

LE «TUTELE CRESCENTI» ANCORA ALLA PROVA.

Stefano Visonà

Sostituto Procuratore generale presso la Suprema Corte di Cassazione

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. Qualche osservazione di metodo 3. Ancora alla Corte Costituzionale per la disparità di trattamento tra nuovi e vecchi assunti e l'inadeguatezza della tutela prevista per i nuovi assunti 4. Il ricorso alla CGUE 5. L'eccesso di delega

1. Le ordinanze in commento, cui si possono aggiungere le ordinanze del Tribunale di Bari del 18 aprile 2019 e del Tribunale di Roma del 3 gennaio 2020¹, provano come il sistema di tutela contro il licenziamento ingiustificato introdotto dal d.lgs. n. 23 del 2015 (cd. «tutele crescenti») sia a tutt'oggi in discussione e non possa dirsi assestato nonostante il recente intervento della sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018².

D'altro canto, già all'indomani della sentenza n. 194 molti ne hanno messo in rilievo i limiti argomentativi e la scarsa persuasività; e ciò con particolare riguardo alla questione della disparità di trattamento tra nuovi e vecchi assunti (i lavoratori, cioè, assunti dal 7 marzo 2015 e i lavoratori assunti prima), che la Corte, com'è noto, ha giudicato non irragionevole in considerazione dello scopo esplicitato dal legislatore di voler favorire e promuovere la stipula di nuovi contratti di lavoro a tempo indeterminato.

La Corte, si è detto, ha legittimato la disparità di trattamento sulla base di un argomento idoneo, forse, a giustificare l'attenuazione della tutela contro il

¹ Con tali ordinanze il tribunale di Bari ed il tribunale di Roma hanno proposto questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 che disciplina le conseguenze del licenziamento illegittimo per vizi formali o procedurali prevedendo la corresponsione di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità.

L'ufficio stampa della Corte Costituzionale, con un comunicato del 25/6/2020, ha reso noto che i giudici delle leggi hanno esaminato le questioni di costituzionalità sollevate dai Tribunali di Roma e Bari, dichiarando incostituzionale l'inciso dell'art. 4 del Decreto n. 23 laddove prevede che a fronte di un licenziamento erogato in violazione dell'obbligo di motivazione o in violazione delle procedure di garanzia per la contestazione degli addebiti disciplinari, il giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità "di importo pari a 1 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio".

Secondo la Corte, l'art. 4 "fissa un criterio rigido e automatico legato al solo elemento dell'anzianità di servizio".

In attesa del deposito della motivazione della Sentenza, si veda G. PIGLIALARMI, *la Corte Costituzionale ritorna sul jobs act: ora tocca all'art. 4 del D.lgs. n. 23/2015*, in Bollettino ADAPT 29/6/2020 n. 26.

² Tra i numerosi commenti alla sentenza v. A. Bollani, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, in DRI, 2019, 214 ss.; M.T. Carinci, *La Corte Costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel Jobs Act, e oltre*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 378/2018; R. De Luca Tamajo, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in DLM, 2019, 634; S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore con contratto a tutele crescenti dopo l'intervento della Corte Costituzionale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 379/2018; 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; A. Perulli, *Correzioni di rotta. La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 alla luce del "Decreto Dignità" e della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in LDE, 1/2019; V. Speciale, *La sentenza della Corte Costituzionale sul contratto a tutele crescenti (Corte Costituzionale, 8.11.2018, n. 194)*, in RGL, 2019, II, 3; P. Tosi, *La sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale*, DRI, 2019, 244; 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; L. Zoppoli, *Il licenziamento "de-costituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in DRI, 2019, 277.

licenziamento ingiustificato; ma di certo non idoneo a giustificare la disparità di trattamento «strutturale» che la nuova disciplina determina tra fattispecie identiche che si verificano nello stesso segmento temporale, rispetto alla quale la data di assunzione è criterio discrezionale eccentrico e contingente. Tanto più che nel concludere per la ragionevolezza della scelta legislativa alla luce dello scopo esplicitato la Corte si è limitata ad un controllo di ragionevolezza di carattere logico-discorsivo, basato cioè sulla mera coerenza testuale tra quanto dichiarato e quanto disposto, senza alcuna più approfondita indagine circa la congruenza in fatto tra lo scopo dichiarato ed il mezzo scelto per realizzarlo³.

Di tali considerazioni critiche si rinviene chiara eco nell'argomentazione delle ordinanze di Milano e di Napoli, che ritengono di poter trarre ancora nuova linfa dalla situazione di fatto in cui le questioni si pongono: mentre il caso affrontato e risolto dalla Corte con la sentenza n. 194 è originato da una controversia di licenziamento individuale ingiustificato, le questioni sollevate dalle ordinanze in commento si pongono nel diverso contesto di un licenziamento collettivo, che coinvolgendo una pluralità di lavoratori, assoggettati contemporaneamente alle medesime regole procedurali e di selezione, fa vieppiù risaltare la diversità di trattamento tra nuovi e vecchi assunti.

Nelle ordinanze l'argomentazione sulla irragionevole disparità di trattamento tra nuovi e vecchi assunti è quasi inscindibilmente connessa all'argomentazione sull'inadeguatezza della tutela riservata ai nuovi assunti, la quale, oltre che essere oggetto di una specifica censura di non compatibilità con il diritto UE e la Costituzione, è impiegata come la cartina di tornasole nella valutazione della disparità di trattamento. E, in effetti, le due questioni paiono solo astrattamente separabili, posto che una volta riconosciuta l'adeguatezza della tutela approntata dal d.lgs. n. 23 cade la premessa che sorregge le obiezioni di costituzionalità per disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti, che ha per «presupposto» il trattamento meno favorevole introdotto dal d.lgs. n. 23, applicabile ai nuovi assunti, rispetto a quello dell'art. 18 Stat.Lav. , applicabile ai vecchi assunti.

Oltre a ritenere censurabile la disparità di trattamento tra nuovi e vecchi assunti, i giudici di Milano e di Napoli merito ritengono, infatti, non soddisfacente il sistema di tutela contro il licenziamento ingiustificato introdotto dal d.lgs. n. 23 e ciò nonostante l'intervento correttivo della sentenza n. 194, la quale, com'è noto, ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte e nella misura in cui imponeva al giudice di graduare l'indennizzo tra la misura minima e la misura massima in modo fisso e predeterminato dipendente solo dall'anzianità di servizio anziché consentirne la modulazione anche in ragione di altri criteri.

Con questa scelta i giudici, dunque, si attestano su una linea di attacco più avanzata anche rispetto ai commentatori maggiormente critici del sistema delle «tutele

³ Cfr. S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore*, 7; A. Perulli, *Correzioni di rotta*; G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 382/2018. Sui profili problematici del controllo di ragionevolezza *sub specie* di proporzionalità e congruenza tra scopi perseguiti dalla legge e gli effetti da essa prodotti cfr. F. Roselli, *Nota all'ordinanza App.Napoli 18 settembre 2019, r.g. 2784/2018*, LDE. n. 1/2020, par. 5.

crescenti» che, preso atto della riaffermazione della Corte circa la non necessità costituzionale della reintegrazione, hanno ritenuto tutto sommato accettabile il punto di approdo della sentenza n. 194 sull'entità e le modalità di determinazione dell'indennizzo risarcitorio, anche tenuto conto delle modifiche al limite minimo e al tetto massimo dell'indennizzo nel frattempo apportate dal cd. Decreto dignità (art. 3, co. 1, d.l. n. 87 del 2018, conv. in l. n. 96 del 2018).

2. Le ordinanze in commento investono la CGUE e la Corte Costituzionale di questioni di validità di una norma nazionale (art. 10 d.lgs. n. 23) almeno in parte già affrontate e risolte dalla sentenza n. 194. E l'ordinanza della Corte d'appello di Napoli lo fa contemporaneamente, investendo, cioè, con due ordinanze distinte ma di pari data entrambe le Corti, nazionale e sovranazionale, scelta, a quel che consta, inedita⁴.

Questo accade, come si legge nella sentenza n. 269 del 2017 della Corte Costituzionale, perché la Carta dei diritti, invocata nelle ordinanze in via diretta avanti alla CGUE e quale parametro interposto avanti la Corte Costituzionale, costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale e contiene principi e diritti che intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana: sicché può darsi - come avviene nel caso concreto - che la violazione di un diritto della persona sia ritenuta, ad un tempo, in contrasto sia con le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia con quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione. Circa il rapporto tra il rinvio pregiudiziale alla CGUE e l'incidente di costituzionalità a seguito della sentenza n. 269 si è aperto un acceso dibattito⁵.

Non risultava chiaro dalla sentenza n. 269 se fosse possibile al giudice nazionale sottoporre alla CGUE profili di contrasto delle norme nazionali con la Carta dei diritti esaminati ed esclusi dalla Corte Costituzionale. Dubbio dissipato dalla sentenza n. 20 del 2019, nella quale la Corte ha precisato che «resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla CGUE sulla medesima disciplina *qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria*»⁶.

⁴ Secondo R. Cosio, *Le ordinanze di Milano e Napoli sul jobs act*, LDE, n. 1/2020, par. 1, dal tenore complessivo dell'ordinanza del Tribunale di Milano emerge che la scelta di rinviare alla Corte di Giustizia sembra mossa da un evidente spirito critico nei confronti della sentenza della Consulta n. 194 del 2018 più che da una scelta di campo rispetto al problema, non espressamente trattato nell'ordinanza, della doppia pregiudizialità.

Sulla violazione delle procedure sindacali in tema di licenziamento collettivo si veda R. COSIO, *la sanzione dissuasiva nei licenziamenti collettivi*, in LDE n. 2/2020.

⁵ Impossibile dar conto dei moltissimi commenti alla sentenza, tra i quali si segnalano S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte Costituzionale italiana: obiter creativi (o distruttivi) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione Europea*, in *Federalismi.it*, 31 gennaio 2018; A. Ruggieri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente preganti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2017; G. Bronzini, *La Corte costituzionale mette sotto tutela i Giudici ordinari nell'applicazione diretta della carta di Nizza. Le linee di tensione con l'orientamento della Corte di Giustizia*, in *RGL*, 2, 2018; V. Piccone e O. Pollicino (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia e d'effettività*, Editoriale scientifica, 2018.

⁶ G. Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un ravvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia*, in *questionegiustizia.it*, 4 marzo 2019; V. Sciarabba, *Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali e d'europée: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato*, *consultaonline.it*, 23 aprile 2019.

Nella sentenza n. 269, poi, la Corte ha affermato che laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta in ambito di rilevanza comunitaria, *debba* essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE. Ha fissato, cioè, un ordine di priorità nella proposizione delle questioni alle Corti che ha suscitato un aspro confronto tra coloro che vi hanno ravvisato una sorta di attentato al principio del primato del diritto europeo e coloro che hanno salutato l'intervento della Corte come utile per porre rimedio al disordine interpretativo ed applicativo insito nel sistema di sindacato diffuso di compatibilità delle norme interne al diritto UE dei giudici di merito.

L'ordine di priorità ricostruito dalla sentenza n. 269 è stato attenuato, o, meglio, superato, dalle successive sentenze nn. 20 e n. 63 del 2019 nella quale ultima, in particolare, la Corte ha affermato che, in caso di doppia pregiudizialità, il giudice comune ha la facoltà di avvalersi *in qualunque momento* del rinvio pregiudiziale, anche dopo il giudizio di costituzionalità, senza essere tenuto ad investire prioritariamente la Corte; sebbene, quando sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di costituzionalità che coinvolga anche le norme della Carta, la Corte non potrà dichiarare l'inammissibilità della questione perché involgente le norme del diritto UE ma sarà a tenuta a fornire anch'essa una risposta, eventualmente previo rinvio pregiudiziale interpretativo alla CGUE.

Sembra conseguire che nei casi di «doppia pregiudizialità» spetterà al giudice comune decidere l'ordine di priorità delle questioni e delle Corti, restando confermato che se la Corte sarà investita della questione la deciderà⁷.

La Corte, dunque, assegna al giudice comune il ruolo assai delicato di decisore della priorità della questione, in termini di opportunità e rilevanza, e, così, di promotore del dialogo tra le Corti.

Ebbene, le ordinanze in commento, richiamandosi alle pronunce della Corte successive alla n. 269, tra cui la citata n. 63, oltre che, in principalità, alla consolidata giurisprudenza della CGUE⁸, mostrano condivisibilmente di non sentirsi vincolate alle indicazioni, esplicite ed implicite, della sentenza n. 269 e di ritenere possibile l'accesso alla CGUE nonostante la Corte si sia già pronunciata sulle questioni con la sentenza n. 194, a valle, cioè, del giudizio di costituzionalità; e di poterlo fare – la Corte d'appello di Napoli - anche contemporaneamente.

⁷ A. Ruggeri, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019, consultaonline.it, 25 febbraio 2019; R. Conti, Giudice comune e diritti protetti dalla Carta Ue: questo matrimonio s'ha da fare o no?, www.giustiziainsieme.it, 4 marzo 2019; Cosentino, Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni e disordine delle idee, in *Questione Giustizia*, 8/2/2020.*

⁸ Tra le ultime, più significative, v. le sentenze 20 dicembre 2017, C/322/16 e 24 ottobre 2018, C-234/17 che pur non facendo esplicito riferimento alla sentenza n. 269 della Corte è stata intesa come una sorta di replica della CGUE. Su tale ultima sentenza v. A. Ruggeri, *Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3/2018.

Si è discusso se tale «contemporaneità» sia ammissibile⁹, dubitandone qualcuno almeno fin quando un intervento legislativo non rimoduli il requisito della rilevanza nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale¹⁰.

Comunque, anche se ammissibile dal punto di vista procedurale, la «contemporaneità» genera interrogativi sulle possibili modalità di svolgimento dei due giudizi. Problema che, in assenza di apposite regole, nelle sentenze delle Corti potrebbe trovare spunti di soluzione a valere anche per il futuro, nel quale queste situazioni sono destinate a riproporsi con sempre maggior frequenza.

E' auspicabile, comunque, che anche in questa particolare situazione, ad elevato rischio di conflitto¹¹, le Corti sapranno trovare un'occasione di dialogo, sebbene in caso di risposte tra loro divergenti si porranno problemi di metodo e di merito tutti da esplorare.

Ogni occasione di imbarazzo e incomprensione tra le Corti è destinata a venire meno se la Corte Costituzionale dovesse accogliere la terza questione posta dalla Corte di Napoli sull'illegittimità dell'art. 10 del d.lgs. n. 23 per eccesso di delega, su cui si dirà qualcosa più avanti (n. 5).

Mi sembra si possa dire, in conclusione, che la vicenda in commento rappresenta una risposta a quanti, ragionando dei vincoli procedurali e di merito ricavabili dalle sentenze nn. 269 del 2017 e 20 del 2019, manifestavano il forte timore che l'arresto della Corte potesse favorire il riaccentramento presso la Corte di ogni sindacato coinvolgente i valori fondamentali dell'ordinamento. Ed a quanti, ancora, si chiedevano se ci sarebbe mai stato un giudice comune che in caso di doppia pregiudizialità una volta rassicurato dalla propria Corte costituzionale che la norma interna non viola la propria Costituzione si sarebbe rivolto alla CGUE con una pregiudiziale, richiedendo una verifica dei poteri rispetto alla carta europea, così sospettando che lo spettro della tutela dei diritti fondamentali sia più intensa nella Carta sovranazionale rispetto a quella della Costituzione¹².

Manca, ancora, la risposta all'ulteriore interrogativo se il Giudice di Lussemburgo, ricevendo una richiesta di pregiudiziale su una norma nazionale di cui la Corte costituzionale ha già ritenuto la conformità a Costituzione si sentirà di affermare che questa è più fragile e meno perspicua della Carta europea; ma, a questo punto, si tratta solo di attendere.

3. Le questioni che la Corte d'appello di Napoli ripropone all'attenzione della Corte Costituzionale sono sostanzialmente quelle già poste dal Tribunale di Roma con

⁹ Tendenzialmente favorevoli, C. Amalfitano, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte Costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in www.osservatoriosullefonti.it n. 2/2019, 26; R. Conti, *Giudice comune*.

¹⁰ Così, A. Cosentino, *Doppia pregiudizialità*, il quale dà conto dei notevoli problemi cui dà luogo l'assenza di regole circa l'ordine di priorità delle questioni.

¹¹ Secondo F. Roselli, *Nota ..*, LDE, n. 1/2020, par. 1, la possibilità di contemporanee e magari contrastanti definizioni nappare piuttosto lontana considerati gli strumenti di comunicazione fra gli uffici, intesi alla «costruttiva e leale cooperazione». Di diverso avviso, R. Cosio, *Le ordinanze ..*, LDE 1/2020, secondo il quale in assenza di una corsia preferenziale presso la Consulta la scelta della Corte d'appello di Napoli potrebbe portare ad un conflitto tra le Corti.

¹² Il riferimento è a P. Gaeta, *La scala di Wittgenstein: dialogo tra Corti, giudice comune e primauté della Corte Costituzionale*, in www.giustiziainsieme.it, 16 ottobre 2019.

l'ordinanza del 26 luglio 2017 e dalle Corte affrontate e risolte con la sentenza n. 194.

Consapevole del precedente costituzionale, il giudice di merito ritiene, tuttavia, di poter offrire alla Corte elementi utili per rimeditarne le conclusioni.

Come già anticipato la Corte Costituzionale ha valutato, innanzi tutto, come non irragionevole la disparità di trattamento tra nuovi e vecchi assunti ed il deteriore regime di tutela contro il licenziamento ingiustificato delle «tutele crescenti» in quanto coerente con lo scopo esplicitato dal legislatore di favorire, per via della predeterminazione e dell'alleggerimento della tutela contro il licenziamento ingiustificato, l'assunzione a tempo indeterminato degli inoccupati.

La Corte d'appello di Napoli chiede alla Corte Costituzionale di rivalutare la questione alla luce del caso concreto nel quale, da un canto, la lavoratrice è stata assunta in virtù di una clausola sociale, cioè di un obbligo del datore e non della sua volontà eventualmente condizionata dalla scelta di politica occupazionale del legislatore promossa dalla Corte. Dall'altro, si verte nell'ambito di un licenziamento collettivo, non individuale, - com'era nel caso deciso con la sentenza n. 194 -, nel quale «il tempo viene sostanzialmente congelato in ragione della sincronicità della comparazione afferente a profili professionali omogenei esistenti in un comune complesso aziendale oggetto di simultaneo confronto»; e la concorrenza di due sistemi di tutela risulterebbe idonea ad orientare il potere di scelta del datore circa i lavoratori da licenziare verso i nuovi assunti, rispetto ai quali in termini economici è minore il rischio di soccombenza.

A prescindere da ogni altra considerazione, non è facilmente ipotizzabile che a così breve distanza dalla sentenza n. 194 la Corte possa tornare sui suoi passi ed attestarsi sulla diversa posizione della irragionevolezza della disparità di trattamento tra nuovi e vecchi assunti, tanto più dopo avere inciso in modo sostanziale sul sistema di tutela dei nuovi assunti per ricondurlo ad adeguatezza

A ben vedere, poi, nel riproporre la questione la Corte d'appello sembra focalizzare l'attenzione più sugli effetti della disparità di trattamento tra nuovi e vecchi assunti - abbondantemente dimostrata ponendo a confronto i risvolti lavoristici, previdenziali e processuali della tutela riservata ai nuovi assunti rispetto a quella goduta dai vecchi assunti - che sulla sua irragionevolezza. Non considerando, a prima vista, che la diversità di trattamento tra fattispecie identiche è il portato naturale di ogni mutamento di disciplina e che la ragionevolezza di questa diversità di trattamento va considerata, non con riguardo agli effetti che produce - che fungono, piuttosto, da presupposto di rilevanza della questione - ma con riguardo alla loro «causa»; vale a dire, avendo riguardo alle ragioni che sostengono la scelta legislativa di innovare alla disciplina previgente con la diversità di trattamento che ne deriva¹³.

Ad ogni buon conto, gli elementi che l'ordinanza valorizza ai fini di un ripensamento della Corte potrebbero non essere dirimenti.

¹³ Secondo F. Roselli, *Nota ...*, LDE, n. 1/2020, par. 4, l'intenzione del legislatore del 2015 è stata quella di proteggere l'aspettativa alla tutela reintegratoria maturata dai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015; e spetterà alla Corte stabilire se questa protezione dell'affidamento sia in linea con il canone di ragionevolezza e con il principio di eguaglianza fra lavoratori della stessa impresa assoggettati alla stessa procedura di licenziamento collettivo.

Il fatto che nel caso concreto l'assunzione sia avvenuta per un obbligo di legge, anziché per libera determinazione del datore di lavoro, non sembra poter influire sulla valutazione di ragionevolezza di una disposizione destinata a valere in generale; la quale, peraltro, introducendo condizioni di miglior favore rispetto al passato per il datore che assume vale anche a favorire e promuovere l'assolvimento degli obblighi di assunzione, con ciò contribuendo comunque a realizzare le finalità del legislatore.

Quanto, poi, al diverso contesto in cui si produce la diversità di trattamento, quello di un licenziamento collettivo, non v'è dubbio che si tratta del contesto in cui la diversità di trattamento si manifesta con maggior evidenza e maggior impatto sull'interprete. Si tratta, tuttavia, di maggior evidenza e maggior impatto degli «effetti» della disposizione, che, richiamando quanto detto sopra, non è scontato possa incidere sulla valutazione di ragionevolezza della disposizione che li produce. Considerazione cui può aggiungersi che anche nel contesto di un licenziamento individuale la disparità di trattamento può manifestarsi con la stessa evidenza e lo stesso impatto; si pensi al caso del licenziamento per giustificato per giustificato motivo oggettivo plurimo o al licenziamento per concorso nell'illecito disciplinare in cui siano coinvolti nuovi e vecchi assunti: situazioni rispetto alle quali la ragionevolezza della scelta del legislatore può considerarsi già positivamente vagliata dalla sentenza n. 194.

Anche le considerazioni per cui nel contesto di un licenziamento collettivo il datore di lavoro, tenuto conto dei minori costi dell'eventuale errore, potrebbe orientare la scelta dei licenziandi sui nuovi assunti, meno tutelati, attengono agli effetti della nuova disciplina, piuttosto che alla sua ragionevolezza. Peraltro, la prospettazione di queste ricadute della nuova disciplina procede da considerazioni circa la condotta datoriale di cui non è scontata la correttezza alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*, potendo assumere maggior rilievo, in contrario, l'interesse del datore licenziare i vecchi assunti, più tutelati e normalmente più onerosi. Senza trascurare che per i casi in cui la scelta datoriale risulta in concreto determinata dal regime di minor tutela del lavoratore il licenziamento potrebbe essere ritenuto nullo per motivo illecito determinante o perché discriminatorio.

Venendo alla seconda questione posta alla Corte dall'ordinanza di Napoli - l'inadeguatezza della tutela contro il licenziamento ingiustificato riservata ai nuovi assunti -, si tratta ancora di questione già posta dall'ordinanza del tribunale di Roma e sulla quale non è facile ipotizzare che la Corte si discosti dalla decisione assunta con la sentenza n. 194; che, com'è noto, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3, co. 2, del d.lgs. n. 23 nella parte in cui disponeva che l'indennizzo economico spettante al lavoratore in caso di licenziamento individuale ingiustificato dovesse essere determinato dal giudice tra il minimo e il massimo previsto in misura fissa, dipendente solo dall'anzianità di servizio, anziché, secondo quanto in motivazione, dall'anzianità di servizio e dagli altri criteri desumibili in chiave sistematica dall'evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti

occupati, dimensioni dell'attività economica comportamento e condizioni delle parti).

La novità della questione posta dall'ordinanza di Napoli consiste nel fatto che il principale parametro di costituzionalità invocato dal giudice è costituito dalla norma interposta dell'art. 30 della Carta dei diritti. E questo sull'assunto che, vertendosi nel caso di specie in ambito di licenziamento collettivo - disciplinato da normativa derivata dell'Unione (dir. 20 luglio 1998, n. 98/59/CE) -, non vi sarebbero quegli ostacoli all'applicabilità dell'art. 30 della Carta dei diritti che la Corte ha ravvisato, sulla base dell'art. 51 della Carta, nel caso deciso con la sentenza n. 194, nel quale si verteva in ambito di licenziamento individuale, materia sulla quale l'Unione non ha esercitato alcuna competenza.

Viene da chiedersi, innanzi tutto, se ed in che termini la Corte deciderà di prendere in esame la questione, considerato che della stessa è *contemporaneamente* investita anche la CGUE, cui naturalmente compete risolvere i problemi di interpretazione del diritto UE, ed il conseguente rischio di un contrasto di pronunce.

D'altro canto, non è facilmente ipotizzabile che la Corte, quand'anche ritenesse di poter assumere l'art. 30 della Carta a parametro di legittimità dell'art. 10 d.lgs. n. 23, pervenga a conclusioni difformi da quelle cui è pervenuta nella sentenza n. 194.

Anche nella prospettiva della Corte d'appello di Napoli, infatti, ciò che dà concreta sostanza alla previsione dell'art. 30 della Carta è l'art. 24 della Carta sociale europea nel significato ricavabile dalle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, che ne rappresenta il «substrato .. che prescinde dall'integrazione eteronoma degli interventi rimessi ai singoli stati, in quanto idoneo di per sé quale limite esterno che condiziona la potestà normativa».

Ma sulla rilevanza e gli effetti dell'art. 24 della Carta sociale ed il valore delle decisioni del Comitato la Corte si è già compiutamente espressa nella sentenza n. 194, confermando, da un canto, il valore di parametro interposto della Carta e del suo articolo 24 (cfr. già C.Cost. n. 120 del 2018) alla cui stregua la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del sistema di tutela dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 nei termini già detti, perché non idoneo a garantire adeguato ristoro al concreto pregiudizio subito dal lavoratore e privo di efficacia dissuasiva; dall'altro, escludendo il carattere vincolante delle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali pur riconoscendone l'«autorevolezza».

4. Le questioni proposte alla CGUE dal tribunale di Milano e dalla Corte d'appello di Napoli sono a loro volta in buona parte sovrapponibili a quelle già decise - in modo ritenuto non condivisibile – dalla sentenza n. 194 della Corte costituzionale¹⁴.

¹⁴ Si tralascia in questa nota, dedicata ai problemi relativi alla tutela contro il licenziamento collettivo, l'esame dell'ordinanza del tribunale di Milano nella parte in cui il tribunale chiede alla CGUE, in relazione all'art. 1, co. 2, del d.lgs. n. 23 se i principi di parità di trattamento e non discriminazione fissati dalla clausola 4 dell'Accordo allegato alla direttiva 99/70 CE ostino ad una normativa nazionale che preveda per i lavoratori il cui contratto a tempo determinato è stato convertito a tempo indeterminato dal 7 marzo 2015 una tutela contro il licenziamento ingiustificato meramente indennitaria a fronte della tutela reintegratoria prevista a favore dei lavoratori con pari anzianità di servizio assunti a tempo indeterminato prima del 7 marzo. Secondo R. Cosio, *Le ordinanze ..*, LDE 1/2020, par. 2, anche nel caso in esame il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia appare la via preferibile: vuoi perché l'evoluzione

Entrambi i giudici di merito chiedono alla CGUE se dall'art. 30 della Carta derivi a carico degli Stati membri il vincolo di approntare una tutela contro il licenziamento ingiustificato connotata dai caratteri dell'effettività, proporzionalità, efficacia e dissuasività e di precisare il livello di tutela tenendo conto dell'art. 24 della Carta sociale europea - richiamata dalle Spiegazioni alla Carta - come risultante dalle decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali, in misura tale da garantire ai lavoratori una tutela soddisfacente piena o tendenzialmente tale delle conseguenze economiche derivanti dalla perdita del lavoro¹⁵. E chiedono ancora, ancora, se gli artt. 20, 21, 34 e 47 della Carta ostino ad una normativa nazionale che prevede per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 coinvolti in una procedura di licenziamento collettivo illegittimamente licenziati per violazione dei criteri di scelta una tutela meramente indennitaria, determinata in via prioritaria sulla base dell'anzianità di servizio, a fronte della tutela reintegratoria riconosciuta agli assunti prima del 7 marzo.

I giudici rimettenti, consapevoli dell'orientamento della CGUE per cui le disposizioni della Carta sono invocabili ai sensi dell'art. 51, par. 1, solo laddove la normativa nazionale rientri nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, ritengono che le questioni sulle quali chiedono l'intervento della CGUE soddisfino tale presupposto perché si pongono nell'ambito di un licenziamento collettivo, oggetto della disciplina derivata dell'Unione - la direttiva 98/59/CE del 20 luglio 1998¹⁶.

Nel giudizio costituzionale deciso con la sentenza n. 194, dopo avere ricordato che la Carta può essere invocata nei casi in cui trovi attuazione il diritto dell'Unione ed avere escluso che a tal fine sia sufficiente che si verta in un settore nel quale l'Unione è competente se l'Unione non ha in concreto esercitato la sua competenza, la Corte aveva escluso di poter tenere in considerazione l'art. 30 della Carta ai fini di valutare l'adeguatezza della tutela dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 in quanto nella materia del licenziamento individuale l'Unione non ha esercitato la competenza prevista dall'art. 153, par. 2, lett. d), del TFUE¹⁷.

Ma in un passaggio della motivazione la Corte fa un riferimento alla materia del licenziamento collettivo che lascia intendere che la conclusione avrebbe potuto essere diversa se a venire in questione fosse stato un licenziamento collettivo, su cui l'Unione ha esercitato la sua competenza con la direttiva 98/59 CE.

dell'oggetto del rinvio pregiudiziale comporta oggi che la Corte effettui una valutazione diretta di compatibilità della norma interna rispetto a quella dell'ordinamento europeo secondo uno schema simile a quello del sindacato di legittimità costituzionale, con effetti vincolanti per tutti gli Stati membri; vuoi perché si fanno sempre più strada nel ragionamento della Corte le finalità sociali della legislazione europea, che, pur dovendosi bilanciare con le finalità economiche, in alcuni casi potrebbero anche prevalere.

¹⁵ Sulla questione se l'art. 30 della Carta esprima un diritto o un principio ai sensi e per gli effetti degli artt. 51 e 52 della Carta v. R. Cosio, *La sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale e l'ordinamento complesso*, in *LDE*, 1/2019.

¹⁶ Sul tema dei limiti all'operatività della Carta fissati dall'art. 51, par. 1 e sull'interpretazione che della CGUE, v. R. Cosio, *Il diritto antidiscriminatorio nell'ordinamento dell'Unione Europea. Un laboratorio per l'evoluzione del diritto del lavoro in ambito europeo*, in www.europeanrights.eu, 17 febbraio 2017, in particolare ai parr. 3, 4 e 5.

¹⁷ Di diverso avviso è il Tribunale di Milano secondo cui il diritto alla tutela dell'art. 30 opererebbe «a tutela di tutte le tipologie di licenziamento stante la competenza dell'Unione ad intervenire con propri atti normativi su tale materia per effetto dello specifico rinvio contenuto nell'art. 153, par. 1, lett. d), del TFUE».

Sarà interessante verificare a quali conclusioni perverrà in questo caso la CGUE, considerato che sulla nozione di disciplina di «attuazione del diritto dell'Unione» (cfr. art. 51 *cit.*) la sua giurisprudenza non appare sempre lineare¹⁸.

La direttiva 98/59 CE non contiene disposizioni o prescrizioni minime, qualitative e quantitative, sulla tutela contro il licenziamento collettivo illegittimo, ma esclusivamente disposizioni sull'informazione e la consultazione e la procedura di licenziamento collettivo, disposizioni, cioè, di tutela procedurale; non può dirsi, dunque, che la nuova disciplina delle conseguenze del licenziamento collettivo illegittimo introdotta dall'art. 10 del d.lgs. n. 23 ne costituisca un'«attuazione» in senso stretto.

Tuttavia, come osservano i giudici rimettenti, l'inadeguatezza della tutela approntata dall'art. 10 potrebbe riverberarsi *ab initio* sul corretto svolgimento della procedura, influenzando in modo determinante sull'individuazione e sull'applicazione dei criteri di selezione dei licenziandi, finendo così per indebolire l'efficacia delle disposizioni procedurali della direttiva e dell'azione di rafforzamento della tutela dei lavoratori che ne costituisce lo scopo; con la conseguenza che le disposizioni dell'art. 10 del d.lgs. n. 23, pur non attenendo strettamente all'oggetto della direttiva n. 98/59 CE, risulterebbero attratte nella sua orbita regolativa per il fatto di poterne condizionare gli effetti.

Se la CGUE ritenesse di poter esaminare le questioni interpretative sollevate dalle ordinanze in commento alla luce degli artt. 20, 21 e 30 della Carta la CGUE si troverebbe alle prese con profili di notevole delicatezza.

Innanzitutto, la valutazione circa la disparità di trattamento o la discriminazione tra nuovi e vecchi assunti è destinata a svolgersi in relazione ad una nuova disciplina legislativa di tutela contro il licenziamento ingiustificato, destinata a valere in generale per tutti i nuovi assunti, con la dichiarata finalità di promuovere la stipula di contratti a tempo indeterminato. Finalità di politica occupazionale già riconosciuta ed avallata dalla Corte Costituzionale, e che i giudici remittenti chiedono alla CGUE di disattendere non fermandosi al mero riscontro di congruenza «testuale» tra nuova disciplina e obiettivo che il legislatore dichiara di voler perseguire, come ha fatto la Corte¹⁹, ma spingendosi a valutare la congruenza «in concreto» di tale scelta; verificando, cioè, se la riduzione delle tutele contro il licenziamento ingiustificato possa effettivamente portare ad un aumento dell'occupazione.

¹⁸ Di «vistose oscillazioni» parla A. Ruggeri, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurare la efficacia ed effettività*, in www.questionegiustizia.it, 16 marzo 2018.

¹⁹ Sul punto la Corte Costituzionale ha affermato: «non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può avere conseguito». Posizione difficilmente contestabile per chi ritiene che la discrezionalità del legislatore sia cosa diversa dalla discrezionalità amministrativa e che la «non irragionevolezza» della scelta di modulare temporalmente l'applicazione di una nuova disciplina comporti l'illegittimità costituzionale di scelte legislative che siano a prima vista «irragionevoli» non semplicemente discutibili. E' rimasto, peraltro, del tutto trascurato nella valutazione della Corte circa la «non irragionevolezza» della scelta legislativa il profilo della tutela dell'aspettativa dei vecchi assunti, il cui regime di tutela era già stato modificato meno di tre anni prima, con la l. n. 92 del 2012, e che, pertanto, il legislatore ha ritenuto opportuno non assoggettare ad una modifica ulteriore, rinvenendo nel fine dell'intervento la ragione che ne rendeva «proporzionata» l'applicazione solo ai nuovi assunti.

In secondo luogo, e ancora, le questioni aventi ad oggetto il livello di tutela garantito dall'art. 30 della Carta e la rilevanza al fine dell'art. 27 della Carta sociale europea e delle decisioni del Comitato impegnano la CGUE in un ambito - la definizione dei contenuti della tutela -, che non le compete e su cui l'Unione non ha finora ritenuto di dettare alcuna disciplina, a forte rischio, perciò, di invasioni di campo. Senza trascurare che anche l'adeguatezza del nuovo sistema di tutela ha già costituito oggetto del sindacato della Corte Costituzionale, che l'ha condotto tenendo in considerazione anche la normativa sovranazionale invocata nelle ordinanze in commento (art. 27 Carta sociale europea) pervenendo, anche per tale via, a correggerne il funzionamento.

5. Invertendo a prima vista l'ordine delle questioni la Corte d'appello di Napoli solleva per ultima, in ordine espositivo, la questione di costituzionalità dell'art. 10 del d.lgs. n. 23 con riferimento agli artt. 3, 4, 35, 76, 117 «nella parte in cui ha introdotto in assenza di una specifica attribuzione normativa e comunque in violazione dei principi e dei criteri direttivi della legge delega una disciplina sanzionatoria per i licenziamenti collettivi, statuendo un modello sanzionatorio in contrasto con i principi e i diritti fondamentali dell'Unione e con le Convenzioni internazionali»²⁰.

Depurata dei riferimenti ad alcune disposizioni costituzionali che non appaiono pertinenti, la questione pone alla Corte l'interrogativo se il Governo, modificando il regime di tutela contro i licenziamenti collettivi illegittimi, abbia ecceduto i limiti della delega conferitagli dal Parlamento con l'art. 1, co. 7, lett. c), della l. n. 183 del 2014 (cd. *Jobs Act*), che allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro lo autorizzava a introdurre per i nuovi assunti il «contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

Si tratta di una questione che ha carattere preliminare ed assorbente rispetto alle due precedenti questioni poste alla Corte e che, se accolta, potrebbe determinare la cessazione della materia del contendere anche nel procedimento avanti la CGUE.

La Corte d'appello argomenta sulla non manifesta infondatezza della questione richiamando, innanzi tutto, i pareri resi dalle Commissioni parlamentari sullo schema di decreto trasmesso dal Governo prima dell'approvazione, in particolare il parere della Commissione Lavoro pubblico e privato (XI^A) della Camera dei deputati che ha «condizionato» il suo parere favorevole al mantenimento in vigore per i licenziamenti collettivo del previgente regime di tutela dell'art. 5, co. 3, della l. n.

²⁰ Sulla difficoltà di cogliere un orientamento netto della giurisprudenza costituzionale in tema di eccesso di delega, cfr. F. Roselli, *Nota ..*, LDE n. 1/2020, par. 6, secondo il quale, dunque, è difficile, se non impossibile, azzardare una previsione sull'esito della questione di costituzionalità in parola.

223 del 1991. E, a conferma dei suoi dubbi, di eccesso di delega evoca la circostanza che la giurisprudenza di legittimità abbia riservato l'uso dell'espressione «licenziamento economico» alle ipotesi di recesso individuale per motivo oggettivo. Anche in questo caso, come spesso accade allorché si tratta di stabilire se il Governo abbia ecceduto i limiti della delega del Parlamento, la soluzione del problema non è scontata.

Il parere della Commissione parlamentare, salva diversa previsione della legge di delegazione, non è vincolante per il Governo. Indubbiamente, però, i rilievi della Commissione lavoro della Camera sull'estraneità del tema del licenziamento collettivo dal dibattito parlamentare sulla legge delega (n. 183 del 2014, cd. *Jobs Act*), tutto incentrato sul licenziamento individuale, possono avere un peso nella valutazione della Corte circa l'oggetto della delega.

Minor peso a questo fine sembra invece avere l'utilizzo dell'espressione «licenziamenti economici», espressione sintetica, a-tecnica, che con consta sia interpretata in senso univoco nella giurisprudenza di legittimità, e nel cui significato è difficile non considerare inclusi i licenziamenti collettivi, la cui causale coincide con quella dei licenziamenti individuali per ragioni economiche, le ragioni, cioè, inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento. Vale da ultimo la pena di osservare che già nel parere della Commissione lavoro della Camera si prospettava il profilo di incompatibilità dell'art. 1 del d.lgs. n. 23 con il diritto UE poi sviluppato nelle ordinanze di rimessione in commento, anche se sotto l'aspetto del condizionamento del potere di scelta dei licenziandi da parte del datore di lavoro; che, comunque, è uno degli aspetti considerati e rilevanti nella procedura di informazione e consultazione della direttiva 98/59/CE.

Nel contestare nel merito la scelta del Governo di includere nel regime delle «tutele crescenti» anche il licenziamento collettivo, la Commissione lavoro della Camera ha, infatti, giustificato la sua valutazione con l'indebolimento che l'estensione del regime delle «tutele crescenti» avrebbe comportato per il ruolo della contrattazione collettiva e delle procedure di confronto con le associazioni sindacali nella gestione dei licenziamenti collettivi.