimento non imputabile. Di tali considerazioni sembra tener conto la sentenza odierna, nella parte in cui circoscrive la valutazione di irragionevolezza (punti 9 ss.) al mero profilo dell’opzione sanzionatoria posta in capo al giudice, ribadendo in più passaggi la discrezionalità legislativa in ordine alle tutele da accordare²⁶.

In questo modo, però, la Corte sembrerebbe eludere, quella parte dell’ordinanza di rimessione (*supra*, par. 1) che desume l’irragionevolezza della distribuzione delle tutele dal loro ancoraggio alla qualificazione dell’atto espulsivo, intesa come momento di scelta rimesso al datore di lavoro. Da questo punto di vista, innanzi alla critica minuziosamente rivolta dalla Corte all’art. 18 comma 7 St. lav. (probabilmente condizionata dal quesito posto dal remittente), per l’attribuzione di una valutazione giudiziale disancorata da qualsiasi criterio, sembra passare in secondo piano la questione, altrettanto rilevante, degli spazi di discrezionalità nell’applicazione del regime sanzionatorio che il legislatore parrebbe lasciare al datore di lavoro.

Tuttavia, la Corte non manca di rilevare (punto 9) che “l’esercizio arbitrario del potere di licenziamento, sia quando adduce a pretesto un fatto disciplinare inesistente sia quando si appella a una ragione produttiva priva di ogni riscontro, lede l’interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale e si risolve in una vicenda traumatica, che vede direttamente implicata la persona del lavoratore” o che “l’insussistenza del fatto, pur con le diverse gradazioni che presenta nelle singole fattispecie di licenziamento, denota il contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, che questa Corte ha enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost.”. Pertanto, in prospettiva futura, pare difficile circoscrivere la suddetta riflessione alla mera circostanza che il giudice debba e non possa applicare la tutela reale, e non anche alla circostanza che in ambo i casi di pretestuosità il lavoratore necessiti di una maggior, o comunque analoga, tutela sostanziale.

Ciò è particolarmente evidente per la disciplina applicabile ai lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 poiché nel d. lgs. n. 23/2015 esiste uno squilibrio tra le due fattispecie, tale per cui la scelta del motivo di recesso (soggettivo o oggettivo) potrebbe attribuire al datore di lavoro, nel secondo caso, la certezza di non incorrere nella sanzione della reintegrazione.

²⁶ Passaggi sostenuti con forza anche dall’Avvocatura dello Stato (punto 2.1.3) per richiedere l’inammissibilità del *petitum* additivo/manipolativo.

Pertanto, di fronte alla medesima pretestuosità del recesso in ambo i casi, derivante dalla insussistenza della motivazione addotta, la conseguenza sanzionatoria è differente a seconda della qualificazione che il datore di lavoro attribuisce al licenziamento. *Ergo*, da un lato, è il datore di lavoro di fatto a selezionare arbitrariamente la tutela applicabile, dall'altro lato, il legislatore, a fronte di due fattispecie sostanzialmente identiche (connotate entrambe dall'insussistenza dei fatti e della motivazione) prevede due risposte sanzionatorie diverse. Si può pensare alle ipotesi di un licenziamento per un riassetto organizzativo inesistente o di una sostituzione con un macchinario mai arrivato nell'unità produttiva, per rinvenire ben poche differenze rispetto ad un procedimento disciplinare per inadempimenti non commessi dal lavoratore o allo stesso non imputabili, ma una cornice sanzionatoria ben diversa, anche dopo l'intervento del c.d. decreto dignità perché resta esclusa la tutela ripristinatoria, salvo che il dipendente riesca a dimostrare – con onere della prova a proprio carico – la ricorrenza *ex art.* 1345 c.c. di un motivo illecito unico e determinante sotteso all'atto espulsivo. Il problema riguarda, dunque, il licenziamento pretestuoso (in quanto totalmente immotivato) ma non connotato da una comprovata motivazione illecita *ex art.* 1345 c.c., cui a seconda della qualificazione prescelta dal datore di lavoro nell'atto di intimazione sono riservati due regimi sanzionatori completamente diversi, palesandosi una assai probabile violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza.

In effetti, sebbene, come ha ribadito in più occasioni la stessa Corte Costituzionale²⁷, le garanzie volte a temperare il «potere di recesso del datore di lavoro» siano «affidate alla discrezionalità del legislatore, sia nella scelta dei tempi sia dei modi d'attuazione», è pur vero che il legislatore non può introdurre tutele differenziate a fronte di fattispecie che presentino tratti identici.

Se l'irragionevolezza si individuasse nella simmetrica distribuzione di tutele tra licenziamenti ingiustificati e pretestuosi, ma in una evidente asimmetria all'interno di questi ultimi, e nel fatto che il datore sia di fatto libero di scegliere mediante la lettera di intimazione il regime sanzionatorio, sarebbe allora certa quanto prossima un'ulteriore declaratoria di illegittimità costituzionale anche per l'art. 3²⁸.

Questo non sembra però l'avviso della Corte costituzionale, che in questo caso si limita ad escludere la discrezionalità del giudice nella scelta della sanzione, ma non considera – alla luce del quesito posto – quella indirettamente attribuita al datore di lavoro per mezzo di una legislazione sanzionatoria distinta in base alle fattispecie di licenziamento.

E, tuttavia, lo sviluppo della motivazione della sentenza – tutta basata su un costante raffronto tra il regime sanzionatorio riservato alle motivazioni di natura oggettiva e a quelle di natura soggettiva, e che

²⁷ Corte cost. n. 46 del 2000, punto 5, che a sua volta rinvia ai propri precedenti: Corte cost. n. 194 del 1970, Corte cost. n. 129 del 1976 e Corte cost. n. 189 del 1980.

²⁸ In q. senso le riflessioni di G. PELLACANI, *Licenziamento per motivi economici illegittimo*, cit., p. 10.



muove dal presupposto secondo cui l'insussistenza del fatto (sia essa manifesta o meno) debba trovare una identica risposta sanzionatoria in entrambe le fattispecie – potrebbe condurre proprio all'esito prospettato.