



Lavoro e Diritti sociali

Licenziamento illegittimo. La reintegrazione torna al centro della scena?

di [Paola Belsito](#) [Lorenzo Zoppoli](#)

27 aprile 2021

Licenziamento illegittimo. La reintegrazione torna al centro della scena?

Commenti a Corte cost. n. 59/2021 a cura di Luigi Di Paola e Lorenzo Zoppoli

Con la sentenza 59/2021 la Corte costituzionale assesta un primo colpo alla “riforma Fornero” sui licenziamenti. E’ l’ennesima decisione d’incostituzionalità sulle innovazioni legislative avvenute in materia del nuovo millennio. Gli autori dei due commenti s’interrogano sulla portata di questa decisione, con un occhio al quadro generato dalle diverse pronunce e uno sguardo allo scenario che attende l’interprete della disciplina del Jobs Act.

Luigi Di Paola

Per la Corte costituzionale la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro è “doverosa” nell’ipotesi di “manifesta insussistenza del fatto”

Sommario: 1. Perché la reintegrazione (o no) del lavoratore ingiustamente licenziato? – 2. L’intervento riformatore attuato con la legge “Fornero”: prove di tecnica legislativa – 3. Come “può” interpretarsi la parola “può”? – 4. La giurisprudenza della Suprema Corte – 5. La sentenza della Corte costituzionale – 6. Alla ricerca della volontà del legislatore – 7. L’effetto di

“trascinamento” del principio di uguaglianza.

1. Perché la reintegrazione (o no) del lavoratore ingiustamente licenziato?

Vi è stato un tempo in cui la mera previsione di un prezzo del licenziamento ingiustificato è stata ritenuta misura non congrua a compensare il lavoratore del torto subito. Il dibattito, come è noto, si svolse sul terreno di un concettualismo giuridico, per così dire, “qualificato”, poiché pervaso dalla vitalità dei principi costituzionali che andavano progressivamente affermando, in concreto, la naturale forza capace di condizionare, anche in ambiti governati da precetti programmatici, la disciplina dei vari fenomeni sociali. Si pervenne così alla conclusione che il lavoratore licenziato ingiustificatamente in aziende di determinate dimensioni avesse il diritto – attese le numerose implicazioni derivanti dalla perdita di lavoro – di continuare a prestare la propria opera alle dipendenze del datore che fosse caduto in un errore di valutazione nell’adozione dell’iniziativa, non essendovi ragione di convalidare una cessazione del rapporto che, in fondo, neppure il datore medesimo avrebbe voluto ove non fosse incorso nell’errore in questione. Sennonché la purezza (o la ingenuità) di quel ragionamento non si rivelò idonea a dipanare le complicazioni del mondo reale, che irrompeva con segnali ben nitidi a richiamare l’attenzione sulla sostanziale scarsa credibilità del costruito ideologico. Ed infatti, secondo un’impostazione empirica, la ingiustificatezza (o il suo contrario) non poteva efficacemente cogliersi aprioristicamente su di un piano astratto, ma andava soppesata in base a contingenze fattuali – quali, ad esempio, i tempi di svolgimento dei processi, la misura delle abilità nella delineazione delle strategie difensive, l’esito più o meno fortunoso dell’attività di ricerca delle prove utili, ecc ... – da cui sarebbe poi derivato un giudizio, comunque umano, in ipotesi non condiviso e, quindi, suscettibile di esser eventualmente vanificato da altro giudizio, altresì umano (benché frutto di più menti pensanti), nel corso di lunghi anni, in un irrequieto incedere dominato dall’incertezza. Si rafforzò quindi il convincimento che il processo – nel suo concreto atteggiarsi – non potesse garantire quel rapido ed incontrovertibile accertamento della ingiustificatezza (o del suo contrario) corrispondente alla sua proiezione ideale, sì da ingenerare la consapevolezza che l’esigenza di oculata programmazione che deve presiedere all’attività di impresa non potesse trovare adeguato soddisfacimento in un contesto di opacità – procrastinabile anche per lungo tempo – determinata dalle numerose variabili del processo stesso.

2. L'intervento riformatore attuato con la legge "Fornero": prove di tecnica legislativa

Il legislatore della prima riforma non ha optato per una netta inversione di rotta rispetto al passato, e, incline ad operare con quella gradualità che è suggerita dall'istintivo attaccamento alla tradizione e dalla necessità di prevenire reazioni eccessive dei nostalgici, non ha eliminato l'istituto della reintegra, ma ne ha limitato l'ambito di operatività, per di più confezionando, nell'area della ingiustificatezza, norme destinate a conferire all'istituto stesso il valore di una sanzione quasi di taglio penalistico.

Ed infatti non ha guardato tanto – come in diverse e più gravi ipotesi che conducono alla nullità meritevole della tutela più ampia – alle ripercussioni negative del licenziamento ingiustificato sulla sfera del lavoratore, quanto alla gravità della condotta ascrivibile al datore.

La reintegrazione, quindi, pur integrando una misura ristoratrice del danno patito dal lavoratore, ha finito anche per ergersi a pena per il datore intimante un licenziamento "palesamente" ingiustificato.

La eloquente e sintetica espressione (di romanesco sapore) – coniata da mente acuta all'indomani della riforma – del "torto marcio", evoca plasticamente l'idea del licenziamento irrogato con grave colpa (se non addirittura con dolo) dal datore, ai limiti della pretestuosità.

Era comunque ben chiaro che la descritta nota negativa della condotta datoriale dovesse poter essere stigmatizzata con riguardo ad entrambe le categorie classiche di licenziamento individuale, quello disciplinare e quello per giustificato motivo oggettivo, non essendovi alcuna plausibile ragione per operare differenziazioni di sorta.

Sia l'una che l'altra forma di licenziamento sono infatti regolate da norme (anche di diritto "vivente" forgiato da incursioni giurisprudenziali via via cristallizzatesi nel tempo) che ne disciplinano condizioni e presupposti, la cui violazione consente di ravvisare quella medesima gravità di condotta (che prescinde ovviamente dalla diversità dei presupposti sottesi ai due licenziamenti, che assumono al riguardo valenza neutra) che il legislatore si è premurato di configurare nella ricorrenza della (pur con due diverse gradazioni, per come si vedrà) "insussistenza del fatto".

Ovviamente anche tale impostazione è stata dominata dall'illusione che quell'insussistenza potesse essere considerata un'entità reale ed incontrovertibile, si da farsi apprezzare addirittura con maggior evidenza ove resasi, nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, "manifesta".

Ma dovendo la realtà dei fatti misurarsi sempre con la verità processuale, ci si è ben presto dovuti rassegnare all'idea che quella insussistenza potesse rivelarsi tale solo all'esito del processo mediante un accertamento condizionato dalla ordinaria dinamica dell'istruttoria e da imprevisti tecnici di vario tipo, nonché – quanto a quella “manifesta” – dalla complessità dello scenario emergente nel corso ed all'esito della prova.

Rimane ad ogni modo il fatto che, a fronte di due condotte egualmente manchevoli e riconducibili ad intenti di medesima intensità lesiva, il legislatore ha inteso mostrare maggiore clemenza, nei confronti del datore, nei casi di licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo.

Ed infatti, nel regolamentare la reintegra in tale ambito, ha affiancato alla locuzione “manifesta insussistenza del fatto”, che segna il presupposto di ammissibilità della reintegra stessa, il termine “può”, che letteralmente sembra sottrarre l'ordine del giudice dal vincolo di doverosità.

Sicché, stando alla dicitura della norma, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo avrebbe potuto condurre alla reintegra solo ove la condotta datoriale fosse risultata estremamente grave, per essere il fatto addotto a base del licenziamento insussistente in modo manifesto, e solo ove il giudice avesse ritenuto di disporre la reintegra stessa.

Il che, però, celava l'evidente incoerenza di fondo imperniata sulla concessione al giudice di una ampia libertà di manovra a fronte di una gravità di condotta del datore maggiore di quella in presenza della quale il giudice stesso avrebbe invece dovuto, a fronte di un licenziamento disciplinare illegittimo, disporre la reintegra.

3. Come “può” interpretarsi la parola “può”?

Nella filosofia dell'interpretazione si fronteggiano, da sempre, due impostazioni: quella secondo cui l'interpretazione letterale, quando il dato è chiaro, surclassa quella fondata sugli altri noti criteri, e quella incentrata sull'utilizzo variamente combinato dei criteri stessi, per cogliere la effettiva volontà del legislatore, soprattutto allorquando la lettera della legge esprima un significato non coerente con il sistema normativo di immediato riferimento.

Vi è che i fautori della prima impostazione ebbero, di quella “parolina” non priva di insidie, a valorizzarne il significato naturale, senza però indugiare troppo sui criteri che avrebbero dovuto guidare il giudice nell'esercizio di quella piena discrezionalità.

I sostenitori della seconda, invece, liquidarono la questione sostenendo che quel “può” andava letto come “deve”, sulla base di una interpretazione sistematica e/o funzionale sorretta anche dal comune senso di ragionevolezza; in buona sostanza, la volontà del legislatore non avrebbe potuto, nel caso, essere colta dal senso letterale del termine, da considerarsi il risultato di un tocco di penna “sfortunato”.

In realtà, le argomentazioni tecniche per sostenere che quel “può” potesse essere letto come “deve” erano diverse: a) non di rado il legislatore usa il termine “può” come sinonimo di “deve” (cfr., per un esempio illustre, l’art. 1421 c.c.); b) l’art. 18, comma 7, st.lav., ammette la tutela indennitaria solo “nelle altre ipotesi” in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo, ossia quelle diverse dalla “manifesta insussistenza del fatto”; c) allorquando il legislatore ha voluto conferire al giudice un potere discrezionale, ha egli stesso fissato i criteri, pur orientativi, per il relativo esercizio.

4. La giurisprudenza della Suprema Corte

In un primo tempo la Suprema Corte^[1] ha optato per la obbligatorietà della reintegra, emettendo poi una sentenza – portatrice, facendo perno sul dato letterale, del mutamento di indirizzo^[2] – cui hanno fatto seguito due pronunzie conformi^[3] ed una difforme^[4].

Nella sentenza in questione si affermava, nella sostanza, che il giudice può disporre la misura a condizione che essa sia, al momento di adozione del provvedimento giudiziale, sostanzialmente compatibile con la struttura organizzativa dell’impresa e, dunque, non eccessivamente onerosa, secondo il principio generale dell’art. 2058 c.c.

Sennonché, in punto di diritto avrebbe potuto replicarsi che: a) l’art. 2058 c.c., prevedendo un risarcimento per equivalente a quello in forma specifica, si riferisce ad un danno istantaneo, onde non è esportabile nell’area del licenziamento illegittimo sanzionato con tutela reale, non essendo l’indennità un bene equivalente al posto di lavoro; b) salvo i casi in cui la posta risarcitoria è predeterminata convenzionalmente dalle parti in misura eccessiva, al giudice, in via generale, non è dato ridurre l’entità del risarcimento se ciò non è previsto in modo chiaro dalla legge sulla base di criteri ragionevoli; c) la valutazione giudiziale sulla “salute” dell’azienda presuppone un sindacato ben più penetrante di quello inteso a verificare – e, proprio perciò, da sempre escluso – la bontà della scelta aziendale volta al riassetto organizzativo.

In punto di opportunità e di gestione delle controversie era intuibile che non sarebbe stato agevole per il giudice di merito districarsi tra i tanti ipotizzabili parametri alla cui stregua giudicare la “compatibilità”, non potendo neppure escludersi che le varie sensibilità dei giudici esprimibili nell’apprezzamento dell’eccessiva onerosità avrebbero potuto determinare soluzioni diversificate in presenza di situazioni identiche; senza contare, poi, che il possibile capovolgimento degli esiti del giudizio da un grado all’altro sarebbe venuto a dipendere spesso anche dal mutamento di una situazione di fatto in corso d’opera, con buona pace della linearità e speditezza del processo, potendo fondarsi l’impugnazione del datore su una mera “previsione” di difficoltà economica al momento di emissione della sentenza di appello.

Inoltre non era neppure scontata la “cogenza” del criterio dettato dalla Suprema Corte, con possibile divergenza di vedute non solo sulla esatta portata del criterio stesso, bensì sull’utilizzo e combinazione di ulteriori criteri ritenuti concorrenti.

Tale complicato scenario, tuttavia, è rimasto solo nell’immaginazione...

5. La sentenza della Corte costituzionale

La questione è giunta alla Consulta con una articolata ordinanza di rimessione ad opera del giudice di Ravenna, sul necessario presupposto che l’interpretazione letterale del “può” fosse quella “giusta”, tenuto conto anche del diritto vivente consacrato da una maggioranza (pur esigua) di tre pronunzie di legittimità a due.

La Corte, sulla premessa che «La molteplicità dei possibili rimedi contro i licenziamenti illegittimi e l’assenza di soluzioni costituzionalmente vincolate non escludono che le difformità tra i regimi di tutela debbano essere sorrette da giustificazioni razionali e non sottraggono le scelte adottate dal legislatore al sindacato di questa Corte», ha dichiarato fondata la questione per violazione dell’art. 3 Cost., sul principale rilievo che il carattere meramente facoltativo della reintegrazione rivela una disarmonia interna al peculiare sistema delineato dalla legge n. 92 del 2012 e viola il principio di eguaglianza.

Infatti, secondo la valutazione discrezionale del legislatore, «l’insussistenza del fatto – sia che attenga a una condotta di rilievo disciplinare addebitata al lavoratore sia che riguardi una decisione organizzativa del datore di lavoro e presenti carattere manifesto – rende possibile una risposta sanzionatoria omogenea, che è quella più energica della ricostituzione del rapporto di lavoro. In un sistema che, per consapevole scelta del legislatore, annette rilievo al presupposto

comune dell'insussistenza del fatto e a questo presupposto collega l'applicazione della tutela reintegratoria, si rivela disarmonico e lesivo del principio di eguaglianza il carattere facoltativo del rimedio della reintegrazione per i soli licenziamenti economici, a fronte di una inconsistenza manifesta della giustificazione addotta e del ricorrere di un vizio di più accentuata gravità rispetto all'insussistenza pura e semplice del fatto».

Resta quindi fermo 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. 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. (sentenza n. 41 del 2003, punto 2.1. del Considerato in diritto). Tali elementi comuni alle fattispecie di licenziamento poste a raffronto dal rimettente, valorizzati dallo stesso legislatore nella previsione di una identica tutela reintegratoria, privano di una ragione giustificatrice plausibile la configurazione di un rimedio meramente facoltativo per i soli licenziamenti economici».

Il che dovrebbe equivalere a dire che, ove due fatti presentino la stessa gravità, l'identico meccanismo sanzionatorio debba essere ragionevolmente lo stesso anche in punto di obbligatorietà della sua applicazione, giacché il contrario significherebbe ammettere, in alcuni casi, la non operatività del meccanismo stesso; dovrebbe anche conseguirne, in astratto, che l'ipotesi di un allineamento in direzione inversa, che ponga la facoltatività quale termine di raffronto dell'eventuale equiparazione, sia da scartare, poiché incompatibile con la misura della "gravità" prefigurata dal legislatore con la previsione della forma di tutela più intensa, che offre la misura "standard", anche quanto all'obbligatorietà della sua applicazione, della reazione dell'ordinamento.

La Corte, peraltro, non si è limitata a ragionare sulla norma scritta, ma ha esteso la sua disamina alla norma "integrata" dalla Cassazione, concludendone che «È sprovvisto di un fondamento razionale anche l'orientamento giurisprudenziale che assoggetta a una valutazione in termini di eccessiva onerosità la reintegrazione dei soli licenziamenti economici, che incidono sull'organizzazione dell'impresa al pari di quelli disciplinari e, non meno di questi, coinvolgono la persona e la dignità del lavoratore».

Infatti «[...] la diversa tutela applicabile – che ha implicazioni notevoli – discende [...] da un criterio giurisprudenziale che, per un verso, è indeterminato e improprio e, per altro verso, privo di ogni attinenza con il disvalore del licenziamento. Il mutamento della struttura organizzativa dell'impresa che preclude l'applicazione della tutela reintegratoria è riconducibile allo stesso imprenditore che ha intimato il licenziamento illegittimo e può dunque prestarsi a condotte elusive. Tale mutamento, inoltre, può intervenire a distanza di molto tempo dal recesso ed è pur sempre un elemento accidentale, che non presenta alcun nesso con la gravità della singola vicenda di licenziamento. È, pertanto, manifestamente irragionevole la scelta di riconnettere a fattori contingenti, e comunque determinati dalle scelte del responsabile dell'illecito, conseguenze di notevole portata, che si riverberano sull'alternativa fra una più incisiva tutela reintegratoria o una meramente indennitaria».

In buona sostanza la norma, nata irragionevole, lo è rimasta anche dopo.

6. Alla ricerca della volontà del legislatore

Anche il giudice delle leggi ha ritenuto che il legislatore abbia inteso investire il giudice della massima discrezionalità, per come emerge dal seguente passo della motivazione della sentenza: «L'elemento letterale è poi corroborato dalla *ratio legis*, così come si ricava dall'esame dei lavori preparatori. L'attuale formulazione scaturisce dalla mediazione tra opposte visioni, all'esito di un acceso dibattito parlamentare. Le critiche alle “disarmonie” della previsione censurata, emerse nel corso dell'approvazione del disegno di legge presentato dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, non hanno condotto alla reintroduzione della reintegrazione obbligatoria, pur proposta a più riprese».

Pare, pertanto, che nell'alternativa tra la reintegra obbligatoria e tutela indennitaria sia prevalsa una formula di compromesso congegnata in modo tale da responsabilizzare il giudice di una scelta interamente libera, sì da rimandare al momento applicativo la effettiva portata della norma.

Ma in tale situazione (profondamente diversa da quella che si verifica nella liquidazione dell'indennità risarcitoria nel sistema del “Jobs Act”, ove l'esercizio della discrezionalità attinge a collaudati criteri insiti nel sistema e si attua comunque “entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima”[\[5\]](#)), la ricerca della volontà del legislatore diventa opera assai ardua, poiché un

verosimile approdo è che, nel caso, si mirasse al “non perseguimento” di una via netta e lineare.

In tal quadro, la eliminazione della richiamata “parolina” non solo scongiura il rischio di interpretazioni irragionevoli della stessa, ma fa opera di “pulizia” nel sistema “giuridico”, la cui immanente razionalità, prodotta da un complesso di norme coerenti e finalisticamente comprensibili, è destinata ad un pericoloso indebolimento ove si procedesse ad interventi normativi non bilanciati rispetto al tutto.

7. L'effetto di “trascinamento” del principio di uguaglianza

Poiché la sentenza della Corte si fonda sul principio di eguaglianza e ragionevolezza, si tratta di valutare, ora, la portata dell'effetto di trascinamento del principio stesso, con riguardo all'impianto delineato dal “Jobs Act”, nell'ambito del quale la reintegra è stata eliminata nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, essendosi qui sciolta in modo netto quella originaria alternativa di cui parlavamo in precedenza, secondo il già richiamato principio di progressiva gradualità.

La sopravvivenza della reintegra è rimasta, quindi, nel predetto impianto, a sanzionare la condotta grave del datore nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, avendo qui la tradizione fatto sentire ancora il suo peso, forse in ragione del minor impatto statistico di tale tipologia di licenziamenti (al pari di quelli sanzionati con tutela reintegratoria piena) sulla totalità di quelli irrogati.

Potrebbe però sostenersi che nulla cambia tra una equiparazione difettosa, in punto di tutela, tra le due categorie di licenziamento individuale, in presenza di condotte parimenti gravi del datore, e una equiparazione “mancata”.

Potrebbe anzi affermarsi che nel secondo caso l'irragionevolezza è ancora più marcata, poiché il “può”, almeno, in concreto, avrebbe potuto in qualche caso condurre, nel sistema delineato dalla legge “Fornero”, alla reintegra.

Non è chiaro se la Corte, con l'affermazione che a decorrere dal 7 marzo 2015 «si dispiega la disciplina introdotta dal decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 [...], che si caratterizza per una diversa *ratio* e per un diverso regime di tutele», abbia voluto affermare implicitamente la non esportabilità dell'attuale ragionamento in altri ambiti.

Potrebbe così ritenersi che l'effetto di trascinamento debba operare solo ove il termine di raffronto sia di una certa consistenza e, quindi, non possa rinvenirsi in un'un'ipotesi residualissima (quale è quella del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato), sul rilievo che non basta una tutela maggiore di esigua applicazione a portare verso l'alto la tutela riservata ad altre ipotesi.

A tale riguardo, tuttavia, non dovrebbe agire in chiave assolutamente preclusiva la (già richiamata, alla nt. 5) sentenza n. 194 del 2018, ove la disparità di trattamento tra nuovi e vecchi assunti fu esclusa sulla base delle specifiche censure del rimettente, che non aveva sottoposto a critica la disciplina sostanziale del regime posto dal "Jobs Act", ma solo il criterio di applicazione temporale della stessa.

Quale sarà il futuro, ad ogni modo, si vedrà, dipendendo anche in parte da quale sarà l'approccio al sistema "giuridico".

Nell'impianto della legge "Fornero" l'equiparazione della tutela conduce a risultati coerenti in alcune ipotesi che potremmo definire "di confine".

Ad esempio, il licenziamento totalmente immotivato potrebbe considerarsi ingiustificato, conseguendone la reintegra, per insussistenza (certamente manifesta) del fatto – non interessa se di astratto rilievo disciplinare o organizzativo -, che non potrà in alcun modo essere provato in giudizio.

Nell'impianto del "Jobs Act" il passaggio non è invece così scontato, poiché non si conosce quale è il fatto (di rilievo disciplinare o organizzativo) dalla cui accertata insussistenza dipenderebbe il grado di tutela; potendo così pervenirsi all'eventualità che il silenzio, quale equivalente di massima gravità di condotta, possa risolversi sempre in una negazione della reintegra.

Il tutto sta a dimostrare che il sistema "giuridico" non soffre di staticità, ma si avviluppa in una tensione che richiede una gestione attenta dei vari fattori che ne assicurano l'equilibrio, alla quale contribuisce una adeguata considerazione del sistema stesso nella delicata fase di introduzione di nuove disposizioni nel tessuto normativo.

In difetto, occorrerebbe pensare ad una armonia del tutto nuova, che presuppone, però, una netta rottura con i ricordi del passato.

Corte costituzionale 59/21 e disciplina dei licenziamenti: piccone o scalpello?

Sommario: 1. Un segnale per la cultura giuridica lavoristica – 2. L'uguaglianza applicata alla manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo – 3. Attualità della sanzione reintegratoria e riflessi sul Jobs Act.

1. Un segnale per la cultura giuridica lavoristica

Con la pronuncia del 24 febbraio 2021 n. 59 – depositata il 1^a aprile – siamo al quarto intervento importante della Corte Costituzionale sulla riforma della disciplina dei licenziamenti maturata agli inizi del nuovo millennio (2012/2015)[\[1\]](#). Quest'ultima sentenza accoglie la questione di incostituzionalità sollevata dal Trib. di Ravenna con un'ordinanza del 7 febbraio 2020 riguardante l'art. 18 Stat. lav. come novellato dalla l. n. 92 del 2012. In particolare viene radicalmente rivisto l'art. 18 c. 7, che prevedeva un'opzione sanzionatoria binaria del licenziamento illegittimo rimessa ad una valutazione abbastanza “libera” del giudice. Secondo questa norma infatti dinanzi ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo basato su un “fatto” di cui avesse verificato la “manifesta insussistenza”, il giudice avrebbe potuto comunque optare per l'alternativa indennitaria in luogo della reintegrazione, senza alcuna precisa indicazione normativa su elementi e circostanze idonee a fondare la scelta sanzionatoria. Insomma un giudice arbitro pressoché assoluto di esiti radicalmente diversi dell'azione giudiziaria intrapresa dal lavoratore, messo così dinanzi ad una giustizia imprevedibile.

In questo difficile equilibrio normativo meno contava che la medesima imprevedibilità sanzionatoria gravasse pure in capo all'impresa: infatti si trattava in ogni caso di una possibilità *in più* fornita dal legislatore all'impresa che si fosse avventurata in un licenziamento per giustificato motivo oggettivo palesemente privo di un qualche elemento fattuale. Possibilità *in più* perché nella “contigua” fattispecie del licenziamento disciplinare il medesimo legislatore prevede la sanzione reintegratoria nel caso analogo di mera “insussistenza del fatto”, accertata la quale al giudice non resta da far altro che ordinare appunto la reintegrazione (art. 18 c. 4).

Se si hanno chiari i delicatissimi (e fragili) equilibri racchiusi nella c.d. riforma Fornero – primo stadio dell'ultima riforma dei licenziamenti[\[2\]](#) – non si possono aver dubbi sul tipo di segnale di politica del diritto proveniente da questa sentenza della Corte: la reintegrazione in caso di licenziamento carente di requisiti di legittimità non va affatto marginalizzata. Siamo dunque

dinanzi ad un altro autorevole stop al processo di “espulsione” della reintegrazione dal moderno diritto del lavoro.

Invece da sottoporre ad una più attenta valutazione mi sembrano due ulteriori aspetti della sentenza 59/2021: a) la coerenza argomentativa rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale sull'intera materia; b) l'emergere di una qualche linea ricostruttiva del sistema rivisitato dalla Corte che conduca ad assetti di una qualche maggiore solidità giuridica.

Nell'analisi non si deve poi a mio parere trascurare un ulteriore elemento di novità: è questa la prima sentenza che colpisce la riforma Fornero sotto il profilo dell'incostituzionalità. Molti altri interventi della giurisprudenza di merito o di legittimità hanno infatti corretto, seppure in modo non sempre univoco e lineare (com'è del resto inevitabile), gli equilibri leggibili inizialmente nel sofisticato mosaico regolativo contenuto nell' art. 18 novellato nel 2012. Come pure – già si è detto – in un paio di importanti occasioni la Corte costituzionale, chiamata tempestivamente a pronunciarsi, non ha tanto indugiato a correggere norme contenute nel secondo stadio della riforma dei licenziamenti di inizio millennio, cioè il d.lgs. 23/15, pezzo forte del c.d. Jobs Act. Questa distonia tipologica e cronologica negli interventi di ortopedia ordinamentale non possono non farci interrogare anche sulle ragioni di un crescente ruolo nella disciplina del licenziamento del giudice delle leggi rispetto a quello della giurisdizione ordinaria guidata, per quanto oggi possibile, dai guardiani della nomofiliachia. In questo quadro mi pare anche da chiedersi quanto, nella sua opera di armonizzazione della nuova disciplina dei licenziamenti ai principi della Carta del '48, la Corte costituzionale non stia procedendo a ritroso, forse costretta a rilevare anche nella legge 92/12 alcune macroscopiche antinomie sistematiche più visibili – e viste – nel d.lgs. 23/15.

Certo è che, pure riguardata dall'angolo visuale della Corte Costituzionale, la nuova disciplina dei licenziamenti non regge il confronto con quella novecentesca che l'ha preceduta, sebbene caratterizzata anch'essa da discutibili compromessi. Mai nel secolo scorso la Corte costituzionale aveva drasticamente bollato di contrasto con i principi costituzionali il sistema sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi, nonostante questa avesse conosciuto una evoluzione profondamente innovativa rispetto al codice civile snodatasi almeno in tre tappe (la l. 604/66; la l. 300/70; la l. 108/90), tutte giuridicamente molto problematiche e tutte collocate in fasi socio-politiche delicatissime. In sei anni la Corte è intervenuta sulla materia più volte e in modo più incisivo di quanto non abbia fatto in quasi mezzo secolo.

Mi pare che qui si debba anche cogliere un altro segnale grave che riguarda coerenza e compattezza sistematica del nostro mondo, quello della cultura giuridica e del diritto positivo costruiti con il determinante contributo dei giuristi del lavoro italiani. Se è vero infatti che le leggi le fanno governi e parlamenti, nessuno può pensare che in Italia la politica possa fare a meno di un significativo avallo da parte di almeno alcuni degli specialisti di una determinata materia e del diritto del lavoro in particolare. Forse allora i giuslavoristi hanno aperto varchi eccessivi ad opzioni di politica del diritto poco compatibili con i nostri equilibri ordinamentali, magari con l'attenuante della incontenibile pressione del "formante" socio-economico-tecnologico. La recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di sanzioni per i licenziamenti illegittimi evidenzia in modo abbastanza allarmante questa eccessiva cedevolezza dei giuslavoristi "consiglieri del principe" sul piano della conformità delle riforme avviate nell'ultimo decennio ai principi costituzionali. E nessuno può stupirsi più di tanto, dal momento che la dottrina è da tempo solcata da polemiche, nemmeno tanto sotterranee, sulla sostenibilità socio-economica della nostra tavola dei valori e dei principi, così come utilizzata dagli anni '70 in poi. A parte i dettagli, la Corte ci sta dicendo, già da alcuni anni, che la Costituzione è quella che conosciamo e che non si può né stravolgere né ignorare. Forse occorre ripartire da qui per mettere qualche punto fermo.

2. L'uguaglianza applicata alla manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo

Il primo argomento utilizzato da Corte Cost. 59/21 per accogliere la già illustrata questione di costituzionalità è basato sulla violazione dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza.

Il principio di eguaglianza è violato in quanto "in un sistema che, per consapevole scelta del legislatore, annette rilievo comune al presupposto dell'insussistenza del fatto e a questo presupposto collega l'applicazione della tutela reintegratoria, si rivela disarmonico e lesivo del principio di eguaglianza il carattere facoltativo del rimedio della reintegrazione per i soli licenziamenti economici, a fronte di una inconsistenza manifesta della giustificazione addotta e del ricorrere di un vizio di più accentuata gravità rispetto all'insussistenza pura e semplice del fatto" (punto 9 della motivazione).

Con questo rilievo della Corte io ero d'accordo da tempo ancor prima che la riforma Fornero fosse approvata[\[3\]](#). Poi però molti avevano spiegato che occorreva comunque differenziare le

sanzioni per le diverse fattispecie di licenziamento: da un lato quelle basate su violazione degli obblighi contrattuali del lavoratore (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), dall'altro quelle basate su scelte tecniche e organizzative dell'imprenditore (giustificato motivo oggettivo). Anche se entrambe sono disciplinate dal legislatore italiano come motivazioni necessarie per estinguere ciascun contratto di lavoro isolatamente considerato (cioè entrambe configurano dei licenziamenti *individuali*), la seconda tipologia risulta attratta, proprio per la motivazione su cui è basata, nell'area dei licenziamenti c.d. economici, che comprende anche la fattispecie dei licenziamenti collettivi o per riduzione di personale. La riforma Fornero trovava qui uno dei suoi punti qualificanti: differenziare radicalmente le sanzioni previste per i licenziamenti economici da quelle previste per gli altri licenziamenti "disciplinari". E in effetti l'art. 18 c. 7 novellato nel 2012 esclude la reintegrazione per mancanza dei requisiti del licenziamento per giustificato motivo oggettivo *salvo che* esso non sia basato su un fatto manifestamente insussistente.

Il punto è che, come giustamente osserva la Corte, i licenziamenti "disciplinari" ricevono un trattamento non molto diverso dal legislatore. Infatti anche la mancanza dei requisiti per il licenziamento disciplinare *non* è sanzionata con la reintegrazione: salvo due ipotesi, di cui una è pressoché comune al licenziamento per giustificato motivo oggettivo – l'insussistenza del fatto – e l'altra attiene alla gravità del fatto/infrazione secondo una valutazione che il legislatore stesso rimette ai codici disciplinari aziendali e/o previsti dai contratti collettivi (art. 18 c. 4).

Ora la violazione del principio di eguaglianza deriva secondo la Corte proprio dall'aver diversamente sanzionato un medesimo vizio del licenziamento, cioè l'insussistenza del fatto (che addirittura per il licenziamento per gmo deve essere "manifesta", cioè, può immaginarsi, più grave), a nulla rilevando la riconducibilità del licenziamento alla sfera soggettiva (del lavoratore) o oggettiva (dell'impresa). E la Corte sembra dire: ciò è conseguenza della scelta del legislatore di inserire per entrambe le fattispecie un medesimo vizio, da considerarsi grave in quanto lede l'interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale" e tocca "la persona del lavoratore" coinvolgendola in una medesima "vicenda traumatica".

Questa parte della motivazione della sentenza io la trovo poco convincente. Non capisco infatti perché si possa valutare la lesione dell'interesse derivante da una rottura del vincolo negoziale illegittima a seconda se l'illegittimità del licenziamento derivi dall'aver addotto un fatto inesistente o dall'aver violato un diverso requisito richiesto dalla legge. Interesse, coinvolgimento e trauma del lavoratore sono delle costanti in ogni caso di estinzione del contratto di lavoro. Non mi pare che su questo piano si possa ragionare di differenziazioni più o meno fondate del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi. Se si dovesse guardare a questi profili, la

reintegrazione dovrebbe essere prevista sempre o, al contrario, mai.

Però la Corte aggiunge un altro argomento per sostenere la violazione del principio di eguaglianza, un argomento molto più interno agli equilibri ordinamentali: “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.” (e si cita al riguardo la sentenza n. 41 del 2003)[4].

Quindi il fatto da porre a base del recesso è l’ “elemento comune” che – a differenza di quelli prima richiamati, da considerarsi, nei limiti in cui il termine è accettabile, “ontologici” – può esserci o no nel concreto esercizio del potere di licenziare qualunque sia la tipologia di licenziamento e la cui mancanza può giustificare da parte del legislatore un trattamento sanzionatorio più grave rispetto ad altri vizi del recesso. Però, dice la Corte, essendo elemento comune a tutte le fattispecie, non si può giustificare in alcun modo che quando esso sia insussistente per una fattispecie si lasci al giudice un margine di apprezzamento nella sanzione e per un’altra no.

Qui rileva anche un’ulteriore valutazione, pur sintetica, presente nella motivazione della sentenza 59/21. In effetti molti giudici – compresa la Cassazione – avevano provato a correggere in via interpretativa l’originario art. 18 c. 7, ancorando la scelta del giudice di non ordinare la reintegrazione pur avendo constatato l’insussistenza del fatto ad un’eccessiva onerosità della reintegrazione stessa in considerazione degli assetti organizzativi dell’impresa. Indubbiamente si attenua così l’arbitrarietà della scelta giudiziaria ancorandola a un qualche parametro oggettivo. Questo orientamento interpretativo è coerente con quelle politiche del diritto – molto presenti nelle riforme della materia 2012-2015 – volte a ridimensionare il ruolo del giudice nel controllo sulla legittimità dei licenziamenti in nome dell’esigenza imprenditoriale della calcolabilità dei costi[5]. Lo è meno invece rispetto a quelle proposte – non sospette di partigianeria pro *business* – che invece segnalavano l’opportunità di lasciare al giudice un certo margine di scelta, anche nei meccanismi sanzionatori, un po’ sulla falsariga di altri ordinamenti, come ad esempio quello tedesco[6]. La Corte costituzionale in precedenti sentenze (194/18 e 150/20) ha espresso un orientamento non drasticamente contrario a riconoscere un certo ruolo del giudice nel definire almeno l’entità della sanzione per il licenziamento illegittimo. Nella sentenza 59/21 invece bolla drasticamente le interpretazioni correttive dell’arbitrarietà giudiziale nello scegliere tra reintegrazione e indennità, dicendo che: “è sprovvisto di un fondamento razionale anche l’orientamento giurisprudenziale che assoggetta a una valutazione in termini di eccessiva

onerosità la reintegrazione dei soli licenziamenti economici, che incidono sull'organizzazione dell'impresa al pari di quelli disciplinari e, non meno di questi, coinvolgono la persona e la dignità del lavoratore”[\[7\]](#)

Qui c'è un altro principio di rilievo: quando il vizio del licenziamento è comune a varie fattispecie, non c'è spazio per una discrezionalità sanzionatoria di tipo giudiziale sul piano del principio di eguaglianza.

Però l'argomentazione potrebbe apparire troppo drastica e persino contraddittoria con quella utilizzata dalla Corte nelle sentenze 194/18 e 150/20. Come ha subito scritto Pietro Ichino, sostenendo pure che la Corte, avendo rilevato differenziazioni incostituzionali, avrebbe però potuto e dovuto uniformare al ribasso le tutele sanzionatorie[\[8\]](#).

Come spesso mi capita, non concordo con le pur brillanti osservazioni critiche di Ichino. Infatti la contraddizione con le precedenti sentenze non c'è, per il semplice fatto che lì la Corte ha colpito la predeterminazione legislativa del danno causato al lavoratore, rilevando nella sanzione un'ingiustificata compressione del diritto riconosciuto a qualsiasi contraente in misura anche maggiore. E ha restituito al giudice il potere di parametrare la sanzione all'entità del danno seppure entro margini fissati dalla legge. Sul punto la motivazione della sentenza n. 59 è cristallina: “in un sistema equilibrato di tutele, la discrezionalità del giudice riveste un ruolo cruciale” tanto che nelle precedenti sentenze citate “al giudice è stato restituito un essenziale potere di valutazione della particolarità del caso concreto, in base a puntuali e molteplici criteri desumibili dall'ordinamento, frutto di una evoluzione normativa risalente e di una prassi consolidata” (punto 10.1.).

Sembrerebbe invece che la Corte sostenga che il vulnus causato dall'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento sia tanto grave da non consentire differenziazioni sanzionatorie rimesse al giudice. Resta da capire se davvero la Corte ritiene che quel danno grave debba per forza sempre e comunque essere sanzionato con la reintegrazione. O se invece – come preferirebbe Ichino – potrebbe sempre prevedersi una sanzione indennitaria.

3. Attualità della sanzione reintegratoria e riflessi sul Jobs Act

La questione non viene affrontata in modo esplicito nella sentenza 59. Qualche elemento in più si può però ricavare dall'argomentazione riguardante la violazione del principio di ragionevolezza.

In effetti è proprio questa parte del percorso argomentativo ad essere decisiva. Come sappiamo tante volte la Corte, anche in materia di licenziamenti, ha escluso la violazione del principio di eguaglianza perché, pur rilevando differenze di disciplina, le ha ritenute rispondenti a criteri di ragionevolezza. Nel caso di specie invece non rinviene né nella norma di legge né nel “diritto vivente” un fondamento razionale che possa giustificare la diversa ampiezza del potere “sanzionatorio” del giudice.

Sulla tipologia di licenziamento già s'è detto. Disciplinare o economico ciò che conta è l'insussistenza del fatto addotto come motivazione del licenziamento. Questo vizio è talmente grave secondo la Corte da ledere lo stesso principio della necessaria giustificazione del licenziamento. Su questa linea di ragionamento si potrebbe persino andare oltre: se il fatto addotto è inesistente perché allora si può giustificare l'esclusione della reintegrazione per la disciplina della materia prevista dal Jobs Act? Il d.lgs. 23/15 esclude infatti la reintegra per tutti i casi di licenziamenti economici illegittimi salvo per quelli con vizio di forma, cioè anche quando si rivelasse insussistente il fatto posto a base di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo o di un licenziamento collettivo. A colpire gli equilibri del Job Act la sentenza 59 non arriva né sarebbe potuta arrivare visto che la questione controversa riguardava l'art. 18 comma 7 dello Statuto. Ma l'argomento della “razionalità” porta ad estendere la valutazione della Corte ad ogni ipotesi di licenziamento destituita di un fondamento “fattuale”. E a poco rileva che nel Jobs Act la reintegrazione per il licenziamento disciplinare sia prevista solo per insussistenza del “fatto materiale”. La stessa espressione, con tutte le sue persistenti ambiguità, si potrebbe usare per tutti i licenziamenti riguardanti i contratti a tutele crescenti. Certamente per i licenziamenti economici individuali; ma anche per quelli collettivi, fermo restando il problema dell'eventuale accordo sindacale che rendesse la fattispecie “acausale”, come suol dirsi.

Questa digressione ci consente di rispondere ad uno dei quesiti che ci siamo posti in precedenza: la sentenza 59 non riguarda solo la riforma Fornero, ma può riflettersi anche sul Jobs Act.

Resta però il punto più delicato: la necessità di trattare allo stesso modo tutti i licenziamenti che risultassero privi di fondamento fattuale comporta la necessità di prevedere per tutti la sanzione reintegratoria?

Come si diceva qui la sentenza 59 aiuta poco. Infatti La Corte, nel valutare la ragionevolezza dell'alternativa risarcitoria nell'art. 18.7 Stat.lav. si limita a fare tre rilievi: a) il giudice non può essere arbitro assoluto della scelta tra due regimi sanzionatori radicalmente diversi; b) il criterio dell'eccessiva onerosità non pone rimedio “all'indeterminatezza della fattispecie” e non si attaglia a soppesare un risarcimento da considerare equivalente alla reintegrazione in forma

specificata di cui all'art. 2058 comma 2 c.c.. Infatti l'eccessiva onerosità "non serve a individuare parametri sicuri per la valutazione del giudice nel riconoscimento di due rimedi – la reintegrazione e l'indennità – caratterizzati da *uno statuto eterogeneo*"; c) il mutamento della struttura organizzativa dell'impresa non è un parametro per valutare l'eccessiva onerosità della reintegrazione, essendo rimesso a una scelta del tutto libera di una delle parti e non essendo necessariamente sincronica rispetto al licenziamento: è cioè "un fattore contingente" rimesso "alle scelte del responsabile dell'illecito". Infine la Corte aggiunge che il potere discrezionale del giudice tradisce la stessa finalità dichiarata dalla legge 92/12, cioè realizzare un'equa distribuzione delle "tutele dell'impiego".

In astratto a me pare che la 59/21 – coerentemente con tutta la giurisprudenza costituzionale in materia – neanche con riferimento all'insussistenza del fatto contestato ritenga costituzionalmente doverosa la reintegrazione. Piuttosto parte dal rilevare che nel sistema della legge Fornero il legislatore ha ritenuto che l'insussistenza del fatto è normalmente sanzionata dal legislatore con la reintegrazione. E, quindi, ha uniformato la disciplina delle due fattispecie in ragione del vizio comune.

Però la Corte fa qualche passo in più, laddove considera giustamente reintegrazione e risarcimento indennitario caratterizzati da "statuto eterogeneo". Si intravede qui una chiara gradualità dei possibili meccanismi sanzionatori, del resto già presente negli assetti legislativi. E nell'argomentazione della Corte si coglie un accorto colpo di scalpello – più che di piccone – laddove si dice che per i vizi più gravi il giudice non deve avere alcuna discrezionalità sanzionatoria^[9]. Il passo non è lungo se se ne deduce che nei vizi più gravi non c'è spazio per una sanzione che non sia in forma specifica o per equivalente. Quindi non per una sanzione indennitaria contenuta entro un range predefinito dal legislatore.

Se così è, dal materiale alquanto informe derivante dalle riforme del licenziamento di inizio millennio comincia a emergere una figura un po' più definita. Ad esempio una ricognizione dei vizi gravi che possono inficiare il licenziamento e che sono da sanzionare con la reintegrazione (pure ancora al suo interno articolata: tra l'altro, la Corte dice che "ben può il legislatore delimitare l'ambito applicativo della reintegrazione"), tra i quali non ci sono più solo discriminazioni e nullità, ma anche insussistenza del fatto posto a base della decisione datoriale.

Certo la materia prima fornita dall'arrembante legislatore di inizio secolo continua a richiedere un profondo lavoro di sgrossatura e rifinitura. Proprio il riferimento al fatto – che compare in tre diverse formulazioni (fatto insussistente, fatto manifestamente insussistente e fatto materiale) – fornisce la misura di ciò che resta da fare^[10]. E la Corte, anche se acquisisse con lo scalpello la

maestria di un Michelangelo, difficilmente potrà farcela da sola. Ci vorrebbe un legislatore che reclutasse qualche altro scultore: ma dovrebbe assomigliare a un Canova o, magari, a un Rodin. Insomma scultori con tecniche solide e moderne, che esonerino la nostra Corte costituzionale dal difficile compito di scrivere sentenze michelangiolesche.

[1] Cass. 14 luglio 2017, n. 17528.

[2] Cass. 2 maggio 2018, n. 10435.

[3] Cass. 31 gennaio 2019, n. 2930 e Cass. 3 febbraio 2020, n. 2366.

[4] Cass. 13 marzo 2019, n. 7167.

[5] Cfr. Corte cost. 8 novembre 2019, n. 194. [6] Per gli altri tre interventi v. Corte Cost. n. 194/18; 150/20; 254/20. Solo l'ultimo non accoglie la questione di costituzionalità sollevata dai giudici a quo.

[1] Per gli altri tre interventi v. Corte Cost. 194/18; 150/20; 254/20. Solo l'ultimo non accoglie la questione di costituzionalità sollevata dai giudici a quo.

[2] Da ultimo v. Giubboni, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Giappichelli, 2020.

[3] V. L. Zoppoli, *La flexicurity dell'Unione europea: contenuti e implicazioni per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona.IT"* – 141/2012, poi in *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale scientifica, 2012, p. 38 (ma anche 154).

[4] Di recente attribuisce una marcata valenza costituzionale a questo requisito Saracini, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Editoriale scientifica, 2018.

[5] V. per tutti Ichino, *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in www.pietroichino.it – NWSL, 7 agosto 2017 n. 448.

[6] V. *Per una buona modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Lavoro e diritto*, 2012, p. 438-439

[7] Sui complessi intrecci della disciplina dei licenziamenti con la tutela della dignità v., da ultimo, R. Casillo, *Diritto del lavoro e dignità*, Editoriale scientifica, 2020, p. 221 ss.

[8] v. Ichino, *No, non è vero che la Consulta ha demolito la legge Fornero*, ne *il Foglio*, 3 aprile 2021.

[9] Questo intento forse spiega anche la preferenza per sentenze di accoglimento piuttosto che interpretative di rigetto: v. sul punto Ferrante, *Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, in DRI, 2021.

[10] v. Ferrante, op.ult.cit.
