



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di scienze politiche, giuridiche e studi internazionali

Dottorato di ricerca in  
diritto internazionale, diritto privato e del lavoro  
XXXII ciclo  
Indirizzo: diritto del lavoro

## LE CONSEGUENZE INDENNITARIE DEL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO

Supervisore: Ch.mo prof. Marco Tremolada  
Coordinatore del corso: Ch.ma prof.ssa Arianna Fusaro

Dottoranda: Maria Laura Picunio



# SOMMARIO

<b>PREMESSA</b> .....	5
<b>CAPITOLO I L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA DELLE TUTELE</b> .....	8
<b>1. IL SISTEMA DI LIBERA RECEDIBILITÀ PREVISTO DAL CODICE CIVILE ED IL PREAVVISO DI LICENZIAMENTO</b> .....	8
<b>2. LA DISCIPLINA LIMITATIVA DEL LICENZIAMENTO INTRODOLTA DAGLI ACCORDI INTERCONFEDERALI</b> .....	15
<b>3. LA L. 16 LUGLIO 1966, N. 604</b> .....	18
3.1. LE MODIFICHE APPORTATE DALLA L. N. 108/1990.....	27
<b>4. L'ART. 18 STATUTO DEI LAVORATORI</b> .....	29
4.1. LA FORMULAZIONE ORIGINARIA DELLA NORMA .....	29
4.1.1. LE SOMME DOVUTE PER IL PERIODO DAL LICENZIAMENTO ALLA SENTENZA .....	29
4.1.2. IL MINIMO DI CINQUE MENSILITÀ.....	36
4.1.3. LE SOMME DOVUTE DALLA SENTENZA ALLA REINTEGRA .....	39
4.2. LE MODIFICHE APPORTATE DALLA L. 11 MAGGIO 1990, N. 108 .....	41
4.2.1. LE SOMME DOVUTE PER IL PERIODO INTERCORRENTE DALLA SENTENZA ALLA REINTEGRA	43
4.2.2. L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DELLA REINTEGRAZIONE .....	45
<b>5. LA LEGGE 28 GIUGNO 2012, N. 92</b> .....	46
<b>6. IL D.LGS. 4 MARZO 2015, N. 23</b> .....	50
<b>CAPITOLO II PRINCIPI E FUNZIONI DEL RISARCIMENTO DEL DANNO TRA DIRITTO CIVILE E DIRITTO DEL LAVORO</b> .....	56
<b>1. PREMESSA: L'IMPORTANZA DI UN'INDAGINE SULLE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE</b> .....	56
<b>2. BREVI CENNI SULL'EVOLUZIONE DELLE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: DALLE ORIGINI ALL'AFFERMAZIONE DELL'UNITARIA FUNZIONE COMPENSATIVA</b> .....	58
<b>3. LA FUNZIONE COMPENSATIVA</b> .....	62
<b>4. LA FUNZIONE SANZIONATORIA: I PUNITIVE DAMAGES E L'APERTURA DELLE SEZIONI UNITE</b> .....	69
<b>5. LA FUNZIONE DETERRENTE</b> .....	83
<b>6. IL RILIEVO DELLA GRAVITÀ DEL COMPORTAMENTO NELLA DETERMINAZIONE DEL RISARCIMENTO</b> .....	89
<b>7. BREVI CENNI SULLA FUNZIONE SANZIONATORIA DEL RISARCIMENTO NEL DIRITTO DEL LAVORO</b> .....	92
<b>8. INDENNITÀ E RISARCIMENTO DEL DANNO</b> .....	97
<b>9. LA NOZIONE DI INDENNITÀ</b> .....	98
<b>10. LE INDENNITÀ NEL DIRITTO DEL LAVORO</b> .....	100
<b>CAPITOLO III PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA POLIFUNZIONALITÀ DELLE INDENNITÀ RISARCITORIE NELL'AREA DELLA TUTELA REALE</b> .....	105
<b>1. INTRODUZIONE</b> .....	105
<b>2. LIMITE MASSIMO DI DODICI MENSILITÀ E FUNZIONE DI COAZIONE INDIRETTA</b>	

DELL'INDENNITÀ NELL'AMBITO DELLA TUTELA REALE ATTENUATA.....	105
3. LA QUESTIONE DELLA RIPETIBILITÀ DELLE SOMME VERSATE A SEGUITO DELLA SENTENZA IN CASO DI RIFORMA DELLA SENTENZA DI CONDANNA .....	110
4. LA DETRAZIONE DELL'ALIUNDE PERCEPTUM.....	116
5. LA DETRAZIONE DELL'ALIUDE PERCIPIENDUM .....	121
6. LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO ULTERIORE.....	125
7. L'IMPUTABILITÀ DEL DANNO.....	131
<b>CAPITOLO IV I CRITERI LEGALI DI DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ ALL'INTERNO DELL'AREA DI TUTELA OBBLIGATORIA E GLI ESITI DI CORTE COST. N. 194/2018.....</b>	<b>135</b>
1. LE DIFFERENTI AREE DI TUTELA OBBLIGATORIA.....	135
2. I CRITERI DI CUI ALL'ART. 8 L. N. 604/1966 .....	137
3. I CRITERI DI CUI ALL'ART. 18 ST. LAV.....	143
4. I CRITERI DETTATI DAL D. LGS. N. 23/2015 .....	145
5. L'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE E L'ACCERTATO CONTRASTO TRA L'ART. 3 CO. 1, D. LGS. N. 23/2015 E L'ART. 3 DELLA COSTITUZIONE .....	148
5.1. IN PARTICOLARE SULLA NECESSITÀ DI PERSONALIZZARE IL RISARCIMENTO DEL DANNO CON RIFERIMENTO AL PREGIUDIZIO SUBITO DAL LAVORATORE .....	155
6. IL GIUDIZIO DI (IR)RAGIONEVOLEZZA DELLA PREVISIONE SOTTO IL PROFILO DELL'ADEGUATEZZA.....	169
7. IL GIUDIZIO DI (IR)RAGIONEVOLEZZA DELLA PREVISIONE SOTTO IL PROFILO DELLA DISSUASIVITÀ: IL VALORE DELL'AFFERMAZIONE DELLA CORTE .....	173
8. GLI EFFETTI RIFLESSI DELLA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ .....	179
<b>CAPITOLO V TUTELA INDENNITARIA E PRINCIPI COSTITUZIONALI.....</b>	<b>184</b>
1. TRA COMPENSAZIONE, SANZIONE E LIMITAZIONE DI RESPONSABILITÀ: LA POLIFUNZIONALITÀ DELL'INDENNITÀ RISARCITORIA SPETTANTE AL LAVORATORE LICENZIATO ILLEGITTIMAMENTE .....	184
2. LA TUTELA CONTRO I LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI ALLA LUCE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI .....	195
3. L'ADEGUATEZZA DEL RISARCIMENTO NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, IN PARTICOLARE CON RIFERIMENTO ALLE IPOTESI DI LIMITAZIONE O FORFETTIZZAZIONE LEGISLATIVA DEL RISARCIMENTO. ....	201
4. IL TETTO MASSIMO ALLE INDENNITÀ A FAVORE DEI LAVORATORI ILLEGITTIMAMENTE LICENZIATI ALLA PROVA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI .....	207
4.1. SULL'ADEGUATEZZA DEL RISARCIMENTO SPETTANTE AL LAVORATORE.....	211
5. RIFLESSI DEL PRINCIPIO DI "ADEGUATEZZA" DEL RISARCIMENTO E DEL DIRITTO COSTITUZIONALMENTE GARANTITO AL LAVORO SULLE PREVISIONI CHE RECANO I CRITERI DI DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ NELL'AREA DELLA TUTELA OBBLIGATORIA.....	216
6. LA QUESTIONE DELLA DISPARITÀ DI TRATTAMENTO TRA NUOVI E VECCHI ASSUNTI	221
7. LA TUTELA CONTRO IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO NELLE FONTI INTERNAZIONALI E SOVRANNAZIONALI .....	225
<b>SINTESI DEL LAVORO E CONCLUSIONI.....</b>	<b>230</b>
<b>PRINCIPALI ABBREVIAZIONI DELLE RIVISTE .....</b>	<b>240</b>

<i><b>BIBLIOGRAFIA</b></i> .....	<i><b>242</b></i>
<i><b>ABSTRACT</b></i> .....	<i><b>271</b></i>



## PREMESSA

La materia dei licenziamenti rappresenta da sempre un tema di forte interesse, in quanto le limitazioni al potere di licenziare e le tutele spettanti al lavoratore nel caso in cui i limiti imposti dall'ordinamento non siano rispettati – fattori che tra loro risultano strettamente connessi – rappresentano una delle maggiori garanzie poste a protezione del lavoratore. Tale protezione opera, infatti, sia in relazione alla possibilità che il lavoratore possa conservare il proprio posto di lavoro, e quindi tutelando il posto di lavoro in sé, sia in relazione alla condizione a cui il lavoratore potrà aspirare nell'ambito del rapporto di lavoro, posto che in un sistema in cui il licenziamento non è soggetto a stretti vincoli il lavoratore non potrà sentirsi libero di esercitare i diritti derivanti dal rapporto di lavoro.

Nel presente elaborato ci si propone di approfondire le questioni connesse alla tutela indennitaria spettante al lavoratore all'interno delle diverse tipologie di tutela, reale ed obbligatoria, sul contenuto e sulla rilevanza delle quali le riforme legislative dell'ultimo decennio hanno inciso profondamente, trasformando in regola ciò che rappresentava l'eccezione, ossia la tutela obbligatoria.

Verrà quindi trattato specificamente il tema del contenuto della tutela, così come delle caratteristiche di essa; esulano invece dall'oggetto dell'elaborato i presupposti in base ai quali oggi, quantomeno all'interno dell'art. 18 St. Lav. o del d. lgs. n. 23/2015, trovano applicazione le diverse tipologie di tutela.

In particolare, la tutela obbligatoria rappresenta un tema considerato in passato di importanza marginale e quindi poco indagato, mentre l'interesse prevalente della dottrina nonché della giurisprudenza si è da sempre soffermato sulle caratteristiche, sul valore e sulle problematiche della tutela reale; oggi, tuttavia, in ragione del considerevole ampliamento dell'area di applicazione della tutela obbligatoria e del recente importante intervento della Corte costituzionale in merito alla disciplina del d. lgs. n. 23/2015, l'argomento risulta di particolare attualità ed interesse.

Il tema verrà approfondito cercando di offrire un inquadramento delle “indennità” previste dalla legislazione lavoristica all'interno delle categorie del diritto civile, e segnatamente del risarcimento del danno, posto che si ritiene che, nonostante la specialità della materia, il diritto civile funga comunque da parametro di riferimento e che, in particolare, il diritto al risarcimento del danno sia espressione di un principio generale, non passibile di eccezioni nemmeno in considerazione della specialità della materia,

soprattutto ove si sia in presenza della lesione di un diritto espressione di un principio cardine della Costituzione, quello di tutela del lavoro.

L'inquadramento e il confronto tra le due materie, inoltre, risulta funzionale ad un'indagine relativa agli sviluppi del diritto del lavoro rispetto al diritto civile, posto che la disciplina dei licenziamenti è quella che più di tutte rivela il profondo cambiamento che ha attraversato la materia e che ha segnato il suo allontanamento dall'impostazione originaria che la caratterizzava come disciplina di maggior favore per il lavoratore rispetto al diritto dei contratti, notoriamente fondato invece sul presupposto della parità tra i contraenti.

Allo stato attuale, invece, risulta che il sistema delle tutele spettanti ai lavoratori destinatari di un licenziamento illegittimo, soprattutto ove esclusivamente monetaria, sia peggiorativo rispetto alla protezione che l'ordinamento offre in genere ai debitori in base alle previsioni codicistiche relative al risarcimento del danno.

Il confronto con il diritto civile risulta utile anche per approfondire lo studio delle funzioni assolve dalle indennità previste a favore del lavoratore destinatario di un licenziamento *contra legem*. Invero, in considerazione delle marcate caratteristiche di specialità che connotano le attribuzioni patrimoniali spettanti ai lavoratori ove sia accertata l'illegittimità del licenziamento, si è sempre attribuito ad esse carattere sanzionatorio o comunque una pluralità di funzioni – la c.d. polifunzionalità –, in particolare con riferimento al minimo sempre dovuto di cinque mensilità previsto nell'art. 18 St. Lav. in aggiunta alla reintegra ed alle indennità previste nell'ambito della tutela obbligatoria.

Il recente riconoscimento operato dalla Cassazione a Sezioni Unite della possibilità che il risarcimento del danno assolve a funzioni ulteriori rispetto a quella di pura compensazione stimola vieppiù un approfondimento circa le funzioni assolve da tali indennità per diverse ragioni: *in primis* in quanto le Sezioni Unite sono giunte a tale affermazione anche in considerazione delle previsioni lavoristiche, senza però compiere una particolare indagine sull'effettivo assolvimento da parte di esse di una funzione sanzionatoria; inoltre in quanto, nonostante si apra alla possibilità di questo tipo di risarcimento, nella pronuncia sono contenute importanti limitazioni che si ritiene debbano valere anche nella materia lavoristica.

L'inquadramento dell'indennità, e delle funzioni che essa persegue, inoltre, risulta necessario per formulare un'ipotesi di quale debba essere la risposta al vuoto normativo prodotto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 che ha dichiarato



l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 nella parte in cui prevede il meccanismo di calcolo automatico dell'indennità, nonché per analizzare la rispondenza ai principi dell'ordinamento delle diverse normative aventi ad oggetto la tutela spettante al lavoratore licenziato illegittimamente.

# CAPITOLO I

## L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA DELLE TUTELE

### 1. IL SISTEMA DI LIBERA RECEDIBILITÀ PREVISTO DAL CODICE CIVILE ED IL PREAVVISO DI LICENZIAMENTO

Il codice civile del 1942, riprendendo quanto già disposto dal R.D. n. 1865 del 1924 sull'impiego privato<sup>1</sup>, attribuiva<sup>2</sup> a ciascuna delle parti la facoltà di recedere liberamente dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il solo limite costituito dall'obbligo di preavviso, sempre dovuto ad eccezione delle ipotesi di giusta causa di licenziamento.

In tal modo datore di lavoro e lavoratore risultavano posti sullo stesso piano, nel rispetto dell'eguaglianza formale, ma disconoscendo così, di fatto, la condizione di sostanziale disparità delle parti<sup>3</sup>. Detta scelta trovava giustificazione anche nella necessità di salvaguardare l'elemento fiduciario caratteristico del rapporto di lavoro, cui si accompagna la difficoltà di provare le cause del venir meno della fiducia<sup>4</sup>. Oltre a questi aspetti, tuttavia, ciò che assumeva in realtà una forte rilevanza e portava a ritenere insuperabile il principio di libera recedibilità era il timore di un'inchiesta giudiziaria sulle cause del licenziamento, ritenuta incompatibile con la necessaria autonomia nella gestione dell'impresa<sup>5</sup>.

In tale contesto, dunque, il preavviso o la giusta causa di licenziamento costituivano gli unici limiti normativi all'esercizio del potere di recesso; ed invero le istanze

---

<sup>1</sup>La norma, invero, si inseriva nella disciplina del codice civile del 1865, che prevedeva che “nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per un'impresa determinata” (art. 1628 c.c. 1865); anche in tale contesto, tuttavia, era sorta l'esigenza di regolamentare le ipotesi, affermatesi nella pratica, di contratti a tempo indeterminato, v. M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, pagg. 19 e segg. A sua volta la norma in questione, peraltro, recepiva il portato della giurisprudenza dei probiviri, che aveva affermato la sussistenza di un onere di preavviso rispetto al licenziamento, individuandone il fondamento nell'equità o mediante un'applicazione analogica delle altre norme in tema di preavviso, artt. 1609 e 1622 c.c., v. S. CAPRIOLI, a cura di, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri: Roma 1906/ Enrico Redenti*, Torino, 1992, pag. 46.

<sup>2</sup>La disciplina è oggi completamente superata ad eccezione di quel che riguarda l'area di libera recedibilità.

<sup>3</sup>M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, a cura di, *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, pag. 596.

<sup>4</sup>L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, pag. 830, nt. 1; U. NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, pag. 105.

<sup>5</sup>L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., pag. 836.

provenienti da parte della dottrina<sup>6</sup>, in particolare a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione<sup>7</sup>, di assoggettare ad un controllo circa la sua giustificazione il recesso non trovavano alcun riscontro nella giurisprudenza<sup>8</sup>. Tali proposte trovavano fondamento nel fatto che il mancato assolvimento dell'obbligo di preavviso producesse effetti meramente economici; pertanto esso, più che costituire un limite in senso proprio all'esercizio del potere di recesso, rappresentava una remora di carattere economico, una cautela rispetto ad un abuso di detto potere<sup>9</sup>, motivo per il quale veniva considerato insufficiente a tutelare il diritto riconosciuto dalla Costituzione al lavoro.

Circa la qualificazione del preavviso, esso veniva considerato, secondo l'opinione maggioritaria, come un termine iniziale e sospensivo di efficacia al recesso<sup>10</sup>, superandosi così una prima impostazione, risalente nel tempo, secondo la quale era la comunicazione di recesso a produrre l'effetto estintivo del rapporto, configurandosi il preavviso come mero stato di fatto in cui maturano gli effetti del negozio già estinto<sup>11</sup>. Secondo un'altra impostazione, invece, il preavviso aveva l'effetto di trasformare il rapporto a tempo indeterminato in rapporto a termine, apponendovi un termine finale<sup>12</sup>.

Per quanto concerne le conseguenze dell'omissione e quindi primariamente la natura del preavviso, si contrapponevano due impostazioni. Secondo un'impostazione, accolta successivamente anche dalla giurisprudenza<sup>13</sup>, il preavviso costituiva un limite interno al

---

<sup>6</sup>U. NATOLI, op. ult. cit., pagg. 108 e segg.; ID, *L'art. 2118 cod. civ. e il problema della "giusta causa" del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, pag. 100.

<sup>7</sup>P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, 1985, pag. 16.

<sup>8</sup>A seguito dell'entrata in vigore dell'attuale codice civile, invero, si era completamente superata quella coraggiosa giurisprudenza probivirale che poneva un obbligo risarcitorio, fissando un'indennità superiore a quella di preavviso, in capo al datore di lavoro che fondasse su falsi motivi il licenziamento, cfr. App. Milano, 29 aprile 1905, in *Mont. trib.* 1905, 451c-452; Prob. Milano, 19 marzo 1900, in *Mont. trib.* 1900, 778, Prob. Firenze, 18 aprile 1903, in *Mont. trib.*, 1904, 657.

<sup>9</sup>M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, cit., pag. 604.

<sup>10</sup>G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale. Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano, 1962, pagg. 287 e 306.

<sup>11</sup>G. PETRACCONI, *Licenziamento per giusta causa durante il preavviso ed indennità di anzianità*, in *Riv. imp. priv.*, 1993, pagg. 1 e segg.; G. BRASCHI, *La fine del contratto d'impiego e il preavviso di licenziamento*, in *Mass. giur. lav.*, 1930, pag. 106.

<sup>12</sup>F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, Milano, 1911, pag. 435; L. RIVA SANSEVERINO, *sub art. 2118*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, pag. 633; G. ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, pag. 33; in senso parzialmente conforme V. SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948, pag. 141.

<sup>13</sup>In particolare Cass. 23 agosto 1949, n. 2401 in *Dir. lav.*, 1950, II, 21, che ha dato inizio a tale impostazione giurisprudenziale.

recesso, pertanto il recesso intimato senza la sua osservanza, pur non essendo invalido<sup>14</sup>, non poteva produrre immediatamente l'effetto estintivo<sup>15</sup>; secondo una diversa impostazione, invece, il preavviso altro non era che un vincolo di natura obbligatoria, dalla cui violazione discendevano esclusivamente conseguenze risarcitorie<sup>16</sup>.

Postulare l'efficacia reale del preavviso comportava che il rapporto di lavoro continuasse a svolgersi anche nel periodo successivo alla comunicazione del recesso e per tutto il periodo di preavviso, senza che assumesse alcun valore il rifiuto del datore di lavoro di ricevere la prestazione lavorativa: il rifiuto, infatti, risulta impeditivo della continuazione della prestazione di lavoro in ragione della incoercibilità dell'obbligo datoriale di far lavorare, ma non della continuazione del rapporto<sup>17</sup>.

Ne conseguiva che durante il periodo di preavviso il rapporto di lavoro continuasse ad essere regolato dalla disciplina precedentemente vigente, che al rapporto trovassero applicazione eventuali modifiche di legge o di contratto, compresi eventuali trattamenti migliorativi sopravvenuti<sup>18</sup>, e che eventuali cause sospensive od interruttrive incidessero sull'efficacia del recesso<sup>19</sup>.

Tale ricostruzione comportava effetti anche sulla natura attribuita all'indennità sostitutiva del preavviso, dovuta dal datore di lavoro quando l'obbligo non veniva rispettato: in considerazione del fatto che nella teorica descritta si postulava che il contratto di lavoro seguitasse ad operare, ed il rapporto di lavoro proseguisse quindi ad ogni effetto, salvo solo l'esonero del lavoratore dall'obbligo di prestare la propria attività, ma residuando immutato l'obbligo retributivo in capo al datore di lavoro, secondo parte della dottrina<sup>20</sup> l'indennità sostitutiva del preavviso assumeva natura retributiva. Questa,

---

<sup>14</sup>Cass. 7 febbraio 1987, n. 1313, in *Not. giur. lav.*, 1987, pag. 780.

<sup>15</sup>G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale. Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, cit., pag. 306; G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, pag. 154; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, pag. 49.

<sup>16</sup>L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1957, III, pag. 312; L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in VASSALLI, diretto da, *Trattato di diritto civile*, XI, I, Torino, 1960, pag. 555; G. ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, cit., pag. 158.

<sup>17</sup>L. MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in A.A.V.V. *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri Ceca*, Lussemburgo, 1958, pag. 272.

<sup>18</sup>Cass. 29 aprile 1977, n. 1650, in *Giust. civ.*, 1977, 705.

<sup>19</sup>G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale. Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, cit., pag. 306; contra G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 52, che, pur accogliendo la tesi dell'efficacia reale del preavviso, nega il rilievo degli eventi sospensivi sopravvenuti.

<sup>20</sup>L. RIVA SANSEVERINO, *sub art. 2118*, cit., pag. 638, in senso conforme Cass., 13 maggio 1996, n. 4463, in *Rep. foro it.*, 1996, voce *Previdenza Sociale*, n. 760; Cass., 7 giugno 1990, n. 5425, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 186; Cass., 22 maggio 1954, n. 1671, in *Riv. giur. lav.* 1954, II, 481.

tuttavia, non sembra una conseguenza obbligata della concezione reale del preavviso, ed infatti la maggior parte dei sostenitori dell'efficacia reale del preavviso riteneva egualmente che l'obbligo retributivo si trasformasse in obbligazione risarcitoria in ragione dell'inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di non licenziare senza preavviso.

Al contrario, secondo la concezione obbligatoria del preavviso<sup>21</sup> – che oggi risulta pacificamente accolta da dottrina e giurisprudenza –, l'art. 2118 c.c. prevede un'obbligazione alternativa, per cui al datore di lavoro viene lasciata la facoltà di optare tra il preavviso o l'indennità sostitutiva dello stesso. Tale lettura veniva proposta sulla base del dato letterale della norma, nella parte in cui prevede, al secondo comma, che «in mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso». L'argomentazione proposta veniva però respinta dai sostenitori della tesi maggioritaria, secondo i quali la notevole differenza nella formulazione della disposizione in questione rispetto alle altre con cui il legislatore aveva evidentemente voluto attribuire la facoltà di scelta tra preavviso e indennità sostitutiva – come avviene nella disciplina del contratto di agenzia, in cui l'art. 1750 c.c.<sup>22</sup> prevedeva che il termine di preavviso potesse essere sostituito dal pagamento di un'indennità corrispondente – rivelava chiaramente il diverso intento del legislatore<sup>23</sup>.

Conseguenza necessitata della teorica dell'efficacia obbligatoria del preavviso era quindi l'attribuzione della natura risarcitoria all'indennità sostitutiva; natura che veniva comunque attribuita anche da chi ricostruiva l'obbligo come avente effetti reali, in considerazione del fatto che comunque il lavoratore in quel periodo non prestava la propria attività lavorativa. L'indennità, quindi, viene considerata risarcimento forfettizzato e preventivo<sup>24</sup> del «danno che l'altra parte subisce per la violazione dell'obbligo di preavviso e in dipendenza dell'intempestività del recesso»<sup>25</sup>. Ed invero l'indennità è dovuta a prescindere dalla sussistenza e dalla prova di un danno concreto,

---

<sup>21</sup>Ossia la ricostruzione che ad oggi è divenuta assolutamente prevalente, cfr. da ultimo Cass. 26 ottobre 2018, n. 27294, in *Giust. civ. mass.*, 2018; Cass. 11 giugno 2018, n. 15089, in *www.dejure.it*; Cass. 6 giugno 2017, n. 13988, in *Giust. civ. mass.*, 2017.

<sup>22</sup>Nella formulazione all'epoca vigente, precedente alla modifica apportata con l'art. 3 del d.lgs. 10 settembre 1991, n. 303.

<sup>23</sup>G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale. Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, cit., pagg. 319 e segg.

<sup>24</sup>Cass., 19 agosto 1993, n. 8766, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 664; Cass., 28 maggio 1992, n. 6406, in *Foro it.*, 1993, I, 1957; Cass., 12 ottobre 1989, n. 4081, in *Foro it.*, 1990, I, 916.

<sup>25</sup>F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, pag. 147, conforme G. MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, 1952, pag. 397.

che è in *re ipsa*<sup>26</sup>: essa spetta in misura piena indipendentemente dalla durata del tempo impiegato dal lavoratore per trovare un'altra occupazione<sup>27</sup> e, soprattutto, senza possibilità, per ciascuna delle parti, di provare che il danno sia stato superiore o inferiore rispetto a quello liquidato nel valore della retribuzione dovuta per il periodo di preavviso<sup>28</sup>.

Il diritto all'indennità permane anche nei casi in cui la cessazione del rapporto avvenga immediatamente per fatti estranei alla volontà del datore di lavoro: così nelle ipotesi di cessazione del rapporto per fallimento o per liquidazione coatta amministrativa o nel caso del raggiungimento da parte del lavoratore di determinati limiti di età o di anzianità. In questi casi taluni hanno negato la natura risarcitoria dell'indennità, affermando che l'indennità assumesse una valenza integrativa dell'indennità di anzianità<sup>29</sup>; a tale posizione, tuttavia, è stato condivisibilmente replicato che nelle ipotesi in questione il fatto alla base del licenziamento non determina automaticamente la cessazione del rapporto<sup>30</sup>, né opera necessariamente con effetti istantanei, e non c'è quindi motivo per ritenere che il datore di lavoro non debba rispondere delle conseguenze previste per la violazione dell'obbligo di preavviso<sup>31</sup>.

Questo per quanto riguarda il recesso con preavviso; questione diversa è quella relativa al recesso per giusta causa e alle tutele spettanti al lavoratore quando emerga l'assenza della giusta causa addotta a giustificazione del licenziamento.

La prima questione si pone circa la qualificazione del licenziamento ex art. 2119 c.c.: se il recesso con preavviso, infatti, viene pacificamente ricondotto alle cause di recesso ordinarie<sup>32</sup>, non vi è unanimità nella qualificazione della giusta causa tra le cause di recesso ordinario o straordinario. Riepilogando brevemente la distinzione, il recesso ordinario costituisce la causa estintiva normale dei rapporti a tempo indeterminato, mentre il recesso straordinario anticipa la cessazione rispetto al momento in cui questa dovrebbe aver luogo, ed è quindi, a differenza del primo, una fattispecie di risoluzione, la

---

<sup>26</sup>Cass., 12 agosto 1994, n. 7417, in *Not. giur. lav.*, 1994, 766.

<sup>27</sup>Trib. Milano, 7 aprile 1990, 197 in *Or. giur. lav.*, 1990, 78.

<sup>28</sup>Cass., 30 ottobre 1961, n. 2488; Cass. 18 febbraio 1960, n. 279; Cass. 21 luglio 1956, n. 2841.

<sup>29</sup>L. RIVA SANSEVERINO, *sub art. 2118*, cit., pag. 640.

<sup>30</sup>più precisamente G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 49, precisa che l'anzianità determina automaticamente l'estinzione del rapporto di lavoro solo nei regimi di stabilità, in cui sia preventivamente e tassativamente determinata l'età del collocamento a riposo.

<sup>31</sup>G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pagg. 49 e 65.

<sup>32</sup>R. DIAMANTI, *sub art. 2118*, in O. MAZZOTTA, a cura di, *I licenziamenti, Commentario*, Milano, 1992, pag. 18; G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale. Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, cit., pag. 317.

cui causa-scopo è collegata con la causa del contratto<sup>33</sup>. Per questo motivo, di norma, il recesso ordinario è *ad nutum*, proprio per consentire che adempia alla funzione di garanzia della temporaneità dei vincoli<sup>34</sup>; al contrario quello straordinario è attribuito per scopi eccezionali, attinenti alla patologia del rapporto e, appunto, accostabili a quelli per cui è attribuito il potere risolutivo<sup>35</sup>.

Il recesso per giusta causa viene qualificato come straordinario dalla dottrina maggioritaria<sup>36</sup> proprio in considerazione del presupposto alla sua base, posto che tale potere viene attribuito a fronte di «una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto»; in tal modo, inoltre, si accentua la differenza tra questo tipo di recesso ed il recesso con preavviso, in cui il potere di recesso trova titolo nel preavviso<sup>37</sup>.

Chi, invece, riconduceva anche il recesso per giusta causa alle fattispecie di recesso ordinario, sosteneva che la giusta causa non assolvesse ad una funzione integratrice della fattispecie del recesso, ma fosse solo collegata alla regola del preavviso, consentendone l'esclusione<sup>38</sup>. Secondo questa teorica il recesso per giusta causa e quello con preavviso costituivano quindi entrambi ipotesi di recesso ordinario, distinte tra loro dalla necessità o meno del preavviso.

Alle impostazioni che si sono rappresentate conseguivano diverse ricostruzioni circa le conseguenze dell'assenza della giusta causa: secondo chi sosteneva si trattasse di un recesso ordinario, invero, la conseguenza andava individuata esclusivamente nell'obbligo di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso, dovuta in quanto fosse stata accertata l'assenza dei motivi che avrebbero altrimenti consentito l'esonero dal preavviso<sup>39</sup>. Dall'inquadramento, invece, del recesso per giusta causa come recesso straordinario, nel quale è caratteristica essenziale la rigida connessione tra il potere e il

---

<sup>33</sup>M. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, pag. 12.

<sup>34</sup>M. MAZZIOTTI, op. cit., pag. 16.

<sup>35</sup>G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale. Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, cit., pagg. 209 e segg.

<sup>36</sup>R. DIAMANTI, *sub art. 2118*, cit., pag. 20.

<sup>37</sup>L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961, pag. 12.

<sup>38</sup>L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 797; M. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, Torino, 1993, pag. 99; ID, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pag. 71 e pagg. 88 e segg. Quest'ultimo Autore considerava però che solo con l'introduzione della l. n. 604/1966 la giusta causa fosse degradata da presupposto per il recesso straordinario in presupposto per il recesso ordinario, stante l'assimilazione dei presupposti compiuta da tale norma.

<sup>39</sup>M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pag. 85.

motivo-presupposto<sup>40</sup>, si faceva conseguire l'inidoneità del licenziamento ad estinguere il rapporto nel caso di accertata mancanza della giusta causa.

A ben vedere, però, nonostante la diversità delle ricostruzioni, le conseguenze ultime dell'assenza di giusta causa in capo al lavoratore erano sostanzialmente sovrapponibili: invero chi qualificava la giusta causa come fonte di un recesso straordinario ricostruiva poi la fattispecie come una forma di invalidità in cui operava il meccanismo della conversione del negozio nullo. Applicando il meccanismo previsto dall'art. 1424 c.c. – coordinato con l'art. 1324 c.c., trattandosi di un atto unilaterale – il licenziamento per giusta causa mancante dei presupposti viene convertito in recesso ordinario: ciò presupponendo che il datore di lavoro, se avesse conosciuto la nullità del recesso, avrebbe voluto un negozio diverso, e nella fattispecie il licenziamento con preavviso, finalizzato egualmente allo scopo di estinguere il rapporto di lavoro. Per spiegare, poi, in che modo, a seguito della conversione dell'atto in recesso ordinario, si abbia l'applicazione della regola del preavviso – e nella fattispecie sussista quindi il diritto del lavoratore a ricevere l'indennità sostitutiva –, il preavviso viene ricostruito come un effetto integrativo inderogabile applicato al recesso ordinario, come tale applicato automaticamente al recesso che sia stato intimato senza il suo rispetto<sup>41</sup>.

Le conseguenze dell'assenza dei presupposti di legge sino ad ora analizzate rappresentano le uniche ipotesi di illegittimità del licenziamento riconosciute prima dell'entrata in vigore della normativa limitatrice da parte della l. n. 604 del 1966, salvo quanto si vedrà in merito alle previsioni degli accordi interconfederali introdotti a partire dalla metà del secolo. E questo nonostante fosse stato proposto da parte della dottrina un recupero delle categorie civilistiche per sanzionare i casi di più macroscopica illegittimità del recesso, preso atto del mancato accoglimento delle istanze dirette a richiedere una regola generale di giustificazione del licenziamento. In tal senso, alcuni autori avevano ipotizzato in particolare l'applicabilità della norma di cui all'art. 1345 c.c.<sup>42</sup>, oltretutto il ricorso alla frode alla legge o all'abuso del diritto; anche tali tentativi, tuttavia, non erano stati accolti dalla giurisprudenza, che strenuamente difendeva la insindacabilità dei motivi di licenziamento<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup>G.F. MANCINI, *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pag. 82.

<sup>41</sup>M. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 83.

<sup>42</sup>G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, II, Milano, 1965, pag. 101; G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, Padova, 1963, pag. 126.

<sup>43</sup>M. BIASI, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Padova, 2017, pag. 29.



Nella diversa ipotesi in cui, invece, per la forma o per il contenuto, il licenziamento avesse leso interessi diversi da quello al mantenimento del posto di lavoro, e aventi un'autonoma rilevanza, si ammetteva la risarcibilità di tali lesioni.

## 2. LA DISCIPLINA LIMITATIVA DEL LICENZIAMENTO INTRODotta DAGLI ACCORDI INTERCONFEDERALI

Le prime forme generali di limitazione al licenziamento vennero introdotte con la disciplina pattizia contenuta negli accordi interconfederali.

L'accordo 7 agosto 1947 istitutivo delle Commissioni Interne prevedeva una procedura conciliativa e arbitrale preventiva all'intimazione del recesso, avviata con l'informativa del datore di lavoro alla C.I. del proposito di effettuare un licenziamento «per motivi disciplinari, per scarso rendimento o per altri motivi». Qualora la C.I. avesse ritenuto che i fatti posti alla base del licenziamento non fossero sussistiti o che non fossero stati tali da giustificare il licenziamento, l'esame della questione avrebbe potuto essere deferito ad un Collegio arbitrale che, ove raggiunta la «piena prova» che il licenziamento fosse stato «assolutamente ingiustificato», avrebbe dichiarato l'inefficacia dello stesso e, negli altri casi in cui, invece, avesse ritenuto che i fatti alla base del licenziamento non fossero stati sufficientemente provati, o il motivo addotto non fosse stato tale da giustificare il licenziamento, avrebbe autorizzato il licenziamento, ma attribuendo al lavoratore uno «speciale indennizzo», da un minimo di 15 giorni ad un massimo di 6 mesi di retribuzione globale.

Detto accordo venne poi seguito da quello del 18 ottobre 1950, la cui disciplina si poneva come marcatamente peggiorativa rispetto a quella precedente, in quanto eliminava la possibilità che venisse dichiarata l'inefficacia del licenziamento e così escludeva l'applicazione anche solo eventuale di una tutela in forma specifica. Veniva eliminato, inoltre, l'intervento preventivo della C.I., attribuendo esclusivamente al lavoratore licenziato la facoltà di adire, una volta che il licenziamento fosse stato intimato, il collegio arbitrale che, ove non avesse riconosciuto la validità delle ragioni poste alla base del licenziamento, avrebbe invitato il datore di lavoro a ripristinare il rapporto o, in alternativa, a corrispondere al lavoratore una "penale", determinata in misura compresa

tra 5 ed 8 mensilità di retribuzione, ridotte alla metà per le aziende con un numero di dipendenti da 36 a 80, in aggiunta al trattamento di licenziamento<sup>44</sup>.

Infine, interveniva l'accordo interconfederale 29 aprile 1965 che modificava la precedente disciplina introducendo l'obbligo di non procedere al licenziamento se non in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, lasciando sostanzialmente immutate le sanzioni alternative, ma prevedendo che la penale venisse liquidata solo qualora il datore di lavoro non avesse proceduto entro tre giorni dall'invito a ripristinare il rapporto di lavoro.

Le opinioni in merito alla qualificazione attribuibile allo "speciale indennizzo" ed alla successiva "penale" per il caso di licenziamento ingiustificato variavano molto<sup>45</sup> e risultavano strettamente connesse all'efficacia attribuita al contenuto degli accordi interconfederali. Un'opinione, propria di coloro che ritenevano che gli accordi non fossero idonei a limitare il potere di recesso, in quanto fonte convenzionale, identificava nello speciale indennizzo, prima, e nella penale, poi, null'altro che una "superindennità"<sup>46</sup>, tesa a riequilibrare una situazione di permanenza del rapporto «legittimamente alterata dal fatto del datore di lavoro»<sup>47</sup> o, comunque, una somma attribuita come risarcimento di un danno derivante da fatto non illecito, ed imputato ugualmente al datore di lavoro in modo simile a quanto avviene nelle forme di responsabilità oggettiva<sup>48</sup>. In tale visione, dunque, il termine "penale" risultava utilizzato negli accordi in modo errato, laddove, invece, la somma avrebbe dovuto essere tutt'al più equiparata a quella corrisposta al lavoratore ex art. 2120 c.c. ed in ogni caso escludendosi che assolvesse alla funzione di riparare il danno causato dal lavoratore da un comportamento illecito.

---

<sup>44</sup>Per una valutazione dell'esperienza degli accordi interconfederali, v. G. VENETO, *Gli accordi interconfederali 18 ottobre 1950 e 8 maggio 1953: bilancio di una esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pagg. 1761 e segg., il quale nota come la possibilità di ottenere una "penale risarcitoria" rendesse largamente prevalente la natura conciliativa dello strumento su quella arbitrale/decisoria.

<sup>45</sup>Per un riepilogo delle diverse posizioni v. U. ROMAGNOLI, *Introduzione*, in A.A.V.V., *I licenziamenti nell'industria italiana*, Bologna, 1968.

<sup>46</sup>G. NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961, pag. 236; D. NAPOLETANO, *Diritto processuale del lavoro*, Roma, 1960, pagg. 415 e segg.; C. LEGA, *In tema di limitazioni del recesso «ad nutum» dell'imprenditore in base a recenti accordi interconfederali*, in *Dir. lav.*, 1951, I, pag. 360.

<sup>47</sup>C. LEGA, *In tema di limitazioni del recesso «ad nutum» dell'imprenditore in base a recenti accordi interconfederali*, cit., pag. 360; ID, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, 1956, pagg. 259 e segg.

<sup>48</sup>G. SECRETI, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'ordine aziendale*, in *Riv. pol. econ.*, 1951, pag. 267.

Al contrario, altra parte della dottrina<sup>49</sup> riconosceva che gli accordi interconfederali avessero realizzato un sistema di stabilità obbligatoria, assoggettando il licenziamento a limiti, seppur indiretti<sup>50</sup> e di fonte convenzionale; riteneva pertanto illecito il licenziamento intimato senza la loro osservanza<sup>51</sup>. Conseguentemente, veniva affermata la natura risarcitoria della penale, che andava assimilata all'indennità sostitutiva del preavviso anche considerando che essa, come quest'ultima, costituiva una forma di risarcimento forfettizzato del danno subito dal lavoratore<sup>52</sup>. In tal senso la penale prevista dall'accordo interconfederale si riteneva assimilabile alla clausola penale ex art. 1382 c.c., essendo una forma preventiva di liquidazione del danno.

Per superare i limiti derivanti dalla natura pattizia degli accordi interconfederali, e quindi il ridotto ambito di applicazione soggettiva sia delle limitazioni in essi contenuti alla facoltà di recesso che della conseguente tutela a favore dei lavoratori, venne successivamente introdotta la legge 14 luglio 1959, n. 741, che prevedeva la possibilità di recepire il testo degli accordi in decreti presidenziali<sup>53</sup> in modo tale da realizzare l'estensione *erga omnes* di detti accordi. L'innovazione, tuttavia, venne presto svuotata di significato dall'intervento della Corte Costituzionale, che con le sentenze nn. 8 e 50 del 1966<sup>54</sup> dichiarò parzialmente illegittimi i decreti con cui erano stati recepiti gli accordi interconfederali menzionati.

Si ponevano quindi i presupposti per un intervento legislativo, reso vieppiù necessario<sup>55</sup> dalla nota pronuncia della Corte Costituzionale 9 giugno 1965, n. 45<sup>56</sup>, che rilevava che «l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro [...] esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo

---

<sup>49</sup>G. GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, Milano, 1954, pag. 39; G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale. Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, cit., pag. 389; M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, cit., pag. 625.

<sup>50</sup>G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale. Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, cit., pag. 388; M. PERSIANI, op. ult. cit., pag. 622.

<sup>51</sup>Chiaramente in questo caso si trattava di illecito contrattuale, senza però che questo influisse sulle conseguenze risarcitorie.

<sup>52</sup> GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, cit., pag. 39.

<sup>53</sup>Gli accordi del 1950 furono così recepiti nel D.P.R. 14 luglio 1960, n. 1011 e 14 luglio 1960, n. 1019.

<sup>54</sup>C. cost. 8 febbraio 1966, n. 8 e 26 maggio 1966, n. 50, in *Foro It.*, 1966, I, 201 e 1479.

<sup>55</sup>P. SANDULLI, *sub art. 18* in U. PROSPERETTI, *Commentario allo statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, pagg. 509 e segg., che evidenzia come l'intervento fu reso necessario anche dalla raccomandazione dell'OIL n. 119 del 24 giugno 1963 che affermava il principio della necessaria motivazione del licenziamento.

<sup>56</sup>In *Foro it.*, 1965, I, pag. 1119.

indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie [...] e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti.»

### 3. LA L. 16 LUGLIO 1966, N. 604

L'invito fu quindi recepito dal legislatore con la legge n. 604 del 1966, con la quale viene posto il principio di necessaria giustificazione del licenziamento, appunto riprendendo quanto già elaborato con gli accordi interconfederali<sup>57</sup>. Sebbene prima dell'intervento legislativo costituito dalla l. n. 108 del 1990 il portato di tale norma fosse limitato, in ragione del ridotto ambito di applicazione della stessa – costituito inizialmente dalle imprese con meno di trentasei dipendenti, ad esclusione dei licenziamenti collettivi e dei lavoratori licenziabili *ad nutum* –, la l. n. 604/1966 si poneva egualmente come rivoluzionaria<sup>58</sup>, comportando il definitivo abbandono<sup>59</sup> del principio di libera recedibilità.

L'art. 8 l. n. 604/1966 prevede infatti che il datore di lavoro, quando il licenziamento sia intimato in mancanza della giusta causa o del giustificato motivo, sia tenuto a riassumere il lavoratore o, «in mancanza, a risarcire il danno versando una indennità da un minimo di cinque ad un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione». Tale indennità veniva determinata, in questa prima formulazione della norma, avendo riguardo alla dimensione dell'impresa, all'anzianità di servizio e al comportamento delle parti. Inoltre, la misura complessiva di essa veniva ridotta a otto mensilità in caso di anzianità di servizio inferiore a trenta mesi ed innalzata a quattordici in caso di anzianità superiore ai vent'anni; in ogni caso, le misure minime e massime dell'indennità venivano ridotte alla metà per i datori di lavoro che occupavano fino a sessanta dipendenti. Il legislatore, inoltre, specificava che per mensilità di retribuzione si dovesse intendere quella presa a base della determinazione dell'indennità di anzianità.

Stante la facoltà del datore di lavoro di optare liberamente per il pagamento dell'indennità in luogo della riassunzione, si è subito osservato che il mancato rispetto

---

<sup>57</sup>Si tratta di un fenomeno tipico del diritto del lavoro per cui la legge recepisce quanto già precedentemente elaborato a livello contrattuale-collettivo, tra i tantissimi esempi v. da ultimo quanto accaduto con la l. n. 81/2018 sul lavoro agile.

<sup>58</sup>G. PERA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quaderni di scienze sociali*, 1966, pag. 166, parla di "portata rivoluzionaria" della nuova normativa.

<sup>59</sup> Salvi i casi ancor oggi esistenti dei lavoratori licenziabili *ad nutum*.

delle causali giustificatrici del licenziamento previste dalla l. n. 604/1966 comportasse esclusivamente un obbligo economico per il datore di lavoro o, detto in altri termini, che il controllo sulla giustificatezza demandato al giudice incidesse solo sul costo del licenziamento, non invece sulla sua idoneità a risolvere il rapporto di lavoro<sup>60</sup>. Invero persino il concetto di stabilità obbligatoria venne fortemente criticato, osservando come si trattasse di un'«espressione indebitamente ellittica», che significa solo «surrogato obbligatorio della stabilità», in quanto «l'aggettivo non qualifica, come sembra, ma nega in realtà il sostantivo»<sup>61</sup>. Allo stesso modo, costituiva oggetto di critica l'esiguità<sup>62</sup> dell'indennità, tale da renderla un prezzo per l'esercizio abusivo del licenziamento<sup>63</sup>, della cui efficacia deterrente si poteva legittimamente dubitare<sup>64</sup>.

Proprio in ragione di ciò, la disposizione legislativa fu sottoposta ad aspre critiche da parte di chi sottolineava che, pur trattandosi di un passo in avanti rispetto alla disciplina codicistica, si trattasse di un passo troppo corto per soddisfare le esigenze della classe operaia<sup>65</sup>.

Invero i tentativi, a dire il vero piuttosto limitati, di sostenere che l'art. 8 l. n. 604/1966 realizzasse un regime di invalidità del licenziamento intimato senza il rispetto dei presupposti legislativi, vennero considerati sin da subito privi di fondamento<sup>66</sup>. Da ciò derivava una critica all'intero sistema, posto che, come è stato condivisibilmente

---

<sup>60</sup> G.F. MANCINI, *Il nuovo regime del licenziamento*, in AA.VV., *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano, 1973, pag. 191; M. D'ANTONA, *Tutela reale del posto di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994, pag. 4.

<sup>61</sup> G.F. MANCINI, *sub art. 18* in L. MONTUSCHI, G. GHEZZI, G.F. MANCINI, a cura di, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, II ed., Bologna, 1981, pag. 85. Si tratta, pertanto, di una norma *minus quam perfecta*, cfr. M. D'ANTONA, *sub art. 1. Disciplina dei licenziamenti individuali*, *L. 11 maggio 1990, n. 108*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1991, pag. 160 e G. TRIONI, *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, I, pag. 115.

<sup>62</sup> V. DA PINTO, *Licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Milano, 1969, pag. 149, parla di un'imposizione fiscale o poco più; M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, in P. CURZIO, R. SAVINO, a cura di, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: atti del Convegno organizzato dalla sezione di Bari del Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano : Bari, 1-2 marzo 1991*, Bari, 1991, pag. 57, riporta il titolo del quotidiano "il Manifesto" in cui questa sanzione è equiparata ad una multa per divieto di sosta.

<sup>63</sup> A. DI MAJO, *Sindacato di legittimità o sindacato di merito sui licenziamenti cd. tecnologici?*, in *Giur. mer.*, 1970, pag. 524; P.G. ALLEVA, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 allo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, I, pag. 76; parla di imposizione di un balzello per il suo abuso G.F. MANCINI, *sub art. 18*, cit., pag. 85.

<sup>64</sup> G.F. MANCINI, op. loc. ult. cit.

<sup>65</sup> G.F. MANCINI, op. ult. cit., pag. 84.

<sup>66</sup> C. GRASSETTI, *Lo statuto dei lavoratori e i limiti del potere di recesso del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1967, I, pag. 3.

affermato, «un ordinamento che non rifiuta di collegare al negozio di recesso gli effetti voluti dal suo autore anche se esso non è compiuto iure è, a dir poco, un ordinamento in cui l'interesse all'estinzione viene riconosciuto e protetto con larghezza»<sup>67</sup>.

Fin dall'entrata in vigore del provvedimento legislativo, poi, sorse la questione intorno ai presupposti di spettanza dell'indennità, ed in particolare sulla configurazione dell'obbligazione dedotta all'interno dell'art. 8 come obbligazione facoltativa o alternativa, questione alla quale risultava strettamente connessa anche quella inerente al diverso peso da attribuire all'ordine di riassunzione e a quello di corrispondere l'indennità<sup>68</sup>. L'inquadramento dell'obbligazione all'interno dello schema dell'obbligazione facoltativa comportava che l'obbligo di riassunzione fosse considerato come l'obbligazione principale, mentre il pagamento dell'indennità assumesse il ruolo di obbligo secondario, costituendo l'equivalente pecuniario della prestazione principale<sup>69</sup>. A dispetto di quel che potrebbe sembrare, tale inquadramento comportava però alcune conseguenze sfavorevoli per il lavoratore, frequenti nella realtà dei fatti: infatti qualora il datore di lavoro avesse saputo che il lavoratore non aveva più interesse a quel posto di lavoro, ad esempio perché già impegnato in una nuova occupazione, egli avrebbe potuto optare per la riassunzione; al rifiuto del lavoratore non sarebbe stato possibile far discendere l'obbligo di pagamento dell'indennità, considerato che adempiuto, tramite l'offerta, all'obbligo principale, si estingueva l'obbligazione. Analoga conseguenza e quindi l'esclusione di ogni forma di tutela per il lavoratore derivava anche dall'impossibilità di riassunzione, per esempio conseguente all'intervenuta cessazione dell'attività aziendale.

Ulteriore riflesso di quest'impostazione, questa volta favorevole per il lavoratore, era che l'indennità veniva considerata come una conseguenza sanzionatoria esclusivamente connessa alla mancata riassunzione: pertanto rimaneva aperta la strada per una richiesta di risarcimento dei danni subiti dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo, che si sarebbero ipoteticamente sommati all'indennità o aggiunti alla riassunzione<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> G.F. MANCINI, op. ult. cit., pag. 90, conclude nel senso che questo non possa che riflettersi anche sui criteri alla cui stregua vadano apprezzati i fatti per verificare il rispetto delle ragioni giustificatrici.

<sup>68</sup> V. in particolare G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pagg. 157 e segg.

<sup>69</sup> U. PROSPERETTI, *Riflessi della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 legge 1966, n. 604*, in *Mass. giur. lav.*, 1970, pag. 522; Pret. Latina 12 gennaio 1976, in *Orient. giur. lav.*, 1977, pag. 70.

<sup>70</sup> P.G. ALLEVA, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 allo Statuto dei lavoratori*, cit., pag. 82.

Chi invece poneva l'obbligo di riassunzione e quello di pagamento della penale sullo stesso piano considerava che entrambi costituissero sanzioni del licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo<sup>71</sup>. La questione venne risolta definitivamente dall'intervento della Corte costituzionale<sup>72</sup> che ritenne infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 l. n. 604/1966 in riferimento agli artt. 3, 4, 35, 41 Cost., interpretando la norma nel senso che l'indennità sia sempre dovuta, per il solo fatto del mancato ripristino del rapporto ed indipendentemente dalla ragione per cui ciò si verifichi.

Quanto alla natura dell'indennità prevista dall'art. 8 l. n. 604/1966, le letture sono state molteplici: alcuni<sup>73</sup> hanno escluso nettamente che si tratti di un risarcimento, ma hanno attribuito ad essa carattere esclusivamente sanzionatorio, asserendo che si tratti di una sorta di penale: gli elementi portati a favore di quest'impostazione sono costituiti dalla tecnica legislativa utilizzata, consistente nel ragguagliare tra un minimo ed un massimo l'indennità, ma soprattutto nei criteri di determinazione dell'indennità, che portano a ritenere che non si tratti di risarcimento dei danni ma di pura penalità o pena. Secondo tale ricostruzione è proprio il fatto che si tratti di una sanzione e non di un risarcimento del danno e che quindi la norma escluda l'applicazione del rimedio civilistico ordinario, appunto risarcitorio<sup>74</sup>, che potrebbe portare a dubitare della legittimità della norma, anche se lo stesso Autore osserva poi che si deve considerare che il diritto all'indennità, almeno nella misura minima, spetti al lavoratore indipendentemente dal danno e dalla sua prova e che la Corte costituzionale potrebbe sfuggire ad eventuali censure facendo leva sulla insindacabilità della scelta legislativa<sup>75</sup>.

Secondo altri Autori, nonostante la qualificazione di "indennità" ed il fatto che la legge stabilisca parametri estrinseci per la liquidazione del risarcimento, ciò non è sufficiente a

---

<sup>71</sup>Sul punto v. diffusamente, M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, in F. CARINCI, a cura di, *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Napoli, 1991, pagg. 184 e segg.

<sup>72</sup>C. cost. 18 dicembre 1970, n. 194, in *Foro it.*, 1971, I, 3, soluzione successivamente ripresa dalla giurisprudenza, v. Cass. 27 giugno 1978, n. 3186, in *Foro it.*, 1978, I, 2756, dove si esplicita che «il datore di lavoro non è tenuto al risarcimento perché non ha riassunto il dipendente, ma perché lo ha illegittimamente licenziato».

<sup>73</sup>G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, pag. 53.

<sup>74</sup>G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pagg. 156 e segg. afferma che tuttavia, se è comprensibile la scelta di differenziare regime obbligatorio e tutela reale, «resta da spiegare perché non debba essere almeno garantito il risarcimento del danno effettivo e reale».

<sup>75</sup>G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pag. 54.



smentire la natura di vero e proprio risarcimento del danno<sup>76</sup>, il cui titolo è costituito dalla perdita del posto di lavoro: si tratta pertanto di una forma di risarcimento del danno derivante dalla perdita del posto di lavoro<sup>77</sup>, seppur avente caratteri di specialità<sup>78</sup>, tali da aver portato più di qualcuno ad assimilare l'indennità *ex art. 8*, in quanto mezzo di liquidazione preventiva del danno, alla clausola penale<sup>79</sup>.

Tra chi postula una natura risarcitoria dell'indennità e chi una sanzionatoria si inserisce poi una posizione intermedia, sostenuta da un Autore che ne riconosce la polifunzionalità, attribuendo prevalenza alla funzione punitiva e perciò latamente deterrente, rispetto a quella risarcitoria: si evidenzia, infatti, che anche se la devoluzione della somma al lavoratore farebbe propendere per quest'ultima funzione, i parametri scelti per l'articolazione e per la determinazione del *quantum* sono tipici di una prestazione sanzionatoria<sup>80</sup>. Secondo questo Autore è il fatto che ci si muova nell'ottica sanzionatoria che salva la costituzionalità della disciplina, della quale si dovrebbe invece dubitare se ci si muovesse nell'ottica del risarcimento, considerando che la diversa misura dell'indennità dipende da condizioni e qualità del datore di lavoro, e quindi del danneggiante, a parità di danno per il lavoratore.

Se il presupposto comune di tutte le interpretazioni esposte è costituito dal fatto che l'indennità assolva ad una funzione di reazione contro un atto illecito, secondo altri Autori, invece, il recesso arbitrario, anche a seguito dell'introduzione della l. n. 604/1966, non rappresentava un atto illecito, ma semplicemente un atto il cui esercizio dava luogo al versamento di un'indennità; conseguentemente l'indennità veniva considerata come corrispettivo per il recesso arbitrario, di fonte però non convenzionale ma legale<sup>81</sup>. Simile

---

<sup>76</sup> M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, in *Riv. giur. lav.*, 1987, I, pagg. 379 e segg.; D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, pag. 78.

<sup>77</sup> M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 379, che afferma che l'indennità copra specificamente il lucro cessante, e quindi il pregiudizio che la mancata riassunzione proietta verso il futuro.

<sup>78</sup> M. D'ANTONA, *sub art. 1*, cit., pag. 162, la definisce infatti una tecnica di riparazione patrimoniale diversa dal risarcimento del danno in senso proprio; Cass 18 febbraio 1980, n. 1208, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, 607.

<sup>79</sup> D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, cit., pag. 78, M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., pag. 198. *Contra*, affermando che non si tratti di una penale perché come tale si intende una previsione di una somma che superi il danno effettivo per sanzionare M. D'ANTONA, *sub art. 1*, cit., pag. 163.

<sup>80</sup> M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Torino, 16-17 maggio 1987, Milano, 1988, pagg. 9 e segg.

<sup>81</sup> F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sul concetto e sulla natura del giustificato motivo e della giusta causa di licenziamento*, in *Dir. lav.*, 1966, pagg. 304-305.



ricostruzione è stata proposta in senso critico rispetto al testo di legge da parte di chi riteneva che il legislatore altro non avesse fatto che monetizzare il valore del posto di lavoro, attribuendo al lavoratore un surrogato patrimoniale evidentemente insufficiente a tutelare il suo interesse<sup>82</sup> e comunque ben distante dal risarcimento del danno sofferto.

Ancora sulla base delle sue caratteristiche e dell'esiguità dell'importo, è stato infine affermato che l'indennità prevista dalla l. n. 604/1966 costituirebbe una remora di carattere economico all'esercizio del potere di licenziamento, in modo simile a quel che era stata l'indennità di anzianità al momento in cui è stata istituita come indennità di licenziamento<sup>83</sup>.

La marcata specialità dell'indennità ha inoltre comportato che non si sia mai presa in considerazione l'idea di decurtare da essa ciò che il lavoratore avesse guadagnato in una diversa occupazione, sia in quanto si riteneva che il legislatore avesse voluto forfettizzare il danno, che in quanto si considerava che nell'area di tutela obbligatoria il licenziamento, pur illegittimo, era produttivo di effetti, di talché non vi sarebbe stato motivo di detrarre ciò che il lavoratore aveva percepito a seguito dell'interruzione del rapporto di lavoro<sup>84</sup>.

L'opinione assolutamente maggioritaria era inoltre nel senso che il carattere predeterminato e forfettario dell'indennità escludesse l'ulteriore risarcimento, esaurendo l'intera determinazione dell'indennizzo<sup>85</sup>.

In senso contrario all'orientamento esposto si sono levate solo poche voci isolate, per quanto le argomentazioni addotte non risultino prive di fondamento: così chi ha sostenuto

---

<sup>82</sup> G. GHEZZI, *Sul rapporto tra "riassunzione" e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali (a proposito del rifiuto opposto dal lavoratore alla proposta di "riassunzione")*, in *Riv. dir. lav.*, 1968, I, pagg. 225 e segg.; A. FINOCCHIARO, *La legge sui licenziamenti individuali: l'obbligo di riassunzione o il pagamento dell'indennità*, in *Giust. civ.*, 1968, IV, pagg. 105 e segg.; Cass. 16 ottobre 1972, n. 3094, in *Dir. lav.*, 1973, II, 307.

<sup>83</sup> M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, cit., pag. 613, che rileva che gli strumenti civilistici tradizionali siano stati apprestati per risolvere conflitti meramente patrimoniali; da ciò la loro inadeguatezza a risolvere invece l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, di contenuto non meramente patrimoniale.

<sup>84</sup> D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, cit., pag. 78; S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2002, pag. 50 che sostiene però che anche la natura forfettizzata dell'indennità ex art. 8 comportasse l'indetraibilità dell'*aliunde perceptum*, senza che potesse rilevare il diverso titolo da cui deriva l'indennità rispetto a quella prevista dall'art. 18 St. Lav.

<sup>85</sup> Cass. 23 settembre 1986, n. 5715 in *Foro it. rep.*, 1986, 2152; Cass. 8 agosto 1979, n. 6410; Cass. 5 maggio 1971, n. 1276, in *Foro it.*, 1971, I, pag. 1489, Cass. 15 luglio 1972, n. 2450, in *Foro it.*, 1972, I, pag. 3421, queste ultime due aspramente criticate da M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., pag. 199 nella parte in cui affermano che «le misure riparatorie sono idonee ad eliminare ogni pregiudizio patrimoniale» senza alcuna ulteriore indagine sulla corrispondenza al vero di questa affermazione.

che l'indennità assorba l'intero lucro cessante, e quindi le retribuzioni che il lavoratore non ha percepito, posto che il rapporto è validamente, benché illegittimamente, estinto, ha ritenuto invece possibile la liquidazione del danno emergente, costituito ad esempio dai danni che il licenziamento abbia prodotto nella sfera extralavorativa del lavoratore, quali la necessità di ricorrere a prestiti a tassi onerosi ed eventuali spese di trasloco o di sfratti, in quanto la liquidazione legale compensa solo la perdita del posto di lavoro<sup>86</sup>.

In modo ancor più deciso è stata proposta una lettura secondo la quale la previsione dell'indennità contenuta nell'art. 8 l. n. 604/1966 non comporta una limitazione alla possibilità di chiedere ulteriori danni. Cercando di sintetizzare il ragionamento dell'Autore<sup>87</sup>, egli parte dal presupposto che la forfettizzazione operata nella norma riguarda esclusivamente l'indennità, mentre non abbia ad oggetto la riassunzione, rimanendo quindi aperta la possibilità di chiedere il risarcimento del danno ulteriore nel caso in cui il datore di lavoro opti per la riassunzione<sup>88</sup>; stante la posizione paritaria in cui sono poste le due obbligazioni, la medesima possibilità, e quindi il diritto al risarcimento dei danni ulteriori, si deve intendere riconosciuto anche quando il datore di lavoro opti per il pagamento dell'indennità. Come ulteriore argomento viene addotto il fatto che parte della giurisprudenza ritenga sempre applicabile l'azione risarcitoria ordinaria, anche una volta preclusa quella ex art. 8 l. n. 604/1966 con possibilità di richiesta del risarcimento integrale, non soggetto alla forfettizzazione della norma speciale; posto che sarebbe inaccettabile un trattamento peggiore del lavoratore che agisca sulla base della norma lavoristica (norma speciale e di miglior favore nei confronti del lavoratore), si deve concludere che anche a questi spetti l'eventuale ulteriore danno (gravando però sullo stesso il relativo onere probatorio). Sulla base di questi argomenti si offre una lettura della norma, effettivamente capace di superare i dubbi di costituzionalità della stessa<sup>89</sup>, in base alla quale anche nel regime di tutela obbligatoria il lavoratore può ottenere il risarcimento

---

<sup>86</sup> M. D'ANTONA, *sub art. 1*, cit., pag. 163.

<sup>87</sup> M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., pagg. 198 e segg.

<sup>88</sup> In tal senso, ma limitatamente al caso in cui il lavoratore opti per la riassunzione v. anche C. GRASSETTI, *Obbligo di risarcimento in aggiunta alla penale*, in *Or. giur. lav.*, 1968, I, pag. 1.

<sup>89</sup> Ed invero viene richiamata quella giurisprudenza di merito secondo la quale, se non fosse possibile il risarcimento del danno ulteriore, il legislatore della l. n. 604/1966 avrebbe sfavorito il lavoratore, prevedendo un trattamento più sfavorevole rispetto a quello spettante in base al diritto comune, con violazione irragionevole del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost., e che, sulla base di questa considerazione, accede quindi ad un'interpretazione correttiva della norma, nel senso di liquidare anche il danno ulteriore, così Pret. Firenze, 13 novembre 1968, in *Riv. giur. lav.*, 1968, II, 722; giungono alle stesse conclusioni Pret. Milano, 15 febbraio 1967, in *Dir. lav.*, 1967, II, 379; App. Milano, 11 luglio 1967, in *Dir. lav.*, 1968, II, 197; Pret. Roma, 18 marzo 1969, in *Riv. giur. lav.*, 1969, II, 287.

del danno; tale risarcimento dovrebbe, auspicabilmente, essere liquidato su base equitativa tenendo conto delle condizioni professionali ed ambientali con riferimento alle quali valutare le possibilità di una nuova occupazione.

Ritenendo inaccettabile la ricostruzione per cui il licenziamento ingiustificato sarebbe comunque idoneo ad estinguere il rapporto, in quanto altrimenti si ritornerebbe al regime di libera recedibilità, un'ulteriore prospettazione, postula che l'atto estintivo del rapporto vada rinvenuto nel pagamento dell'indennità prevista dall'art. 8 l. n. 604/1966, sostenendo conseguentemente che il datore di lavoro sia tenuto a versare il risarcimento del danno per il periodo anteriore al pagamento di detta indennità<sup>90</sup>.

V'è da dire, comunque, che la tutela obbligatoria di cui alla l. n. 604/1966 non è mai stata oggetto di eccessivo interesse da parte della dottrina per una serie di concause che hanno portato a non focalizzare mai l'interesse su di essa, non da ultimo il fatto che sia stata seguita a distanza di pochissimi anni dall'emanazione dello Statuto dei lavoratori e quindi dall'art. 18. Questo ha comportato una "sorta di illusione collettiva" per cui la tutela obbligatoria parve superata<sup>91</sup>, sia in ragione del fatto che l'ambito di applicazione delle due norme risultava parzialmente sovrapponibile, con la conseguenza che parte della dottrina riteneva che si fosse realizzata un'abrogazione implicita dell'art. 8 l. n. 604/1966, e che l'art. 18 fosse l'unica tutela ormai applicabile<sup>92</sup>, sia del fatto che l'attenzione generale, sia della dottrina ma financo dei lavoratori, si sia spostata sulla portata e sulle problematiche legate alla norma statutaria, tanto che la giurisprudenza in materia è veramente ridotta<sup>93</sup>.

La l. n. 604 del 1966, inoltre, sanciva all'art. 4 la nullità del licenziamento discriminatorio<sup>94</sup> ed all'art. 2 l'inefficacia del licenziamento intimato in forma orale o del

---

<sup>90</sup> F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla natura dei limiti obiettivi al licenziamento e sulla responsabilità del datore in caso di recesso ingiustificato*, in *Dir. lav.*, 1967, I, pag. 213 e segg.

<sup>91</sup> G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, pag. 55.

<sup>92</sup> G.F. MANCINI, *Commento all'art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, I ed, Bologna, 1972, pag. 538; M. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., pagg. 66 e segg.; ID, *I licenziamenti dopo la l. 11.5.1990, n. 108*, Torino, 1991, cap. VII; P.G. ALLEVA, *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in F. Carinci, a cura di, *La disciplina dei licenziamenti dopo le lege 108/1990 e 223/1991*, Napoli, 1991, pagg. 3 e segg.

<sup>93</sup> M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., pag. 173.

<sup>94</sup> Specificamente si tratta del licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata. A tali motivazioni andavano poi aggiunte, secondo un orientamento condivisibile su cui v. tra tutti G. PERA, *voce licenziamenti, I, Licenziamenti individuali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, pag. 8, le ipotesi di licenziamento discriminatorio in quanto intimato in violazione del principio costituzionale di eguaglianza ex art. 3 Cost.

quale il datore di lavoro omettesse di comunicare i motivi a seguito della richiesta avanzata dal lavoratore.

Sia il licenziamento nullo *ex art. 4* che quello inefficace *ex art. 2* risultano quindi inidonei ad estinguere il rapporto; dette norme, tuttavia, non esplicitavano quali fossero le conseguenze, facendo quindi uso delle regole civilistiche si riteneva che il lavoratore potesse chiedere l'accertamento della nullità e dell'inefficacia, considerate assimilabili quanto agli effetti<sup>95</sup>, senza limiti temporali e così ottenere le retribuzioni spettanti in virtù del rapporto di lavoro illegittimamente interrotto<sup>96</sup>, con l'unico possibile temperamento costituito dalla pretesa necessità di messa in mora del datore di lavoro<sup>97</sup>. La mancata esplicitazione nella norma delle conseguenze della nullità e dell'inefficacia, tuttavia, comportava che la giurisprudenza ritenesse risarcibile, nella maggior parte delle ipotesi, solo il danno effettivamente patito e dimostrato dal lavoratore, che così in alcuni casi risultava destinatario di una tutela di contenuto inferiore rispetto a chi era stato licenziato senza un valido motivo<sup>98</sup>.

Con l'entrata in vigore dell'art. 18 St. Lav., invece, la questione sembra trovare una diversa soluzione, in quanto sia in dottrina che in giurisprudenza<sup>99</sup> comincia ad affermarsi l'idea che la norma statutaria sia dotata di una forza espansiva, tale da far sì che possa essere utilizzata al di fuori delle situazioni che espressamente rientrano nel suo campo di applicazione ma che egualmente non producono l'effetto estintivo del rapporto di lavoro,

---

<sup>95</sup>M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, cit., pagg. 672 e segg. evidenzia come il legislatore parli di inefficacia ma si tratti in realtà, in sostanza, di nullità, nello stesso senso A. ROSSI, *Il recesso per giustificato motivo nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato*, in *Lav. sic. soc.*, 1966, pag. 828, *contra* G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 163, secondo il quale andrebbe applicato in questo caso il disposto dell'art. 8 l. n. 604/1966.

<sup>96</sup> P. SANDULLI, *Commento all'art. 18*, in U. PROSPERETTI, a cura di, *Commentario allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1975, pag. 555. Anche in dottrina, d'altro canto, non mancavano ricostruzioni confliggenti, in particolare tra chi riteneva che le conseguenze andassero individuate nell'obbligo di corrispondere le retribuzioni, v. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 162, come previsto dalla l. 9 gennaio 1963, n. 7 sul divieto di licenziamento a causa di matrimonio, (così D. NAPOLETANO, *Lo statuto dei lavoratori*, Napoli, 1971, pag. 282), e chi, invece, riteneva che sorgesse in capo al datore di lavoro un obbligo risarcitorio, v. per questa ultima posizione A. BUGGÈ, *Considerazioni sulla speciale disciplina processuale della materia dei licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1967, I, pag. 89.

<sup>97</sup> Così G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, II, Il recesso straordinario*, Milano, 1965, pag. 271; F. LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pag. 1094.

<sup>98</sup> Critico sulla scelta legislativa di non disciplinare espressamente le conseguenze, sottolineando come il datore di lavoro in caso di mora *accipiendi* è tenuto a risarcire il lucro cessante integrale, G.F. MANCINI, *Il progetto di legge sulla "giusta causa" e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, pag. 121.

<sup>99</sup> C. cost. 30 novembre 1982, n. 204, in *Foro it.*, 1982, I, 2981.

come le ipotesi di nullità o inefficacia del licenziamento, indipendentemente dalla consistenza occupazionale del datore di lavoro<sup>100</sup>.

### 3.1. LE MODIFICHE APPORTATE DALLA L. N. 108/1990

La l. n. 108 del 1990 incide sostanzialmente sull'ambito di applicazione della l. n. 604 del 1966, universalizzando la tutela del posto di lavoro, riconoscendo così alla generalità dei lavoratori il diritto alla stabilità, seppur obbligatoria, del rapporto.

È stato evidenziato che la soppressione del recesso *ad nutum* e la generalizzazione<sup>101</sup> della tutela avverso il licenziamento illegittimo abbia rispecchiato una scelta politica<sup>102</sup> di garantire non solo il diritto all'occupazione, come strumento di garanzia del diritto alla retribuzione ed al lavoro, e quindi di attuazione degli artt. 4 e 36 Cost., ma, soprattutto, la dignità sociale del lavoratore<sup>103</sup>, approntando una garanzia universale della dignità propria del lavoratore, oltre che di superamento della sua genetica posizione di debolezza<sup>104</sup>.

Con la modifica apportata la tutela obbligatoria risulta estesa a tutti i lavoratori esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 18 St. Lav.; conseguentemente con la l. n. 108/1990 viene adattato al mutato ambito di applicazione l'ammontare del minimo e del massimo dell'indennità prevista all'art. 8, e l'importo risulta quindi compreso – com'è tutt'ora – tra due virgola cinque e sei mensilità, con la possibilità di maggiorazione fino a dieci mensilità per i lavoratori con un'anzianità superiore a dieci anni ed a quattordici mensilità per i lavoratori con anzianità superiore a vent'anni, purché in entrambi i casi dipendenti di un'azienda con più di quindici dipendenti. Mutano inoltre anche i parametri utilizzati per graduare l'indennità, poiché a quelli originari si aggiungono il numero dei dipendenti occupati, le condizioni delle parti; cambia, infine, il parametro di riferimento per commisurare l'indennità, che diventa l'ultima retribuzione globale di fatto. La modifica è

---

<sup>100</sup> M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 69.

<sup>101</sup> Con le dovute precisazioni, stante la perdurante operatività del recesso *ad nutum* per determinate categorie di lavoratori.

<sup>102</sup> Scelta dettata anche da ragioni contingenti: la l. n. 108 del 1990 rispondeva alla necessità di evitare il referendum promosso da Democrazia Proletaria con la proposta di abrogare il riferimento all'art. 18 contenuto nell'art. 35 St. lav. e così estendere a tutti la tutela reale

<sup>103</sup> U. ROMAGNOLI, *Piccole imprese e grandi traumi*, in *Lav. dir.*, 1990, pagg. 517 e segg.

<sup>104</sup> E. GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, in *Lav. dir.*, 1992, III, pag. 464, che sottolinea l'importanza, sotto questo profilo, della norma che impone la comunicazione obbligatoria dei motivi.

stata oggetto di critiche da ogni fronte: da un lato, infatti, è stata criticata la scelta legislativa di mantenere gli importi ridotti dell'indennità<sup>105</sup>, tanto più considerando che, trascorso un certo periodo dall'entrata in vigore della l. n. 604/1966, era divenuto chiaro che la riassunzione si poneva come un'alternativa solo nominale alla scelta indennitaria, «configurando la stabilità cosiddetta obbligatoria quale variante onerosa dell'esercizio del potere (o libertà) di recesso»<sup>106</sup>. Sul fronte opposto l'importo della penale è stato criticato con riferimento al fatto che la previsione interessasse anche i piccolissimi datori di lavoro, sottolineando come gli effetti per i modestissimi esercizi con un solo dipendente di una siffatta indennità possano risultare dirompenti<sup>107</sup>, mentre secondo altri proprio i più ridotti requisiti dimensionali dei datori di lavoro avrebbero potuto far sì che la nuova tutela si ponesse – finalmente – come efficacemente dissuasiva<sup>108</sup>.

Nonostante le modifiche apportate dalla l. n. 108/1990 alla precedente formulazione dell'art. 8 l. n. 604/1966, anche i criteri introdotti *ex novo* hanno ad oggetto elementi differenti rispetto a quelli tipici del risarcimento del danno, attenendo solo molto approssimativamente al danno subito dal lavoratore, e rimane la forfettizzazione con il limite minimo e quello massimo, pertanto non risultano esservi innovazioni circa le questioni attinenti alla natura dell'indennità.

Con riferimento ai licenziamenti discriminatori, invece, l'art. 3 della l. n. 108/1990 segna il definitivo superamento della originaria impostazione e il consolidamento di quanto già da anni andava affermandosi in giurisprudenza circa la portata espansiva dell'art. 18 St. Lav. specificando che, indipendentemente dalla consistenza numerica dell'impresa, si applica il regime dettato da quest'ultima norma e dando una soluzione ai dubbi circa le conseguenze della nullità del licenziamento secondo le regole del diritto comune.

---

<sup>105</sup> M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pagg. 57 e segg., che però individua forti vantaggi per tutti i lavoratori nell'estensione del principio di generale giustificazione del licenziamento, anche a livello di lotta al lavoro sommerso e della concreta tutela che risulta offerta ai lavoratori vittima di licenziamenti discriminatori.

<sup>106</sup> E. GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, cit., 466; nello stesso senso G.F. MANCINI, *sub art. 18*, cit. p. 243; M. D'ANTONA, *sub art. 1*, cit., pag. 160.

<sup>107</sup> G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pag. 55; G. GIUGNI, relazione di sintesi, in P. CURZIO, R. SAVINO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., p. 144.

<sup>108</sup> M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., pag. 174.

#### 4. L'ART. 18 STATUTO DEI LAVORATORI

##### 4.1. LA FORMULAZIONE ORIGINARIA DELLA NORMA

Con l'introduzione dello Statuto dei lavoratori si realizzava un mutamento epocale<sup>109</sup> nella disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo, prevedendo l'obbligo di reintegra del lavoratore, superando «l'incoerente binomio illiceità-validità»<sup>110</sup>. Con tale disposizione non solo si determinava un'unificazione delle sanzioni, per cui era sufficiente affermare che il licenziamento fosse illegittimo, senza bisogno di specificarne la causa<sup>111</sup>, il vizio che lo inficiava, superando le distinte previsioni contenute nella l. n. 604/1966, per ottenere la reintegra, ma veniva apprestata quella che è stata descritta come la «definitiva e completa tutela all'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro»<sup>112</sup>.

La norma esplicitava quali sono le conseguenze di natura economica del licenziamento invalido, appunto omogenee per il licenziamento nullo, annullabile od inefficace: il diritto per il lavoratore al risarcimento del danno subito per il licenziamento, la cui misura non può essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione determinata ai sensi dell'art. 2121 c.c., e dal momento della sentenza e sino all'effettiva reintegrazione le retribuzioni dovute in virtù del rapporto di lavoro.

##### 4.1.1. LE SOMME DOVUTE PER IL PERIODO DAL LICENZIAMENTO ALLA SENTENZA

La formulazione della norma, che distingueva tra periodo precedente e periodo successivo alla sentenza per differenziare il titolo in base a cui sono attribuite le somme, unitamente alla problematica ricostruzione degli effetti dell'annullamento del licenziamento, hanno dato vita a problemi interpretativi attorno alla qualificazione giuridica e alla causa genetica delle attribuzioni patrimoniali, che si sono affiancati a quelli che hanno segnato i primi anni di vita della norma, relativi in particolar modo al contenuto dell'ordine di reintegra.

---

<sup>109</sup> Sui disegni di legge e sull'*iter* che ha condotto alla prima formulazione dell'art. 18 v. P. SANDULLI, *sub art. 18*, cit., pag. 521.

<sup>110</sup> A. NICCOLAI, *sub art. 18*, in O. MAZZOTTA, a cura di, *I licenziamenti*, *Commentario*, cit., pag. 784.

<sup>111</sup> G. PERA, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1971, pag. 1286.

<sup>112</sup> M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, cit., pag. 698.



Cercando di sintetizzare le diverse ricostruzioni prospettate, secondo parte della dottrina il legislatore avrebbe errato nel qualificare come risarcimento e non come retribuzione le somme spettanti al lavoratore prima della sentenza; invero, trattandosi di una pronuncia di annullamento, con effetto quindi *ex tunc*,<sup>113</sup> l'atto illegittimo, il licenziamento, avrebbe cessato con essa di produrre i propri effetti, ed il diritto del lavoratore per effetto della sentenza avrebbe avuto ad oggetto le retribuzioni che gli sarebbero spettate per il periodo intermedio se il rapporto non fosse stato interrotto<sup>114</sup>. Avverso tale ricostruzione si opponeva peraltro l'incompatibilità della natura retributiva delle attribuzioni con la previsione normativa di una somma minima di cinque mensilità, oltre alla circostanza che la retribuzione fosse richiamata esclusivamente per fissare i criteri di calcolo del danno minimo legislativamente presunto, rifacendosi non casualmente alla retribuzione determinata ai sensi dell'art. 2121 c.c., e quindi ad un parametro forfettizzato e non alla retribuzione effettivamente percepita<sup>115</sup>.

Stante quindi l'inequivoco dato letterale della norma, finiva per affermarsi l'idea per cui si trattasse di una forma di invalidità a regime speciale, caratterizzata dal fatto che l'annullamento non producesse effetti *ex tunc*<sup>116</sup> o, secondo altri, visto che solo le conseguenze patrimoniali risultavano diversificate rispetto a quanto previsto dal diritto civile, che si configurasse un regime speciale del risarcimento del danno<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> Ma per le varie teorie sul momento in cui diventa efficace l'annullamento cfr. G.F. MANCINI, *sub art.* 18, cit., pag. 122.

<sup>114</sup> G. PERA, *Commento all'art. 18*, in C. ASSANTI, G. PERA, a cura di, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, pag. 204; M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, cit., pag. 124; F. CALÀ, *Mancata reintegra, obbligo di retribuire e detrazione dello "aliunde perceptum"*, in *Dir. lav.*, 1979, II, pagg. 214 e segg.; O. MAZZOTTA, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo fra "sanzione" e "adempimento"*, in *Foro it.*, 1978, I, pagg. 2170 e segg.; A. DI MAJO, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, pag. 265.

<sup>115</sup> U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, a cura di, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, II ed., cit., pag. 123.

<sup>116</sup> Così F.P. ROSSI, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300*, in *Notiz. Giur.*, 1970, pag. 655; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pagg. 182 e segg.; R. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del risarcimento danno nel disposto dell'art. 18 della l. n. 300/70 (a proposito di due recenti pronunzie della Cassazione a Sezioni Unite)*, in *Mass. giur. lav.*, 1985, pag. 343, che offre una spiegazione della previsione dell'obbligo alle retribuzioni in luogo del risarcimento del danno con il fatto che se è vero che all'invalidità del negozio consegue nella generalità dei casi la negazione in radice degli effetti, sono fatti salvi i casi in cui l'ordinamento preveda una diversa regolamentazione per salvaguardare le situazioni, di fatto e di diritto, che si sono verificate in conseguenza del negozio.

<sup>117</sup> M. NAPOLI, *voce Licenziamenti*, cit., pag. 66; M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 383 parla invece di «integrazione legale degli effetti del rapporto di lavoro» per spiegare i plurimi effetti sanzionatori discendenti dal licenziamento illegittimo.



La natura risarcitoria delle somme spettanti in conseguenza del licenziamento ingiusto è stata motivata inoltre con la considerazione che il licenziamento viola obblighi diversi, alcuni dei quali posti a tutela di interessi prevalentemente personalistici del lavoratore, esponendo quindi ad una responsabilità più ampia di quella derivante dall'inadempimento dell'obbligazione retributiva: non può quindi che avere natura di risarcimento la somma attribuita al lavoratore per la lesione di tali diritti, oltre che per la perdita della retribuzione<sup>118</sup>.

Nel ricostruire la qualificazione delle somme dovute per questo periodo, parte della dottrina ha fatto leva sul concetto di *mora accipiendi*, ipotizzando che il datore di lavoro cadesse in mora rifiutando senza motivo le prestazioni del lavoratore<sup>119</sup>; tuttavia, a ben vedere, dal punto di vista della qualificazione delle somme corrisposte al lavoratore tale ricostruzione si mostrava sostanzialmente priva di conseguenze rilevanti, posto che non incideva sui criteri di calcolo del risarcimento del danno, che rimanevano affidati al diritto comune<sup>120</sup>, né si otteneva univocità circa le conseguenze di tale qualificazione: secondo alcuni infatti da essa discendeva che le somme avessero natura di retribuzione<sup>121</sup>, secondo altri egualmente di risarcimento del danno<sup>122</sup>.

Ulteriore questione era quella costituita dalle modalità di calcolo del *quantum* del risarcimento nella parte eccedente il minimo di cinque mensilità fissato dalla norma. Il legislatore, invero, oltre a stabilire che il minimo di cinque mensilità andava rapportato alla retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto, non aveva offerto al riguardo, nella formulazione originaria, altre indicazioni utili agli interpreti e le diverse posizioni comportavano consistenti differenziazioni quanto al regime applicabile alle somme.

---

<sup>118</sup> M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Padova, 1979, pag. 141.

<sup>119</sup> G. GHEZZI, *I licenziamenti dalla "penale" alla "reintegra" dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971, pagg. 305 e segg.; F. LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 1062.

<sup>120</sup> M. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, cit., pag. 66.

<sup>121</sup> E. GHERA, *Spunti critici in tema di mora del creditore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1970, I, pagg. 91 e segg., P.G. ALLEVA, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 allo statuto dei lavoratori*, cit., pagg. 67 e segg.; F. LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., pag. 977.

<sup>122</sup> F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., pagg. 233 e segg.; G. GHEZZI, *I licenziamenti dalla "penale" alla "reintegra"*, cit., pag. 297 e segg.; G.F. MANCINI, *Commento all'art. 18*, I ed, *passim*.

La giurisprudenza ha sin da subito ritenuto<sup>123</sup> che il risarcimento si dovesse identificare, sostanzialmente, nella misura della retribuzione persa, con la conseguenza che esso non poteva non contenere in primo luogo tutte le retribuzioni perse dal lavoratore<sup>124</sup>. Ciò in quanto si riteneva che la previsione del diritto al risarcimento del danno, per giunta rafforzato, stante la previsione della misura minima, non poteva comportare la negazione del diritto che sarebbe comunque spettato al lavoratore in base ai principi di diritto comune a seguito dell'annullamento del licenziamento<sup>125</sup>.

Anche qui, tuttavia, le posizioni si diversificavano: una prima questione atteneva all'onere probatorio, in quanto in alcune pronunce si affermava che la prova doveva considerarsi *in re ipsa* appunto per quanto riguarda la perdita della retribuzione<sup>126</sup>, o che comunque, trattandosi di una prestazione di natura sostanzialmente alimentare, dovesse ritenersi operante una presunzione semplice a temperare l'onere a carico del lavoratore<sup>127</sup>; al contrario in altre sentenze, in applicazione del disposto dell'art. 2697 c.c., l'intero onere probatorio veniva addossato al lavoratore<sup>128</sup>.

Si riscontravano inoltre significative divergenze in ordine ai criteri di determinazione del danno: secondo una prima ricostruzione, la previsione esplicita del diritto al risarcimento per il periodo fino alla sentenza ha «un'alta consistenza normativa», escludendo che al lavoratore spetti «la retribuzione», fermo restando, però, che il risarcimento assume la funzione di compensare il danno che consiste essenzialmente nella perdita o nella mancata acquisizione della retribuzione. Non vi è, quindi, un cambiamento di natura della retribuzione: la retribuzione resta ragione di danno, «incidente sulla misura

---

<sup>123</sup> Si tratta, secondo M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 381, di una soluzione «più intuita che ragionata».

<sup>124</sup> Cass. 28 maggio 1976, n. 1927, in *Riv. giur. lav.*, 1987, I, 381.

<sup>125</sup> «Perciò ci si sforza di conciliare risarcimento e retribuzione, nozioni che alla dottrina appaiono antitetiche», M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in F. CARINCI, a cura di, *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, cit., pag. 133.

<sup>126</sup> Cass. 2 novembre 1977, n. 5079, in *Riv. giur. lav.*, 1978, II, 847; Cass. 1 agosto 1986, n. 4958, in *Mass. foro it.*, 1986.

<sup>127</sup> Cass. 28 giugno 1978, n. 3271, *Riv. giur. lav.*, 1978, II, pag. 533.

<sup>128</sup> Cass. 14 giugno 1983, n. 4088 in *Giust. civ.*, 1983, I, 2934; Cass. 28 giugno 1978, n. 3271, in *Riv. giur. lav.*, 1978, II, pag. 533; Cass. 18 febbraio 1980, n. 1208, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, pag. 607; in dottrina per tale posizione e critico verso quanto poi affermato dalle Sezioni Unite, R. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del risarcimento danno nel disposto dell'art. 18 della l. n. 300/70*, cit., pag. 346, secondo cui si tratta di coesistenzialità del danno alla lesione del diritto in relazione all'*an* ma non in relazione al *quantum* e, conseguentemente, il danno può consistere *prima facie* nella perdita del trattamento retributivo, ma questo non è sufficiente a stabilire l'entità del danno medesimo e a fondare una presunzione di coincidenza del danno alle retribuzioni perdute: da qui l'onere per il lavoratore di dimostrare qual è l'entità del danno sofferto.

ma non sul mezzo del risarcimento», mentre il danno è costituito solo dal saldo passivo nel patrimonio del lavoratore dell'intera vicenda. Da tali premesse consegue che il risarcimento non dev'essere necessariamente equivalente all'importo delle retribuzioni perse e che, in particolare, non spetta per i danni evitabili con l'ordinaria diligenza, ammettendosi quindi la detrazione sia dell'*aliunde perceptum* che dell'*aliunde percipiendum*.<sup>129</sup>.

A questa prospettazione si contrapponeva, invece, quella di coloro che ritenevano che il risarcimento dovesse essere equivalente alle retribuzioni perse, considerando che quello posto dall'art. 18 St. Lav. fosse un regime di diritto speciale esente dall'applicazione delle regole ordinarie sul risarcimento del danno, se non con riferimento alla possibilità che il lavoratore provi di aver subito un danno eccedente alla misura delle retribuzioni, possibilità che deve ritenersi ammessa in virtù della polifunzionalità del danno<sup>130</sup>.

Con riferimento, in particolare, alla possibilità di detrarre i guadagni percepiti dal lavoratore *medio tempore*, essa veniva riconosciuta da chi riteneva applicabili le ordinarie regole risarcitorie sulla base del fatto che tali guadagni derivassero dall'esercizio della disponibilità lavorativa, delle energie, liberate per effetto del licenziamento, e che pertanto, per quanto tali guadagni derivassero dall'instaurazione di un altro rapporto, esistesse un legame diretto con il licenziamento illegittimo sufficiente a porre in compensazione dette somme<sup>131</sup>. Questo, peraltro, sembra essere stato anche il pensiero del legislatore, come emerge dai lavori preparatori<sup>132</sup>, nei quali il problema del risarcimento del danno da corrispondere al lavoratore viene considerato marginale, in quanto sembra che l'idea di fondo sia quella per cui nella generalità dei casi il lavoratore non rimanga in attesa della reintegrazione, ma cerchi una nuova occupazione, dovendo provvedere al sostentamento proprio e della propria famiglia<sup>133</sup>, e dovendola perciò

---

<sup>129</sup> M. DELL'OLIO, *Il risarcimento ex art. 18 nella giurisprudenza più recente*, in *Mass. giur. lav.*, 1985, pag. 292; ID, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, in *Mass. giur. lav.*, 1979, pag. 539; nello stesso senso, ma escludendo la possibilità di detrazione dell'*aliunde percipiendum*, M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 151 e segg.

<sup>130</sup> P.G. ALLEVA, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla l. 15 luglio 1966, n. 604 allo statuto dei lavoratori*, cit., pag. 93; M.V. GENTILI BALLESTERO, *I licenziamenti*, cit., p. 133; M.G. GAROFALO, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1, 563 e ss; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., pagg. 22 e segg.

<sup>131</sup> M. DELL'OLIO, *Il risarcimento ex art. 18 nella giurisprudenza più recente*, cit., pag. 292.

<sup>132</sup> così M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pagg. 130 e segg.

<sup>133</sup> Come viene espresso efficacemente in una pronuncia di merito «il lavoratore dovrà assai presto cercarsi una nuova occupazione, se non vuole morire di fame» Trib. Torino, 9 dicembre 1974, in *Notiz. giur. lav.*, 1975, 119.

reperire in tempi sufficientemente brevi. Sempre con riferimento alla possibilità di incidere sulla misura del risarcimento, si pone su un altro piano la detraibilità dell'*aliunde percipiendum*, che secondo alcuni<sup>134</sup> deve riconoscersi in applicazione dei principi di diritto civile<sup>135</sup>, ed in particolare dell'art. 1227, co. 2, c.c. nella parte in cui prevede che i danni non siano dovuti per ciò che il debitore avrebbe potuto evitare utilizzando l'ordinaria diligenza<sup>136</sup>. L'affermazione di tale possibilità rimaneva però minoritaria non solo in quanto ritenuta troppo estrema quanto alle conseguenze, in assenza di un esplicito dato normativo, ma anche poiché si riteneva inconferente il richiamo ai principi civilistici di cui alla norma menzionata, in quanto se il danno deriva, per il periodo intermedio, dall'illegittima esclusione dal posto di lavoro – e non dalla perdita di esso – il titolo del danno permane inalterato, senza che il comportamento diligente del lavoratore nella ricerca di una nuova occupazione possa influire su di esso<sup>137</sup>.

Per altro verso si ammetteva invece comunemente<sup>138</sup> la prova del maggior danno subito dal lavoratore, quindi questa volta derogando alla presunzione di corrispondenza del risarcimento alle retribuzioni perse in senso favorevole allo stesso: si consideravano quindi risarcibili danni che potevano consistere in conseguenze riflesse del licenziamento, quali quelli derivanti dalla necessità di aver dovuto corrispondere interessi passivi per prestiti, di aver subito sfratti<sup>139</sup>, o in genere atti esecutivi, con tutte le conseguenze economiche da ciò derivanti, o consistere in svantaggi nella vita di relazione<sup>140</sup>. Ancora, si ritenevano risarcibili i danni alla professionalità, consistenti in primo luogo nel danno

---

<sup>134</sup> Ad onore del vero inizialmente una parte minoritaria della dottrina, espressamente in senso contrario P.G. ALLEVA, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla l. 15 luglio 1966, n. 604 allo statuto dei lavoratori*, cit., pag. 101, che porta come argomento in senso contrario il fatto che il datore di lavoro è tenuto, in base a quanto espressamente previsto dalla norma, al pagamento dei contributi previdenziali, e che questi non possono essere certamente parametrati al pregiudizio effettivamente subito dal lavoratore.

<sup>135</sup> Secondo quanto affermato anche dalla giurisprudenza in tema di recesso illegittimo dal contratto a termine.

<sup>136</sup> M. DELL'OLIO, *Il risarcimento ex art. 18 nella giurisprudenza più recente*, cit., pag. 292, che specifica che però non è il lavoratore che deve provare di essersi attivato con diligenza nella ricerca di una nuova occupazione, ma è al datore di lavoro che spetta di dimostrare che il lavoratore era in una situazione tale per cui, con l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto evitare o ridurre il danno.

<sup>137</sup> M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 387.

<sup>138</sup> La prova del danno ulteriore era ammessa sia da parte di chi identificava nel regime dell'art. 18 St. Lav. un regime di diritto speciale che da parte di chi riteneva operanti le regole ordinarie sul risarcimento.

<sup>139</sup> M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 386.

<sup>140</sup> U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, cit., pag. 127.

professionale subito per non aver potuto svolgere la prestazione<sup>141</sup>, ma anche nella mancata partecipazione ad un concorso interno<sup>142</sup> e, secondo alcuni, i danni derivanti dalla dequalificazione in un impiego alternativo<sup>143</sup>. Sebbene tale possibilità fosse comunemente ammessa, si evidenziava da parte della dottrina come nei fatti fosse però ben più difficile ottenere il risarcimento del danno ulteriore, in quanto la giurisprudenza tendeva ad appiattirsi sulla presunzione di corrispondenza tra il danno e le retribuzioni perse<sup>144</sup>.

A dirimere il contrasto sorto tra le diverse posizioni esposte interveniva la Cassazione a sezioni unite, con la pronuncia 29 aprile 1985, n. 2762<sup>145</sup>, poi avallata dalla Corte costituzionale<sup>146</sup>, nella quale si affermava l'esistenza di una presunzione di coincidenza tra il danno subito dal lavoratore e le retribuzioni perse: si stabiliva quindi il diritto del lavoratore illegittimamente licenziato a percepire tutte le retribuzioni perdute, senza necessità di addossargli l'onere della prova circa l'esistenza di tale danno. Ferma restando tale presunzione, per cui l'entità del danno si determinava nella misura delle retribuzioni perse, venivano fatti salvi i maggiori danni che il lavoratore avesse subito, la prova dei quali gravava sullo stesso, ma riconoscendo la possibilità di dedurre quanto lo stesso abbia percepito impiegando altrove le proprie energie lavorative, circostanza di cui spetta la prova in capo al datore di lavoro.

Il regime descritto trovava una deroga, secondo alcuni, nei casi di licenziamento nullo o inefficace, in relazione ai quali parte della dottrina sosteneva che, essendo l'atto di licenziamento inidoneo a modificare la situazione giuridica preesistente, nemmeno in via provvisoria, il lavoratore avrebbe conservato il diritto alla prestazione retributiva, che si

---

<sup>141</sup> F. MAZZIOTTI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in P. RESCIGNO, diretto da, *Trattato di diritto privato*, Torino, 1986, pag. 364, che si basa sul fatto che dal contratto di lavoro deriva in capo al lavoratore non solo il diritto alla controprestazione, la retribuzione, ma il diritto all'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa; *contra*, se non nei casi in cui nel contratto fosse stato dedotto un interesse ulteriore del lavoratore rispetto a quello rientrante nella causa tipica del contratto di lavoro, M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 1993, pagg. 267 e segg.

<sup>142</sup> M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 386.

<sup>143</sup> M. DELL'OLIO, *Il risarcimento ex art. 18 nella giurisprudenza più recente*, cit., pag. 293; *contra* M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 361; secondo cui non è deducibile il guadagno ottenuto mediante un'attività in cui il lavoratore non abbia potuto esercitare la propria professionalità.

<sup>144</sup> U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, cit., pag. 129 che afferma che allora è un puro artificio dichiarare che il danno comprende «quantomeno», «in primo luogo» le retribuzioni, giacché il lavoratore di fatto viene dissuaso dal chiedere il risarcimento del danno ulteriore, in quanto solo indirettamente causati dal licenziamento.

<sup>145</sup> In *Mass. giur. lav.*, 1985, pag. 181 e in *Foro it.*, 1985, I, pag. 2247 con nota di M. D'ANTONA.

<sup>146</sup> Corte Cost. 14 gennaio 1986, n. 7, in *Foro it.*, 1986, I, 1985.

sarebbe sommato a quanto dovuto in base al comma 2 dell'art. 18 e quindi al risarcimento del danno<sup>147</sup>. La tesi è rimasta però minoritaria in quanto, come già si è avuto modo di dire, la maggior parte della dottrina ha riconosciuto l'elevata specialità del regime dell'art. 18, che risulta quindi sostitutivo del diritto comune in quanto «sanzione risarcitoria speciale ed esclusiva»<sup>148</sup>, contestando, inoltre, la possibilità che si determinasse un diverso trattamento tra destinatari di un licenziamento nullo e di uno annullabile, stante l'espressa equiparazione operata dal legislatore quanto agli effetti delle diverse cause di illegittimità<sup>149</sup>.

#### 4.1.2. IL MINIMO DI CINQUE MENSILITÀ

Sempre nell'ambito delle conseguenze relative al periodo dal licenziamento alla sentenza si pone la previsione del minimo di cinque mensilità, anch'essa caratterizzata da un elevato grado di specialità, ed a proposito della quale sono state offerte differenti letture, anche critiche<sup>150</sup>.

Secondo la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza si tratta di una presunzione forfettaria di danno, per effetto della quale opera un'eccezione alla regola per cui sul leso incombe l'onere di allegare e provare l'entità del danno subito<sup>151</sup>. Il riconoscimento delle retribuzioni in tale misura, invero, costituirebbe una presunzione del danno minimo subito dal lavoratore, le cui ragioni sono state variamente individuate: secondo alcuni tale misura andrebbe collegata al tempo di attesa per un impiego confacente, che non può concludersi positivamente prima di cinque mesi dal giorno del licenziamento, motivo per il quale il legislatore ha inteso trasferire integralmente il relativo costo economico sul datore di lavoro<sup>152</sup>; secondo una prima pronuncia della Corte Costituzionale, invece, il riferimento su cui si fonda la presunzione sarebbe la durata

---

<sup>147</sup> Determinandosi una situazione di *mora credendi*, F. LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, cit., 1094; Pret. Palermo 30 aprile 1974, in *Riv. Giur. lav.*, 1975, II, 276; in senso dubitativo U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, cit., pag. 95.

<sup>148</sup> M.G. GAROFALO, *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in G. GIUGNI, diretto da, *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, pag. 279.

<sup>149</sup> M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, cit., pag. 136.

<sup>150</sup> Secondo G. ARDAU, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1972, pag. 1204, si tratta di una mostruosità giuridica.

<sup>151</sup> D. NAPOLETANO, *Lo statuto dei lavoratori*, cit., pag. 79.

<sup>152</sup> U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, cit., pag. 126 e segg.

media dei procedimenti pretorili<sup>153</sup>, secondo altri, infine, si tratta di una presunzione forfettaria del danno insito nel fatto stesso del licenziamento<sup>154</sup>.

Ancora, è stato affermato da un Autore che le cinque mensilità spetterebbero proprio in quanto misura del danno predeterminata e costituirebbero l'oggetto principale della richiesta del lavoratore, al quale nella generalità dei casi dovrebbe essere corrisposto quindi il risarcimento così determinato, sebbene sia fatta salva la possibilità di dimostrare il maggior danno eventualmente subito<sup>155</sup>.

La Corte Costituzionale, tornando successivamente ad esprimersi sulla disposizione in questione<sup>156</sup>, affermava che con la previsione eccezionale di tale presunzione *iuris et de iure* di danno «il legislatore ha operato un non irragionevole bilanciamento complessivo per il fatto di aver simmetricamente riconosciuto al datore di lavoro l'esercizio della facoltà di recesso, idonea ad incidere unilateralmente ed immediatamente nella sfera degli interessi del lavoratore», riequilibrando il potere privato, a fronte del quale il lavoratore versa in una situazione di soggezione.

Quelle descritte sono quindi ricostruzioni, largamente diffuse, che affermano la natura risarcitoria di tale somma<sup>157</sup>, mantenendosi così aderenti al testo della norma; ad esse si affiancano quelle di chi invece attribuisce ad essa una valenza sanzionatoria. Ciò viene sostenuto individuando il titolo dell'attribuzione non nell'inadempimento contrattuale, ma nell'illegittimo esercizio del potere di recesso; si viene così a creare un'obbligazione minima a titolo di sanzione, volta a responsabilizzare il datore di lavoro nell'esercizio del potere<sup>158</sup>, anche considerando il fatto che il licenziamento provoca «non solo una perdita

---

<sup>153</sup> Corte cost., 3 luglio 1975, n. 178, secondo la quale vanno quindi esclusi i dubbi di legittimità della norma, essendo quella dettata dal legislatore una «misura realistica», che costituisce comunque legittimo esercizio di discrezionalità politica da parte del legislatore. *Contra* U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, cit., pag. 132, secondo cui è una fiducia mal riposta, ed invero la presunzione legale non può riguardare i tempi di svolgimento della lite che anzi in quei tempi erano lunghissimi.

<sup>154</sup> G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 179; M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 383.

<sup>155</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del risarcimento danno nel disposto dell'art. 18 della l. n. 300/70*, cit., pag. 347, ciò si lega al pensiero dell'Autore che si pone in netto contrasto con la presunzione di corrispondenza del danno con le retribuzioni perse.

<sup>156</sup> C. cost., 23 dicembre 1998, n. 420, in *Dir. rel. ind.* 1999, 379.

<sup>157</sup> Bisogna dare conto della diversa posizione espressa da M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 147, limitatamente al caso in cui il lavoratore venga poi reintegrato: in questo caso si tratterebbe di «adempimento tardivo dell'originario debito pecuniario».

<sup>158</sup> O. MAZZOTTA, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo fra "sanzione" e "adempimento"*, cit., pag. 2165 e segg.



patrimoniale, ma produce la lesione di obblighi<sup>159</sup> che, privi di controvalore economico, fanno sorgere un'intensa esigenza di ripristino del diritto».

In ragione delle modalità con cui opera la presunzione è opinione condivisa, anche se non sono mancate voci in senso contrario<sup>160</sup>, che tale somma spetti sempre, indipendentemente non solo dalla prova della misura del danno, ma anche indipendentemente dall'esistenza o meno di un danno. Si è sempre ritenuto, pertanto, che la somma spettasse al lavoratore anche quando il danno fosse inferiore o inesistente, come nel caso di reintegra a breve termine, di rinvenimento in un tempo assai breve di una nuova occupazione<sup>161</sup>, a favore del lavoratore che non aspiri alla reintegra<sup>162</sup> o in caso di revoca del licenziamento<sup>163</sup>.

Inoltre, si è da subito affermato che le cinque mensilità spettassero indipendentemente dallo stato di dolo o colpa in cui versasse il datore di lavoro nel momento del licenziamento rispetto alla sua illegittimità, e quindi a prescindere dall'elemento soggettivo che deve caratterizzare l'inadempimento. Questo è stato riconosciuto dalla giurisprudenza, anche costituzionale, che ha fatto propria l'idea per cui si tratta di «un'indennità quasi a titolo di penale avente la sua radice nel rischio d'impresa»<sup>164</sup>, motivo per cui il datore di lavoro che opti per il licenziamento sulla base dell'accertamento dell'inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle mansioni (pur potendo ricorrere, afferma tale sentenza, alla risoluzione giudiziaria per sopravvenuta impossibilità della prestazione), è comunque tenuto a risarcire il danno, individuato nella misura minima delle cinque mensilità, in quanto gli effetti economici della descritta ed

---

<sup>159</sup> Ci si riferisce alle diverse componenti presenti all'interno del rapporto di lavoro, che non si esaurisce nello scambio lavoro-retribuzione, ma coinvolge anche altri interessi del lavoratore.

<sup>160</sup> U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, cit., pag. 126 e segg., specifica che si tratta di una disposizione secondo cui le mensilità spettano «a prescindere dalla prova della effettiva sussistenza del danno», non «indipendentemente dal danno», quindi un danno deve esserci; R. FOGLIA, *Il licenziamento alla luce dello statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1971, pagg. 42 e segg., secondo il quale la previsione presuppone l'effettività del danno e quindi sarebbe esclusa in caso di immediato reperimento di una nuova occupazione a condizioni migliori; in giurisprudenza, isolata, Cass. 25 novembre 1984, n. 5474, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 482.

<sup>161</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del risarcimento danno nel disposto dell'art. 18 della l. n. 300/70*, cit., pag. 347, D. NAPOLETANO, *Lo statuto dei lavoratori*, cit., pag. 79.

<sup>162</sup> G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 180; O. MAZZOTTA, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo fra "sanzione" e "adempimento"*, cit., pag. 2165 e segg.

<sup>163</sup> G. PERA, op. loc. ult. cit.; *contra* M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 146, esclude la spettanza quando non sussista un illecito, come quando il licenziamento sia spontaneamente revocato con corresponsione delle retribuzioni, facendo venire meno il "danno ingiusto".

<sup>164</sup> Così Cass. 21 settembre 1998, n. 9464 in *Resp. civ. e prev.* 1999, 643.



ineliminabile situazione di incertezza gravano, in base alla scelta del legislatore, sul datore di lavoro in ragione dell'assunzione da parte sua del rischio d'impresa<sup>165</sup>.

È interessante notare come sia in dottrina che nelle pronunce che hanno avuto ad oggetto la norma<sup>166</sup> il termine “penale” sia stato utilizzato in relazione alla somma minima di cinque mensilità per affermarne la spettanza in ogni caso, ma, nella maggior parte delle ipotesi, prescindendo da alcuna forma di analisi sul carattere sanzionatorio di tale attribuzione, riprendendo probabilmente anche quanto si affermava in relazione all'indennità di cui alla l. n. 604/1966. Anche in dottrina, infatti, è mancata una reale contrapposizione tra chi affermava la natura sanzionatoria della somma e chi riteneva si trattasse di una presunzione legale, presumibilmente in quanto l'indagine non si è spinta troppo in avanti<sup>167</sup> mancando una reale differenziazione dal punto di vista delle conseguenze; ben pochi, infatti, sono arrivati ad affermare che le cinque mensilità si aggiungessero al danno effettivamente subito.

#### 4.1.3. LE SOMME DOVUTE DALLA SENTENZA ALLA REINTEGRA

Il legislatore statutario articolava le conseguenze della sentenza di condanna alla reintegra, addossando sul datore di lavoro, per il periodo successivo ad essa, l'obbligo di versare le retribuzioni dovute in virtù del rapporto di lavoro.

Anche la natura di tali somme è stata fortemente discussa, affermandosi da parte di taluni l'esclusiva natura retributiva<sup>168</sup>, in aderenza al dato letterale, mentre da parte di altri la coesistenza, a fianco della funzione appunto retributiva, di una funzione di coercizione indiretta<sup>169</sup> dell'obbligo di reintegrazione, obbligo che non è altrimenti coercibile, essendo composto da un insieme di comportamenti necessari che non possono che essere affidati al datore di lavoro, che è il solo in grado di ripristinare la collaborazione tra le

---

<sup>165</sup> C. cost., 23 dicembre 1998, n. 420, cit.

<sup>166</sup> Alle due pronunce menzionate hanno, infatti, fatto seguito altre pronunce di merito e di legittimità di contenuto simile.

<sup>167</sup> In tal senso anche M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 144, nt. 56.

<sup>168</sup> M. DELL'OLIO, *Il risarcimento ex art. 18 nella giurisprudenza più recente*, cit.; U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, cit., pag. 142, si esprime in senso dubitativo sul fatto che l'esigenza di irrobustire l'attrezzatura con cui garantire la reintegrazione sia assolta mediante l'obbligo di corrispondere le retribuzioni, posto che queste sono dovute in virtù del rapporto di lavoro che continua, affermando che se questa era l'intenzione del legislatore «il minimo che dovrebbe dirsi è che l'ha mal congegnata».

<sup>169</sup> G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pag. 57.

parti necessaria per il soddisfacimento del suo interesse<sup>170</sup>, arrivando persino ad individuare in esse una finalità sanzionatoria<sup>171</sup>.

Anche in questo caso la diversa qualificazione risultava gravida di conseguenze: così l'affermazione della natura retributiva faceva propendere per la ripetibilità delle somme corrisposte in caso di riforma in appello della sentenza di condanna<sup>172</sup>; all'opposto, propendeva per l'irripetibilità delle somme chi affermava che lo sviamento rispetto al principio di corrispettività, determinato dall'aggravamento della posizione del datore di lavoro, tenuto a versare le retribuzioni anche in assenza di prestazione lavorativa, fosse funzionale al garantire l'effettività dell'ordine di reintegrazione<sup>173</sup>.

V'è da dire che ragioni in favore dell'irripetibilità delle somme venivano addotte anche indipendentemente dalla funzione ad esse attribuita: in particolare è stato evidenziato che l'irripetibilità discende dal fatto che il pagamento della retribuzione è, rispetto all'ordine di reintegrazione, solo un adempimento parziale, la cui inadeguatezza ai fini del soddisfacimento dell'interesse del lavoratore è bilanciata dal fatto che il datore di lavoro si procura questo danno di propria iniziativa<sup>174</sup>.

Ulteriori riflessi della qualificazione discendevano poi sulla deducibilità o meno dell'*aliunde perceptum*: anche in questo caso, secondo alcuni, dalla espressa dizione

---

<sup>170</sup> S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 47; M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 383 e segg. ricostruisce la situazione complessiva determinata per effetto dell'ordine di reintegrazione come una «integrazione legale degli effetti del rapporto di lavoro»: ciò che spiega perché ad un medesimo fatto, l'esclusione illegittima dal posto di lavoro, conseguano diversi effetti sanzionatori, tutti volti anche ad attuare il sinallagma e riprendere effettivamente la collaborazione lavorativa: «in sintesi, per effetto dell'integrazione legale operata dall'art. 18 St. Lav. il rapporto di lavoro, da schema giuridico dello scambio economico tra lavoro e salario, si colora di funzioni ulteriori: a) assicura, ma con la speciale elasticità del risarcimento anziché con la rigidità dell'adempimento, la restituzione al lavoratore delle utilità retributive maturate prima della sentenza; b) prevede "in ogni caso" il risarcimento dei danni di tipo diverso generati dall'esclusione dal posto di lavoro sia prima che dopo la sentenza; c) in coordinamento con l'ordine giudiziale di reintegrazione, che è una inibitoria, rafforza gli effetti della obbligazione retributiva, affermandone la persistenza.»

<sup>171</sup> M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pagg. 159 e segg.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, Milano, 1979, pagg. 58 e segg.; A. DI MAJO, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, cit., pagg. 265 e segg.

<sup>172</sup> M. DELL'OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, cit., pag. 504 che afferma che non sia applicabile il disposto dell'art. 2126 c.c.

<sup>173</sup> M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 383; M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 61.

<sup>174</sup> U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, cit., pag. 142 e segg., secondo cui l'irripetibilità non può trovare quindi fondamento nel divieto di arricchimento senza giusta causa, posto che questo principio comporta che una persona non possa arricchirsi ai danni dell'altra ingiustamente, non che una persona arricchisca l'altra «per sua libera scelta».

contenuta nella norma di “retribuzioni”, derivava l’indeducibilità – limitatamente al periodo successivo alla sentenza – delle somme percepite dal lavoratore mediante lo svolgimento di altre prestazioni<sup>175</sup>, mentre secondo chi riteneva che le retribuzioni fossero state egualmente attratte nel regime del risarcimento del danno derivava la possibilità di detrarre quanto il lavoratore avesse percepito lavorando altrove, al più con la limitazione, proposta da alcuni<sup>176</sup>, di considerare unicamente le somme percepite con una «effettiva sostituzione della prestazione dovuta con altra di identico valore senza alcun aggravio o spesa» se il posto di lavoro ottenuto ha creato una «situazione economica e professionale equivalente a quella perduta».

Anche in ragione dell’esigenza di limitare conseguenze economiche eccessivamente pregiudizievoli per il datore di lavoro, finiva con l’affermarsi l’idea della necessaria detrazione dei guadagni percepiti con la nuova occupazione anche dalle retribuzioni dovute dalla sentenza in avanti, comportando critiche diffuse aventi ad oggetto l’intero sistema, colpevole di concedere, di fatto, al datore di lavoro l’alternativa tra la reintegrazione ed il pagamento di una somma di danaro, dato che il lavoratore in attesa della sentenza e poi della reintegra, attesa che durerà un tempo indefinito (e potenzialmente infinito), sarà spinto a trovare una nuova occupazione<sup>177</sup>.

#### 4.2. LE MODIFICHE APPORTATE DALLA L. 11 MAGGIO 1990, N. 108

Con la riscrittura dell’art. 18 avvenuta con la l. n. 108 del 1990 si assiste ad una modifica di non poco conto della norma statutaria: non solo, infatti, come già visto, viene cambiato radicalmente il suo campo di applicazione, ma si prevede che la sentenza che ordina la reintegrazione contenga anche la condanna al risarcimento del danno, stabilendo un’indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quella dell’effettiva reintegrazione, fermo restando il minimo delle cinque mensilità.

---

<sup>175</sup> S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 47.

<sup>176</sup> M. D’ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 386; R. COSIO, *I fatti limitativi del danno per il licenziamento illegittimo*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, pagg. 41 e segg.

<sup>177</sup> D. NAPOLETANO, *Lo statuto dei lavoratori*, 1971, pagg. 77 e segg.; U. ROMAGNOLI, *Commento all’art. 18*, cit., pag. 146 in relazione al fatto che in caso di impugnazione della pronuncia che annulla il licenziamento il datore di lavoro può ottenere che la sentenza cessi di essere provvisoriamente esecutiva in relazione alle retribuzioni dovute, e quindi si concreti un ricatto per il lavoratore, che sarà costretto a trovare una nuova occupazione.

Anche la nuova formulazione, quindi, operava una forfettizzazione del danno<sup>178</sup>, richiamando però, per il calcolo dell'indennità, il diverso parametro della retribuzione globale di fatto. Le prime questioni interpretative sorgevano dall'utilizzo da parte del legislatore del termine "commisurato": in assenza, anche in questo caso, di chiare indicazioni legislative, infatti, permanevano gli interrogativi circa l'applicabilità delle regole ordinarie di determinazione del danno, in particolare circa la possibilità di decurtare dalla somma l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum* e, correlativamente, di dimostrare l'esistenza di un danno ulteriore.

Taluni, invero, interpretavano il termine come "pari o eguale" alla retribuzione globale di fatto<sup>179</sup>, non ammettendo quindi né variazioni in aumento né in diminuzione. In senso nettamente opposto altri ritenevano che quello stabilito dalla norma fosse solo un punto di partenza, ma che nella determinazione concreta del risarcimento potesse essere detratto quanto percepito *aliunde* o, al contrario, potesse essere dimostrato il maggior danno<sup>180</sup>. Una posizione diversa era poi rappresentata da coloro secondo i quali l'importo delle retribuzioni rappresentava uno "zoccolo duro", una soglia minima inscalfibile, al di sotto della quale non era possibile scendere, ma elevabile qualora il lavoratore avesse provato il maggior danno subito<sup>181</sup>.

La giurisprudenza propendeva per l'applicazione delle regole risarcitorie ordinarie, con possibilità di variazioni in senso migliorativo ed in senso peggiorativo<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> Questa volta esplicitamente dell'intero risarcimento, mentre prima il rinvio alla retribuzione utile per il calcolo del trattamento di fine rapporto era effettuato in relazione alla determinazione delle cinque mensilità.

<sup>179</sup> G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 59 e segg.; M. ROCELLA, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quad. lav. rel. ind.*, 1990, VIII, pag. 8 e segg.; V. CERRITELLI, A. PICCININI, *I licenziamenti individuali*, Roma, 1991, pag. 215; M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, cit.

<sup>180</sup> Nel senso che commisurata significa proporzionata, non identica: M. D'ANTONA, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1990, V, pagg. 357 e segg.; M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 61; M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991, n. 58; G. VIDIRI, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, IV, pag. 211; F. BIANCHI D'URSO, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Mass. giur. lav.*, 1991, pag. 344.

<sup>181</sup> Così D. NAPOLETANO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: Legge 11 maggio 1990, n. 108*, Napoli, 1990, pag. 203; nello stesso senso, G. FERRARO, *Commento all'art. 1 della l. 11 maggio 1990, n. 108* in G. FERRARO, a cura di, *I licenziamenti individuali*, Napoli, 1990, pag. 15; S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 47, questo anche, assimilando come visto quest'indennità a quella prevista dall'art. 8 l. n. 604/1966.

<sup>182</sup> Tra le tante Cass. 16 febbraio 1982, n. 974, in *Foro it.*, 1982, I, 2549; Trib. Milano 23 gennaio 1980, in *Or. Giur. lav.*, 1980, pag. 463.

#### 4.2.1. LE SOMME DOVUTE PER IL PERIODO INTERCORRENTE DALLA SENTENZA ALLA REINTEGRA

Per quanto riguarda il periodo successivo all'emissione della sentenza, la novella legislativa prendeva atto dell'elaborazione dottrinale sviluppatasi nel vigore della precedente formulazione della norma, aderendo alla tesi di chi già affermava che il termine "retribuzione" dovesse intendersi "risarcimento equivalente all'importo della retribuzione", considerando che in assenza di una effettiva prestazione di lavoro non si può parlare di retribuzione<sup>183</sup>.

Dalla nuova formulazione discendeva inoltre un vantaggio per il lavoratore: il fatto che la stessa sentenza di condanna alla reintegra contiene una condanna c.d. in futuro, evidenziando la volontà del legislatore di evitare la necessità di un nuovo giudizio, in quanto è la sentenza che accerta l'illegittimità del licenziamento a contenere la condanna al risarcimento del danno sofferto dal lavoratore, comprensivo di quello sofferto per l'inottemperanza dell'ordine di reintegra, ed quindi direttamente la sentenza che può essere fatta valere come titolo esecutivo<sup>184</sup>.

Nonostante l'unificazione dei due periodi, per i quali spettava quindi indistintamente il risarcimento del danno, essi continuavano a distinguersi quantomeno per il titolo in base a cui le somme erano dovute; si affermava, invero, che si possano distinguere due obblighi distinti: uno, relativo al periodo fino alla sentenza, aveva titolo nella violazione del precetto primario di non licenziare se non per giusta causa o per giustificato motivo; l'obbligo risarcitorio per il periodo successivo, invece, aveva titolo non direttamente nell'illiceità del licenziamento<sup>185</sup>, ma sorgeva dall'inottemperanza dell'obbligo di reintegrare, assolvendo quindi alla funzione pratica di indurre il soggetto ad adempiere, con una funzione di coazione indiretta, secondo la tecnica dell'*astreinte*<sup>186</sup>. La nuova formulazione, infatti, aveva il pregio di condurre al superamento dei dubbi derivanti dalla precedente dizione di "retribuzioni", in relazione alla quale era stato affermato in senso critico che se di retribuzione si tratta risulta contraddittorio affermare la natura di

---

<sup>183</sup> G.F. MANCINI, *Commento all'art. 18*, I ed.

<sup>184</sup> M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 61.

<sup>185</sup> Ed invero l'obbligo risarcitorio è solo eventuale, sorgendo esclusivamente qualora il datore di lavoro non ottemperi all'ordine giudiziale.

<sup>186</sup> M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 64; sulla diversità di titoli E. GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, cit., pag. 470; ID, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, pag. 640; S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 49.

strumento di coazione indiretta ad un emolumento che è l'obbligazione principale del rapporto di lavoro<sup>187</sup>. Con la novella legislativa, quindi, veniva accentuata la polifunzionalità dell'obbligo<sup>188</sup> nascente dal mancato adempimento della condanna alla reintegra, in modo tale da indurre con maggior forza il datore di lavoro alla reintegra, assolvendo all'obbligo di rispettare la personalità morale del lavoratore derivante dall'effettivo svolgimento dell'attività lavorativa<sup>189</sup>, anche se è stato correttamente notato che la misura prevista dal legislatore non è stata delle più incisive: se ne sarebbero potute adottare anche altre, sicuramente efficaci, quali l'obbligo di pagare una somma all'INPS, o estendere la previsione sulla reintegrazione dei dirigenti sindacali a tutti gli altri casi<sup>190</sup>, ma non si è ritenuto di farlo<sup>191</sup>.

Dalla natura di *astreinte*, o comunque di misura di coercizione indiretta, veniva fatta discendere, come già prospettato da qualche interprete in precedenza, l'irripetibilità delle somme in caso di riforma della sentenza di condanna del datore di lavoro, irripetibilità che risultava connessa al titolo da cui esse derivavano: invero se si considera che l'obbligo in questione non nasce per effetto dell'illegittimità del recesso ma per la mancata ottemperanza all'ordine giudiziale, con la riforma della sentenza viene meno il primo titolo ma non viene eliminato dal mondo giuridico il fatto della disobbedienza all'ordine giudiziale dotato di provvisoria esecutività; anche in caso di riforma della sentenza di condanna, quindi, rimane fermo il secondo inadempimento datoriale, con la conseguenza che spetta egualmente il diritto al risarcimento per quel periodo<sup>192</sup>.

Ulteriore argomento a favore dell'irripetibilità veniva individuato nella funzione assolta dalle somme; invero ammettendo la ripetibilità si sarebbe rischiato di svuotare di significato l'ordine di reintegrazione, rendendolo di fatto ineffettivo, in quanto il datore di lavoro sarebbe stato incentivato a non ottemperare sperando in un'eventuale sentenza di secondo grado favorevole<sup>193</sup>.

---

<sup>187</sup> M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 65.

<sup>188</sup> E. GHERA, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, cit., pag. 636 sostiene la polifunzionalità della c.d. "retribuzione per inottemperanza", che svolge oltre alla funzione risarcitoria quella sanzionatoria dell'inadempimento dell'ordine giudiziale. Sempre nel senso della polifunzionalità di tali somme G. BRUNETTI, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno: un panorama ricostruttivo*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1991, 1, II, pag. 47.

<sup>189</sup> G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pag. 57.

<sup>190</sup> D. NAPOLETANO, *Lo statuto dei lavoratori*, cit., pag. 282.

<sup>191</sup> G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pagg. 57 e segg.

<sup>192</sup> M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 66.

<sup>193</sup> S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 51, nello stesso senso M. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, cit.

Egualemente sulla base della natura di misura coercitiva indiretta, infine, taluni affermavano che la somma risultasse immodificabile: invero, nonostante l'attrazione delle somme al regime del risarcimento avrebbe potuto far propendere per tale opzione, ciò avrebbe minato l'effettività della tutela, posto che l'inadempimento all'ordine giudiziale può protrarsi per un periodo indefinito e risulta conseguenza naturale e necessitata che il lavoratore miri a trovare nel frattempo una nuova occupazione. In questo caso, però, si sosteneva che se si fosse ammessa la detrazione di quanto guadagnato altrove dal lavoratore l'effetto intimidatorio nei confronti del datore di lavoro sarebbe venuto meno, proprio in modo corrispettivo a quanto più grave divenisse la violazione all'ordine giudiziale, con una violazione del canone di non contraddittorietà dell'ordinamento<sup>194</sup>.

All'opposto, per garantire l'effettività dell'ordine, è stato affermato, per vero in modo isolato, il diritto del lavoratore non solo a percepire le retribuzioni oltre che il risarcimento del danno, ma anche la possibilità che il giudice aumenti l'importo del risarcimento<sup>195</sup>.

#### 4.2.2. L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DELLA REINTEGRAZIONE

La l. 11 maggio 1990, n. 108, introduceva, infine, la possibilità<sup>196</sup> per il lavoratore di optare, in sostituzione della reintegra, per un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto<sup>197</sup>.

Con tale disposizione si è inteso rispondere all'interesse di entrambe le parti: a quello del datore di lavoro a definire la sorte del rapporto lavorativo controverso e a quello del lavoratore, che non fosse intenzionato a rientrare nel posto di lavoro precedentemente occupato, ad ottenere una forma di tutela, facendo sì che il valore del posto di lavoro non fosse più soggetto alla contrattazione tra le parti<sup>198</sup>; questo non ha lasciato esente da

---

<sup>194</sup> M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 61.

<sup>195</sup> M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pagg. 68 e 65, che non specifica però sulla base di che parametri determinare la maggiorazione.

<sup>196</sup> Quel che è stato definito un «singolare meccanismo», v. E. GHERA, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, cit.

<sup>197</sup> v. G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pag. 71.

<sup>198</sup> M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, cit., pag. 163.



critiche la disposizione, rea di aver monetizzato, secondo alcuni, il diritto alla reintegrazione, favorendo un'opzione economica in luogo della tutela reale<sup>199</sup>.

Circa la natura dell'indennità, essa è stata ricondotta ad una misura forfettaria, compensativa non di un danno, come era invece quella allora prevista al quarto comma dell'art. 18, ma della perdita di un bene, il posto di lavoro<sup>200</sup>, una forma di compensazione, quindi, della rinuncia alla continuità del rapporto, la cui sussistenza è implicita nell'ordine di reintegrazione<sup>201</sup>. È stata altresì evidenziata la possibilità di ricondurla ad una penale di natura legale, affermandone la natura sanzionatoria, in quanto attraverso di essa il legislatore ha inteso non solo risarcire la mancata reintegrazione, ma anche la lesione del diritto alla stabilità del rapporto<sup>202</sup>. La Corte Costituzionale, chiamata ad esprimersi in merito, ha di volta in volta rigettato le questioni di legittimità proposte con riferimento alla possibile sproporzione tra l'entità del danno subito e l'importo dell'indennità<sup>203</sup>.

## 5. LA LEGGE 28 GIUGNO 2012, N. 92

Quello sino ad ora descritto ha rappresentato il regime delle conseguenze del licenziamento per oltre quarant'anni: dall'introduzione dello statuto i lavoratori assunti da datori di lavoro sopra soglia in ogni ipotesi di illegittimità del licenziamento, indipendentemente dal tipo di vizio che l'avesse colpito, godevano della forte garanzia costituita dalla tutela reale statutaria.

Proprio questa fortissima garanzia, accompagnata ai timori espressi dai datori di lavoro di essere costretti a corrispondere ai lavoratori cifre ingenti a distanza di anni dal licenziamento – i tempi, cioè, di definizione della controversia giudiziale – avevano portato alcuni, e segnatamente, appunto, la categoria imprenditoriale, a rappresentare l'esigenza di apportare una modifica alla norma statutaria. I vantaggi di una diminuzione delle tutele venivano individuati in un beneficio complessivo per l'intera popolazione,

---

<sup>199</sup> A. NICCOLAI, *Art. 18. L'apparato sanzionatorio*, in O. MAZZOTTA, a cura di, *I licenziamenti, Commentario*, cit., pag. 836 e segg., secondo il quale si è giunti al tramonto de «l'epoca della preminenza della reintegrazione sulla mera monetizzazione della tutela reale».

<sup>200</sup> M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, cit., pag. 165, che la assimila quindi alle somme erogate a titolo di incentivo all'esodo.

<sup>201</sup> S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 48.

<sup>202</sup> E. GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, cit., pag. 472.

<sup>203</sup> È interessante notare che la questione sia stata respinta in quanto non esiste un termine di raffronto, un *tertium comparationis*, invero la Corte Costituzionale ha negato la possibilità di accostare tale indennità alla clausola penale, ad una forma di risarcimento del danno o all'incentivo esodo, così Corte cost., ord. 4 aprile 1990, n. 160, in *Foro it.*, 1992, I, 2044; Corte cost. 4 marzo 1992, n. 81, in *Foro it.*, 1992, I, 2044.



atteso che si riteneva che un aumento della flessibilità in uscita avrebbe comportato una rivitalizzazione del mercato e la possibilità che i lavoratori precedentemente esclusi da esso riuscissero quindi a reperire un'occupazione stabile, sfuggendo alle forme di precariato che secondo tali impostazioni risultava quasi obbligata per sfuggire all'incertezza sulle conseguenze dei licenziamenti<sup>204</sup>.

Questo era rimasto per moltissimi anni un dibattito politico e sindacale, in cui il testo dell'art. 18 veniva difeso strenuamente da chi riteneva che la norma costituisse una garanzia imprescindibile per i lavoratori, altrimenti esposti al libero esercizio di ogni forma di ritorsione del datore di lavoro ed espropriati quindi dei propri diritti<sup>205</sup>, e in cui le proposte legislative di volta in volta presentate finivano poi regolarmente per arenarsi, anche probabilmente per la forte componente ideologica che caratterizzava la norma<sup>206</sup>.

Nel 2011, tuttavia, in una situazione di pesantissima crisi economica dell'Italia, la riforma delle tutele in caso di licenziamento illegittimo sembra divenire necessitata, anche per effetto della nota lettera inviata al Primo Ministro italiano, Silvio Berlusconi, da parte del Presidente della BCE, nella quale veniva richiesta «una accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione dalla disoccupazione e un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi», richiesta interpretata da ogni parte come avente ad oggetto la necessità di modificare il sistema troppo protettivo previsto dall'art. 18 St. Lav.

Sulla base di questi presupposti, quindi, all'interno della più vasta riforma c.d. Fornero si procede alla riscrittura dell'art. 18<sup>207</sup>, nell'ambito del quale viene previsto un sistema quadripartito di tutele, nel quale le sanzioni sono graduate in base alla gravità del vizio

---

<sup>204</sup> P. ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti tra property e liability rule, Relazione introduttiva al Convegno promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" a Pescara l'11 e il 12 maggio 2012*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 25, pag. 1545 e segg.; T. BOERI, P. GARIBALDI, *Un nuovo contratto per tutti*, Padova, 2008.

<sup>205</sup> V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO, a cura di, *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Bari, 2013, pag. 305 e segg.

<sup>206</sup> V. sul punto la ricostruzione offerta da F. CARINCI, "*Provaci ancora, Sam*": *ripartendo dall'art. 18 dello statuto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. *IT – 138/2012*, pag. 4, sulle diverse normative poi indistintamente risoltesi in un nulla di fatto.

<sup>207</sup> È stato evidenziato da più parti come risulta estremamente significativa la modifica della rubrica dell'art. 18 che è oggi «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo» in luogo della precedente «Reintegrazione nel posto di lavoro», nella quale, come sottolinea C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pag. 548, «la maggiore ampiezza si riferisce agli ambiti e non certo allo spessore della tutela».

del licenziamento<sup>208</sup>. Come è stato descritto con un'immagine che ben fotografa l'attuale sistema «la materia sembra potersi rappresentare come un asse cartesiano, nel quale ascisse e ordinate, cioè sanzioni e ragioni di illegittimità, si distinguono e si compongono, ma al contempo si combinano individuando, alla fine, il punto di intersezione che esprime il livello di protezione di volta in volta apprestato a beneficio del prestatore di lavoro»<sup>209</sup>.

Così la tutela reale piena, ossia quella precedentemente prevista dall'art. 18 St. Lav. per ogni tipo di vizio del licenziamento, comprensiva della reintegra e del diritto all'indennità commisurata alle retribuzioni spettanti dal giorno del licenziamento a quello della reintegra, viene riservata solo ai licenziamenti discriminatori, agli altri casi di nullità previsti dalla legge<sup>210</sup> ed al licenziamento intimato in forma orale, indipendentemente dalle dimensioni del datore di lavoro<sup>211</sup>. L'unica modifica che viene apportata in questo ambito di tutela è relativa al parametro utilizzato per il calcolo dell'indennità, che diviene l'ultima retribuzione globale di fatto, con esclusione, quindi, della spettanza di eventuali aumenti contrattuali sopravvenuti<sup>212</sup>, e l'espressa detrazione dell'*aliunde perceptum*.

Un'altra forma di tutela reale, c.d. attenuata, viene invece riservata ai licenziamenti disciplinari in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per l'insussistenza del fatto contestato, ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili. La stessa forma di tutela viene prevista, inoltre, ma con uno spazio di discrezionalità a favore del giudice che “può” scegliere di applicarla, nei casi di

---

<sup>208</sup> V. G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 4, I, 624; parla di una tutela c.d. a cerchi concentrici, con al centro un sistema di tutela reale pieno e andando verso le estremità un depotenziamento della tutela, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, pagg. 415 e segg.

<sup>209</sup> C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pag. 554.

<sup>210</sup> E quindi il licenziamento intimato contravvenendo al divieto di licenziamento per causa di matrimonio o al divieto di licenziamento per la lavoratrice madre, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale per la malattia del bambino da parte della lavoratrice e del lavoratore, il licenziamento per motivo illecito ex art. 1345 c.c. o nullo perché riconducibile ai motivi di nullità previsti dalla legge.

<sup>211</sup> E a ben vedere è proprio questa modifica a risultare significativa per i lavoratori assunti dai datori di lavoro sotto soglia, che precedentemente dovevano invocare in caso di licenziamento orale o affetto da altre cause di nullità diversa dalla discriminazione la tutela di diritto comune, M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, III, pag. 620.

<sup>212</sup> Su questa nozione v. in particolare R. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 359/2018.

manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Risulta che l'intento iniziale fosse quello di limitare la tutela reintegratoria alle ipotesi di licenziamento disciplinare in cui il vizio fosse particolarmente grave, riservando alle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo la mera tutela indennitaria, e ciò spiega perché la tutela reale venga recuperata solo nel settimo comma<sup>213</sup>. Il contenuto della tutela reale c.d. attenuata si differenzia da quella prevista precedentemente dall'art. 18 St. Lav. in quanto viene stabilita una soglia massima dell'indennità, pari a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, viene escluso il diritto del lavoratore al minimo di cinque mensilità e viene espressamente disposta non solo la detrazione dell'*aliunde perceptum* ma anche dell'*aliunde percipiendum*. Inoltre, sebbene sia previsto espressamente l'obbligo per il datore di lavoro di versare i contributi per il periodo intercorrente dal licenziamento sino all'effettiva reintegrazione, è escluso che si applichino in capo allo stesso le sanzioni per omessa o ritardata contribuzione.

Per tutti gli altri vizi del licenziamento, per giustificato motivo oggettivo e disciplinare, esclusi dall'applicazione della tutela reale, è previsto che il recesso sia comunque idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro, e che al lavoratore spetti una tutela esclusivamente monetaria, in cui l'importo dell'indennità dovrà essere compreso tra dodici e ventiquattro mensilità.

Infine, nell'art. 18 St. Lav. novellato si prevede un ulteriore livello di tutela indennitaria, per le ipotesi di violazione del requisito di motivazione del licenziamento, della procedura preventiva al licenziamento disciplinare o preventiva al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, avente un contenuto più ridotto, essendo la forbice entro cui determinare l'importo dell'indennità compresa tra sei e dodici mensilità.

La nuova formulazione della norma, pertanto, segna il definitivo superamento del binomio tutela reale – tutela obbligatoria, abbattendo almeno in parte la differenza tra lavoratori dipendenti da imprese sotto soglia e dipendenti di imprese sopra soglia ma non, come un tempo auspicato, innalzando le tutele per i primi ma, al contrario, operando solo sull'art. 18 St. Lav. ed ampliando i presupposti che danno luogo alla tutela obbligatoria.

Tale scelta ha dato luogo a non poche critiche, in particolare incentrate sul fatto che la differenziazione delle tutele in base al tipo di vizio che colpisce il licenziamento ed alla

---

<sup>213</sup> in zona Cesarini, per dirla come F. CARINCI, *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 "versione Fornero"*, cit. pag. 924; ID, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, cit. pag. 21.

causale adottata potrebbe comportare la possibilità che il datore di lavoro scelga di intimare il licenziamento utilizzando la causale più conveniente dal punto di vista delle sanzioni; se infatti è vero che rimane sempre aperta la possibilità per il lavoratore di dimostrare l'effettiva ragione posta a fondamento del recesso, è altrettanto innegabile che con il sistema attuale è questi ad essere onerato di tale prova, e ciò anche nel più grave caso del licenziamento discriminatorio, laddove in precedenza il lavoratore poteva beneficiare del mancato assolvimento della prova gravante sul datore di lavoro della sussistenza della giustificazione ed accedere così con molta più semplicità alla tutela reale. Risulta quindi innegabile che, sebbene il legislatore non abbia apportato modifiche alle causali, l'intervento sul sistema delle tutele abbia effetti indiretti ma non per questo meno incisivi anche su di esse, nel senso che se si svuotano di contenuto le prime non può non risultare scalfita anche la rilevanza dei presupposti legittimanti il licenziamento.

#### 6. IL D.LGS. 4 MARZO 2015, N. 23

Il legislatore del 2015 interviene nuovamente sulla disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo a distanza di pochissimo tempo dalla precedente e rivoluzionaria riforma, introducendo una disciplina applicabile a tutti i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore della norma, indipendentemente dalle dimensioni del datore di lavoro.

Con il d.lgs. n. 23/2015 si riducono ulteriormente le ipotesi di tutela reale, escludendola *in toto* per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo<sup>214</sup> e delimitando ulteriormente la sua applicazione ai licenziamenti disciplinari, tentando di superare l'orientamento della giurisprudenza con la quale si era di fatto superato l'intento del legislatore della l. n. 92/2012, aprendo ad una valutazione su elementi estranei al fatto in senso materiale<sup>215</sup>; così si prevede che la tutela reale possa essere prevista solo «nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del

---

<sup>214</sup> Anche in questo caso è stato rilevato che sebbene il legislatore incida esclusivamente sulle sanzioni sia innegabile che questo comporti effetti anche sulle causali, sterilizzando in particolare le ragioni del g.m.o., F. CARINCI, *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 "versione Fornero"*, cit., pag. 924.

<sup>215</sup> Cfr. Cass. 18 dicembre 2015, n. 25540, in *Giust. civ. mass.* 2015, Cass. 16 maggio 2016, n. 10019 in *www.dejure.it*, Cass. 20 settembre 2016, n. 18418 in *Ilgiuslavorista.it* 2016, 23 novembre.

licenziamento», e che comunque tale tipo di tutela rimanga riservata ai lavoratori assunti nelle imprese sopra soglia<sup>216</sup>.

Si opera quindi una definitiva rottura con la stagione statutaria, rendendo la tutela reale l'eccezione rispetto alla regola, ora costituita dalla tutela obbligatoria<sup>217</sup> e, di fatto, attenuando i vincoli all'esercizio del licenziamento<sup>218</sup>.

Nella medesima direzione di un aumento della prevedibilità degli esiti del contenzioso e dei costi per il datore di lavoro, inoltre, viene previsto un sistema di determinazione dell'indennità, all'interno della tutela obbligatoria sia forte che attenuata, per cui, ferma restando la previsione legislativa di un minimo e di un massimo, l'indennità viene calcolata esclusivamente sulla base dell'anzianità del lavoratore, con quello che risulta essere un semplice calcolo aritmetico, effettuabile anche dal datore di lavoro prima di procedere al licenziamento.

La riforma costituita dall'introduzione del contratto a tutele crescenti è stata collocata in una linea di continuità tra Fornero e Jobs Act, in quanto entrambe le norme costituirebbero una traduzione della formula della *flexsecurity*, nella quale ad una minore tutela nell'ambito del rapporto corrisponde una maggiore protezione sul mercato<sup>219</sup>; tale inquadramento sembra però rappresentare una forzatura ideologica, posto che per realizzare un reale modello di *flexsecurity* serve non solo liberalizzare il licenziamento, ma anche predisporre una maggiore protezione del lavoratore che abbia subito il licenziamento<sup>220</sup>.

Ed invero non v'è dubbio che l'intenzione del legislatore del 2015 fosse quella di rispondere alla prima esigenza, quella di garantire una maggiore flessibilità in uscita, laddove alla necessità di garantire una maggiore sicurezza per i lavoratori si è cercato di

---

<sup>216</sup> Cfr. art. 9 l. lgs. n. 23/2015.

<sup>217</sup> Prova ne è anche la diversa previsione dei presupposti, che nell'art. 2 d. lgs. n. 23/2015 rispondono ad un numero chiuso di ipotesi i «casi di nullità espressamente previsti dalla legge», mentre nell'art. 18 St. Lav. la formula utilizzata apriva alle diverse ipotesi, dato che il licenziamento doveva essere semplicemente «riconciliabile ad altri casi di nullità previsti dalla legge».

<sup>218</sup> Nel senso che come già visto vi è una diretta correlazione tra entità delle sanzioni e vincolatività delle causali legittimanti il recesso.

<sup>219</sup> Favorevole a tale modifica. V. FILI, *Tutele risarcitoria e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, in E. GHERA, D. GAROFALO, *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel jobs act*, Bari, 2015, pag. 188, secondo la quale si deve riconoscere il merito alla nuova legislazione di aver spostato l'attenzione «sul problema dell'occupazione, al di là della conservazione del singolo posto di lavoro».

<sup>220</sup> F. CARINCI, *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 "versione Fornero"*, cit., pag. 924.

dare risposta solo attraverso l'attribuzione di sostanziosi sgravi contributivi a favore dei datori di lavoro che procedessero a nuove assunzioni, con una misura però temporanea ed anzi molto criticata da chi ha rilevato come assumere un lavoratore godendo di tali sgravi e poi licenziarlo, rischiando solo la condanna all'esigua indennità prevista dalla legge, costituisse un "affare"<sup>221</sup>.

Le teorie dell'analisi economica del diritto<sup>222</sup>, infatti, costituiscono il sostrato della riforma ancor più marcatamente di quel che era stato per la modifica dell'art. 18 St. Lav.; così, si cerca di dare attuazione all'idea espressa da parte della dottrina di introdurre una sorta di *severance pay*, di costo fisso del licenziamento, forma già diffusa in altri Paesi europei per i licenziamenti individuali per ragioni non collegate al lavoratore o licenziamenti collettivi, dovuto a prescindere dall'esame della legittimità del licenziamento. Nel nostro caso, però, la somma risulta dovuta non solo nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma anche in quelli disciplinari<sup>223</sup> e, inoltre – ed è qui che si registra il maggiore allontanamento dall'idea del *severance cost* – l'indennità costituisce un obbligo eventuale per il datore di lavoro, che sorge solo ove sia accertata l'illegittimità del licenziamento a seguito dell'instaurazione di un giudizio da parte del lavoratore<sup>224</sup>. Ciò risponde all'idea per cui l'indennità dovuta in caso di licenziamento non ha la funzione di risarcire il danno subito dal lavoratore ma, tutt'al più, rientra nell'ottica della sanzione o in quella assicurativa<sup>225</sup>.

---

<sup>221</sup> Così anche l'ordinanza del Tribunale di Roma che ha posto la questione di legittimità del d. lgs. n. 23/2015.

<sup>222</sup> G. ALPA, *Interpretazione economica del diritto (Economic Analysis of Law)*, in *Noviss. Dig. It. App.*, IV, Torino, 1987, pag. 315 e segg.; R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, 1987, pagg. 309 e segg.

<sup>223</sup> Sebbene, come rileva S. MAINARDI, *L'ordinamento italiano e le "tutele crescenti" contro i licenziamenti illegittimi*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, IV-V, pagg. 845 e segg., se si può giustificare l'idea del *severance pay* con riferimento al licenziamento economico, in cui appare evidente il legame tra esigenza di flessibilità in uscita e crisi economica, più difficile è riscontrare lo stesso nesso quando si tratta di licenziamento disciplinare.

<sup>224</sup> Tuttavia la bontà della scelta legislativa viene difesa da P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato*, Milano, 2015, pagg. 73 e segg., in considerazione, tra le altre cose, del fatto che il lavoratore può scegliere di accordarsi preventivamente e ottenere una cifra pari all'incirca alla metà di quella che avrebbe ottenuto giudizialmente tramite lo strumento della conciliazione ex art. 6 d. lgs. n. 23/2015, che della tutela offerta dai sistemi di sostegno del reddito ai lavoratori rimasti privi di occupazione.

<sup>225</sup> Questo secondo la nota teorica di cui è portavoce P. Ichino, secondo il quale nel rapporto di lavoro è insito un contenuto assicurativo, per effetto del quale il datore di lavoro è tenuto a sopportare il costo derivante dal mantenere in essere rapporti lavorativi anche quando non più utili, e i lavoratori sono tenuti a pagare un "premio" consistente nella diminuzione delle retribuzioni loro spettanti, cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, pagg. 438 e segg.; ID, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e il contenuto assicurativo del contratto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, pagg. 545 e segg.

Già all'indomani della sua entrata in vigore, la nuova disciplina legislativa divenne oggetto di aspre critiche per lo svilimento del valore del lavoro oltretutto per la scelta di prevedere l'applicazione della nuova normativa limitatamente ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015; la maggior parte di queste censure sono state successivamente fatte proprie anche dal Tribunale di Roma, chiamato a giudicare una controversia avente ad oggetto un licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato nei confronti di una lavoratrice con una bassa anzianità di servizio<sup>226</sup>.

Nello specifico, la ricorrente, assunta nel maggio del 2015 – pare si trattasse di una commessa di un negozio alla quale si chiedeva di convertire un rapporto a tempo parziale in rapporto a tempo pieno –, era stata licenziata a novembre dello stesso anno, con un licenziamento così motivato: «a seguito di crescenti problematiche di carattere economico-produttivo che non ci consentono il regolare proseguimento del rapporto di lavoro, la Sua attività lavorativa non può più essere proficuamente utilizzata dall'azienda. Rilevato che non è possibile, all'interno dell'azienda, reperire un'altra posizione lavorativa per poterla collocare, siamo costretti a licenziarla per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge 15 luglio 1966 n. 604».

Il datore di lavoro non si costituiva nel giudizio promosso dalla lavoratrice avanti al Tribunale di Roma, dando l'idea di accettare la condanna al pagamento dell'indennità derivante dall'applicazione del d. lgs. n. 23/2015 come costo del licenziamento.

Il Tribunale, rilevava quindi diversi profili di contrarietà alla Costituzione della norma impugnata: in primo luogo, posto che il vizio del licenziamento sarebbe stato classificabile come un caso di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», rilevava che se la lavoratrice fosse stata assunta prima del 7 marzo 2015 alla stessa sarebbe spettata l'applicazione della ben più favorevole tutela reale, seppur c.d. attenuata, e che comunque, quand'anche fossero state considerate applicabili la tutela obbligatoria forte o attenuata, entrambe sarebbero

---

<sup>226</sup> Ordinanza 26 luglio 2017, sulla quale v. M. CAVINO, *Il contratto a tutele crescenti al vaglio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2018, pagg. 1 e segg.; V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, pagg. 333 e segg.; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del "Jobs act"*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, I, pagg. 1039 e segg.; F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *Lav. giur.*, 2017, pagg. 902 e segg.; P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di un'ordinanza... annunciata*, in *Giur. it.*, 2017, pagg. 2174 e segg.; E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, pagg. 1195 e segg.; G. PROIA, *Sulla questione di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, pag. 787 e segg.



risultate più consistenti della tutela obbligatoria applicabile nel regime del d. lgs. n. 23/2015, in considerazione dell'esiguità di quest'ultima e delle più basse soglie minime e massime previste per la stessa.

Si evidenziava, inoltre, come la normativa precludesse l'esercizio di ogni tipo di discrezionalità valutativa da parte del giudice.

Conseguentemente venivano eccepiti tre punti di contrasto tra la normativa e la Costituzione, in particolare con riferimento alle seguenti disposizioni:

A) l'art. 3 della Costituzione, in quanto l'importo dell'indennità risarcitoria disegnata dalle norme del c.d. "Jobs Act" non riveste carattere compensativo né dissuasivo ed ha conseguenze discriminatorie; ed inoltre in quanto l'eliminazione totale della discrezionalità valutativa del giudice finisce per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili fra loro;

B) l'art. 4 e l'art. 35 della Costituzione, in quanto al diritto al lavoro, valore fondante della Carta, viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso;

C) l'art. 117 e l'art. 76 della Costituzione, in quanto la sanzione per il licenziamento illegittimo appare inadeguata rispetto a quanto statuito da fonti sovranazionali come la Carta di Nizza e la Carta Sociale, mentre il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni sovranazionali costituiva un preciso criterio di delega, che è stato pertanto violato.

Il giudice remittente specificava però che tutte le censure mosse alla disciplina legislativa erano motivate non dall'eliminazione, ad opera del legislatore, della tutela reintegratoria, ma dal contenuto della tutela siccome rideterminato per effetto dell'intervento legislativo.

La Corte, con pronuncia del 25 settembre, le cui motivazioni sono state depositate in data 8 novembre 2018<sup>227</sup>, ha accolto parzialmente la questione di costituzionalità, dichiarando «l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183) – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 (Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese), convertito, con

---

<sup>227</sup> Peculiare la vicenda che ha accompagnato la pubblicazione del comunicato stampa in data 26 settembre e che ha condotto un Tribunale ad esprimersi solo sulla base di esso "divinando", come riconosciuto da G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, in *Lav. dir. Rur.*, 2018, II, pag. 2, «quanto sarebbe stato scritto nella motivazione della Corte, forse esagerando in tale attività propiziatoria».



modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96 – limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio»».

La Corte costituzionale, invero, ha accolto sia le censure relative alla violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost., alla violazione del diritto al lavoro di cui all’art. 4 Cost. e della “tutela” del lavoro di cui all’art. 35 Cost. anche alla luce della normativa sovranazionale di cui all’art. 24 della Carta Sociale Europea considerata come parametro interposto. È stato rilevato, infatti, che il meccanismo previsto dall’art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 non consente di differenziare l’importo dell’indennità, omologando invece tutti i lavoratori aventi la stessa anzianità di servizio, e quindi situazioni tra loro differenti, e che l’applicazione del rigido ed esiguo parametro fissato dalla legge (due mensilità per anno di servizio) determina, in particolare in presenza di anzianità di servizio poco elevata, che gli importi degli indennizzi siano eccessivamente ridotti e quindi non adeguati e non dissuasivi, in netto contrasto con il valore che la Costituzione assegna al diritto al lavoro.

## CAPITOLO II

### PRINCIPI E FUNZIONI DEL RISARCIMENTO DEL DANNO TRA DIRITTO CIVILE E DIRITTO DEL LAVORO

#### 1. PREMessa: L'IMPORTANZA DI UN'INDAGINE SULLE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE

L'analisi del sistema di tutele avverso il licenziamento illegittimo non può prescindere da un'indagine sulle funzioni che è chiamata a svolgere la responsabilità civile.

Sebbene le disposizioni in questione si collochino nell'ambito della tutela contrattuale, un campo che storicamente è stato estraneo agli studi sulle funzioni della responsabilità civile, anche in ragione delle marcate caratteristiche di specialità della materia del diritto del lavoro, si è da sempre affermato che alcune di esse partecipassero di differenti funzioni e, in particolare, che fosse attribuibile ad esse una funzione sanzionatoria oltre che compensativa.

Il discorso intorno alle funzioni della responsabilità ha inoltre recentemente ricevuto nuova linfa a seguito della netta inversione di rotta compiuta dalle Sezioni Unite della Cassazione che nell'ormai celebre sentenza n. 16601 del 2017<sup>228</sup> hanno affermato, pronunciando sulla possibilità di delibare una sentenza americana contenente una condanna all'applicazione di *punitive damages*<sup>229</sup>, che «nel vigente ordinamento, alla

---

<sup>228</sup> Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601, pubblicata in tutte le principali riviste del settore. Per citare solo alcuni dei moltissimi commenti alla pronuncia, G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2017, pagg. 1084 e segg.; C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giudici popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità*, in *Corr. giur.*, 2017, pagg. 1050 e segg.; E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in *Foro it.*, 2017, I, pagg. 2639 e segg.; A. DI MAJO, *Principio di legalità e proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, pagg. 1792 e segg.; M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contr. impr.*, 2017, pagg. 1107 e segg.; M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti punitivi"*, Napoli, 2018; P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, I, pagg. 2648 e segg.; R. PARDOLESI, A. PALMIERI, *Danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, pagg. 2630 e segg.; G. PONZANELLI, *Sezioni unite e danni punitivi*, in *Contr. impr.*, 2017, IV, pagg. 1122 e segg.; ID, *I danni punitivi dopo le sezioni unite - il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, in *Giur. it.*, 2018, X, pagg. 2274 e segg.; C. SALVI, *Le definizioni della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2018, I, pagg. 2504 e segg.; R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, in *Foro it.*, 2017, I, pagg. 2644 e segg.

<sup>229</sup> Anche se, come meglio si vedrà in seguito, le Sezioni Unite hanno accertato che non si trattasse di somma liquidata a titolo di *punitive damages*, ma a titolo transattivo.

responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile». In tale sentenza, come anche nell'ordinanza di rimessione, nella parte in cui viene esaminato il panorama normativo e le ipotesi legislative da cui si evince una natura polifunzionale, vengono menzionate diverse norme proprie della legislazione lavoristica, tra le quali anche alcune di quelle che regolamentano le conseguenze dei licenziamenti illegittimi. Ecco che ancora una volta si può allora affermare che le disposizioni lavoristiche abbiano contribuito, come già avvenuto in passato, all'evoluzione del diritto civile, sebbene, come si vedrà, si debba rilevare una differenza circa la finalità che esse perseguono, posto che nel diritto del lavoro, a differenza che in quello civile, non sempre tali disposizioni vanno nel senso di un accrescimento della tutela del danneggiato.

Del resto, rispetto a svariate previsioni in materia di licenziamento, si è sempre discusso di polifunzionalità, e l'esistenza di questa pluralità di funzioni attribuibili ad esse è stata da ultimo confermata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018.

Lo studio della materia sotto il profilo delle funzioni risulta inoltre utile in quanto la finalità attribuita alla responsabilità determina il contenuto della stessa ed, in particolar modo, le c.d. regole operazionali, giacché la disciplina dovrebbe essere conformata in modo tale da perseguire l'esito funzionale di volta in volta individuato; anche in questa materia è quindi auspicabile l'avvio di un "circolo virtuoso", in cui l'attenzione in ordine alle funzioni della responsabilità conduca ad un'interpretazione delle norme in linea con esse<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, VII, pag. 917.

## 2. BREVI CENNI SULL'EVOLUZIONE DELLE FUNZIONI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: DALLE ORIGINI ALL'AFFERMAZIONE DELL'UNITARIA FUNZIONE COMPENSATIVA

Le funzioni che nel corso della tempo sono state attribuite alla responsabilità civile sono molteplici<sup>231</sup>; come efficacemente è stato sintetizzato<sup>232</sup> esse possono essere così distinte: a) la funzione di reagire all'atto illecito dannoso, allo scopo di risarcire i soggetti che hanno subito il danno; b) la funzione di ristabilire lo *status quo ante* nel quale il danneggiato si trovava precedentemente al danno; c) la funzione di riaffermare il potere sanzionatorio o punitivo dello Stato; d) la funzione deterrente nei confronti di chiunque intenda compiere atti, volontari o dolosi, pregiudizievoli per gli altri consociati. Oltre a quelle elencate, poi, sono state individuate delle funzioni sussidiarie, attinenti agli effetti economici, quali: e) la funzione di distribuzione delle perdite, ed f) la funzione di allocazione dei costi.

Il diverso atteggiarsi di queste funzioni, che può renderne una prevalente sulle altre o addirittura portare a riconoscere l'esistenza di un'unica funzione, risponde ai mutamenti del periodo storico e dell'ambiente sociale, riflettendo in maniera significativa l'impostazione di fondo dei diversi sistemi giuridici. Ed invero anche nel nostro ordinamento, nel quale originariamente veniva attribuita alla responsabilità civile una natura preminentemente sanzionatoria-afflittiva, in ragione della sua derivazione dall'*actio legis Aquiliae*, di natura penalistica<sup>233</sup>, si è assistito ad un mutamento che ha portato al prevalere della funzione compensativa, proprio in ragione dell'affermarsi di valori differenti.

Tale passaggio è stato collocato approssimativamente negli anni '60<sup>234</sup>, quando la dottrina iniziava a mutare il proprio orientamento, ponendo al centro del sistema il

---

<sup>231</sup>G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, pagg. 290 segg.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in M. FRANZONI, diretto da, *Trattato della responsabilità civile*, vol. II, Milano, 2004, pagg. 621 segg.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO, diretto da, *Trattato di diritto civile, Le fonti delle obbligazioni*, Torino, 1998, pagg. 19 segg.; P. PERLINGERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pag. 119; D. BARBIERATO, *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, Bergamo, 2013, *passim*; P. SHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, pag. 360.

<sup>232</sup>G. ALPA, *La responsabilità civile*, in G. ALPA, diretto da, *Trattato di diritto civile*, Milano, 1999, pag. 132.

<sup>233</sup>F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 43 ss., che evidenzia come il diverso riparto di funzioni sia riconducibile anche al progressivo affinamento degli strumenti del diritto penale.

<sup>234</sup>A tale epoca risale la monografia di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, nonché gli scritti di R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, XV, 1968, pagg. 628 e segg.; *Risarcimento del danno*, XVI, 1969, pagg. 4 e segg., entrambe in *Noviss. Dig. It.* Secondo C. SCOGNAMIGLIO, *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, IV, pag. 1064, poi, la sintesi di

danneggiato in luogo dell'offensore ed individuando quindi i rimedi maggiormente idonei a fornire allo stesso una tutela, abbandonando, sostanzialmente, l'idea di sanzionare il danneggiante, se non<sup>235</sup> nella misura necessaria a compensare il danno. Si assiste, così, all'evoluzione della funzione della responsabilità civile, che si trasforma «da mezzo per la prevenzione e la sanzione del comportamento riprovevole dell'agente, a strumento che consenta di risarcire, con la maggiore intensità e nel maggior numero dei casi, la vittima del danno»<sup>236</sup>.

I riflessi della diversa impostazione si devono individuare nel mutato rilievo della colpa che, nella visione condivisa dalla maggior parte della dottrina<sup>237</sup>, da cardine del sistema di responsabilità, e quindi criterio principe ai fini della liquidazione e quantificazione del danno, assume rilievo unicamente come criterio di accertamento della responsabilità<sup>238</sup> ma, soprattutto, nel fatto che in tal modo si assicurasse una riparazione al danneggiato il più possibile completa, avendo riguardo primariamente all'interesse di cui questi era portatore.

Nello stesso periodo le medesime esigenze di solidarietà<sup>239</sup> e l'interesse del danneggiato all'integrale compensazione del danno subito trovavano ulteriore risposta nell'introduzione di un sistema di responsabilità oggettiva che, parimenti abbandonando il criterio di imputazione fondato sulla colpa del singolo soggetto agente, allargasse la platea dei soggetti chiamati a rispondere del danno. In tal modo il sistema di responsabilità civile diveniva strumento di attuazione delle politiche socio-economiche<sup>240</sup>, scavalcando la precedente propensione a guardare al singolo conflitto tra danneggiato e

---

tale passaggio dev'essere individuata in un convegno, intitolato a *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, tenutosi a Siena nel 1985.

<sup>235</sup> Utilizzando in questo caso l'espressione in senso atecnico.

<sup>236</sup>C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, I, pag. 124.

<sup>237</sup> *Contra*, negando la possibilità di abbandonare il criterio della colpa ed in genere la funzione sanzionatrice, G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966.

<sup>238</sup> Questo orientamento, del resto, come si vedrà più approfonditamente, appare maggiormente conforme all'ottica ispiratrice del codice civile, nel quale l'orientamento generale è quello dell'«unità del criterio misuratore della colpa», v. Rel. Cod. civ., n. 794.

<sup>239</sup>Così S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., *passim*, secondo il quale tale concezione risponde primariamente ai valori di solidarietà che informano il nostro ordinamento.

<sup>240</sup> V. G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability, One view of the Cathedral*, in 85 *Harvard Law Review*, 1972, pag. 1089, che individua nella responsabilità civile uno dei modi per allocare, secondo criteri economici, determinate utilità e risorse, trasformandola così, di fatto, in un "costo".

danneggiante<sup>241</sup> ed assumendo, al contrario, un angolo visuale più esteso<sup>242</sup>. La diversa tecnica di imputazione del danno, che consentiva di ampliare le categorie dei soggetti sui quali gravassero i costi del risarcimento ricomprendendovi finanche chi avesse creato i fattori di rischio<sup>243</sup>, oltre che coloro che fossero in grado, anche secondo un'ottica di migliore allocazione delle risorse, di meglio amministrare e sopportare le conseguenze del danno<sup>244</sup>, rispondeva ad una visione del danno come problema sociale, esprimendo quindi una visione solidaristica<sup>245</sup>.

Il superamento della funzione sanzionatoria della responsabilità civile trovava altresì giustificazione, oltre che nella descritta esigenza di tutela del danneggiato, nella necessità di separare le sfere di competenza del potere pubblico da quelle proprie dei privati<sup>246</sup>, in quanto si temeva che l'esercizio di una potestà sanzionatoria attraverso tecniche di tipo civilistico avrebbe rischiato di risultare ancor più pesante e repressivo rispetto all'utilizzo delle tecniche del diritto penale<sup>247</sup>.

È il caso di evidenziare sin da ora come il discorso sviluppatosi nel corso degli anni attorno alle funzioni della responsabilità civile abbia interessato molto di più la responsabilità extracontrattuale rispetto a quella contrattuale<sup>248</sup>. Ciò può essere

---

<sup>241</sup> Il mutato sentire trova subito conferma anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, v. C. Cost. 1 marzo 1973, n. 24, che riconosce lo spostamento del baricentro del sistema della responsabilità civile, affermando che la vera finalità dell'istituto è quella di garantire il risarcimento del danneggiato attraverso una distribuzione mutualistica del rischio.

<sup>242</sup>S. RODOTÀ, op. ult. cit., pag. 600.

<sup>243</sup> L'introduzione della responsabilità oggettiva come regola per le situazioni di maggior rischio è stata originariamente ricondotta alla necessità di fronteggiare il processo di industrializzazione e le conseguenti trasformazioni, tra le quali la spersonalizzazione delle attività effettuate da gruppi o società, la moltiplicazione degli incidenti di origine tecnica, l'impossibilità di stabilirne le cause, così M. COMPORTI, *Considerazioni generali e introduttive*, in M. COMPORTI, G. SCALFI, a cura di, *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, cit., pag. 14.

<sup>244</sup>G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., pagg. 136 e segg.

<sup>245</sup>In tal senso è stato affermato, infatti, che la logica risarcitoria, così intesa, si mostra molto più vicina ai sistemi di protezione sociale, v. C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pagg. 1186 e segg., spec. 1192 e segg. La visione solidaristica, d'altro canto, comporta talora delle conseguenze sfavorevoli per il danneggiante, di essa è infatti espressione la limitazione talora prevista dalla legge del risarcimento del danno, ove questa sia effettuata in considerazione dell'eventuale ripercussione sui consumatori di un ipotetico aumento dei prezzi derivante dalla necessità di esternalizzare i costi del risarcimento.

<sup>246</sup> Cass. 25 febbraio 1997, n. 1704, in *Nuova giur. civ. comm.* 1997, I, 221; Cass. 24 aprile 1997, n. 3592, in *Arch. giur. circol. e sinistri* 1997, 899; Cass. 20 gennaio 1999, n. 491, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 115; Corte appello Trento, 16 agosto 2008 in *Danno resp.*, 2009, 92.

<sup>247</sup>S. RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in M. COMPORTI, G. SCALFI, a cura di, *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, pagg. 30 e segg.

<sup>248</sup> Come evidenziato da V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?* in *Lav. dir.*, 2017, III-IV, pag. 407, «chi si occupa, pure con visione sistematica, di responsabilità per inadempimento di

agevolmente spiegato sulla base di una semplice considerazione: il danno derivante dall'inadempimento contrattuale, in applicazione dei canoni dell'art. 1223 c.c., è misurabile nella differenza tra la consistenza del patrimonio prima dell'inadempimento e dopo la lesione patita<sup>249</sup>, e quindi mediante un calcolo delle utilità effettuabile guardando a quanto previsto dal contratto. Si coglie quindi come sia mancato in questo settore l'interesse per un approfondimento sulle funzioni della responsabilità, dibattito che nell'ambito della responsabilità extracontrattuale è stato invece funzionale all'evoluzione della materia e all'individuazione delle regole da applicare nella liquidazione del risarcimento. La riflessione sulle diverse funzioni della responsabilità civile aquiliana è risultata invero strettamente connessa all'evoluzione di essa, dal momento che anche il mutamento di prospettiva, e la centralità assunta nel sistema dal danneggiato hanno concorso al riconoscimento della risarcibilità di interessi ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dalle singole disposizioni di legge<sup>250</sup>.

Proprio la perdita dell'originaria funzione punitiva/sanzionatoria assegnata alla responsabilità extracontrattuale, e costituente quindi ulteriore elemento di differenziazione tra i due settori, peraltro, permette di ritenere applicabili anche alla responsabilità contrattuale la maggior parte delle conclusioni raggiunte con riferimento alla prima<sup>251</sup>. Anzi, come si vedrà più nel dettaglio nel prosieguo, tra le ipotesi citate dalle sezioni unite della Cassazione in cui si può riconoscere che alla responsabilità civile non siano estranee le funzioni sanzionatoria e deterrente, molte sono proprio riconducibili alla sfera della responsabilità contrattuale<sup>252</sup>, non da ultimo quelle proprie dell'area giuslavoristica<sup>253</sup>.

---

obbligazioni (o di impegni para-obbligator) non sembra interessato a porsi la domanda che invece si considera fondante e ineludibile in ogni trattazione della responsabilità extracontrattuale: qual è la funzione della regola di responsabilità?».

<sup>249</sup> C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, a cura di, *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1979, pagg. 181 e segg.; C. SALVI, voce «Risarcimento del danno» in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pag. 1087.

<sup>250</sup> V. OLISTERNO, *L'avvento della concezione polifunzionale della responsabilità civile e i limiti di ammissibilità dei c.d. danni punitivi*, in *Iurisprudenzia.it*, IV, 2019.

<sup>251</sup> Sull'avvicinamento delle diverse aree F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile ravvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993.

<sup>252</sup> Ciò emerge anche dalla pronuncia Cass. Sez. Un. n. 16601/2017, laddove viene affermato, in relazione ai limiti individuati dalla Corte, che ad essi dovranno attenersi i giudici «che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale».

<sup>253</sup> Sebbene, come autorevolmente affermato, nell'area del diritto del lavoro ed in specie nell'ambito della disciplina del licenziamento, la distinzione sfumi, trattandosi di una disciplina che specifica in un obbligo

La necessità di indagare tanto l'area contrattuale quanto quella extracontrattuale deriva inoltre dal fatto che è ormai comunemente riconosciuta la possibilità per il danneggiato di chiedere anche in caso di inadempimento contrattuale la liquidazione del danno non patrimoniale, realizzandosi così una commistione tra le due aree<sup>254</sup>.

### 3. LA FUNZIONE COMPENSATIVA

Il rimedio risarcitorio, nell'ottica compensativa/riparatoria della responsabilità civile persegue una funzione redistributiva, in quanto consiste nel porre il peso del danno in capo ad un soggetto diverso dal danneggiato, di norma il danneggiante, trasferendo così su quest'ultimo<sup>255</sup> l'onere<sup>256</sup>, che altrimenti sarebbe gravato, a seguito dell'illecito, sul danneggiato. Il risarcimento del danno realizza quindi un riparto delle conseguenze, derivanti dal fatto illecito o dall'inadempimento, in modo tale da porre rimedio ad essi, riparando l'interesse leso e perseguendo così un'esigenza di giustizia. Imponendo quindi tale obbligo, il danno<sup>257</sup>, che non può essere eliminato dal mondo dei fatti, cessa però quantomeno di produrre il proprio contenuto pregiudizievole in capo al danneggiato<sup>258</sup>, in quanto di esso è chiamato a rispondere un altro soggetto, individuato dall'ordinamento sulla base del criterio della responsabilità o di altri, diversi, criteri<sup>259</sup>. È sempre il danno, dunque, a risultare centrale, ed oggetto della valutazione è la meritevolezza del risarcimento e quindi del valore del diritto leso; perde invece rilievo, anche grazie alle

---

legale di comportamento il disposto del secondo comma dell'art. 41 Cost.: la clausola di rispetto, v. M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 139.

<sup>254</sup> V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, cit, pag. 420. Anche in questo caso nel diritto del lavoro la distinzione tra i due interessi tende a sfumare, in ragione del forte coinvolgimento della persona nel rapporto di lavoro.

<sup>255</sup> Secondo F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pag. 169 è la necessità per il danneggiante di sottoporsi a detta reazione a costituire l'essenza della responsabilità civile.

<sup>256</sup> C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA G. e P. ZATTI, a cura di, *Trattato di Diritto Privato*, 1998, pag. 245 la definisce come «una funzione essenzialmente economica», tramite la quale «si attua la traslazione di una perdita, che si sia effettivamente verificata (e nelle sue concrete dimensioni, appunto, economiche) dal soggetto che l'ha di fatto subita a un altro soggetto».

<sup>257</sup>Intendendosi ovviamente in questo caso il danno conseguenza.

<sup>258</sup>Invero come ricorda A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile* vol. II, Milano, 1979, pag. 16, *quod factum est, infectum fieri nequit*, e si esula in questo caso dalle ipotesi di tutela in forma specifica, che sono funzionali, invece, al ripristino dello *status quo ante*.

<sup>259</sup>Ci si riferisce, per esempio, ai criteri dettati dagli artt. 2047 a 2054 c.c. per i casi di responsabilità per fatto altrui od oggettiva.



tecniche di imputazione basate sul rapporto con il rischio<sup>260</sup>, il giudizio sulla colpevolezza dell'offensore<sup>261</sup>.

La funzione compensativa, per quanto descritto, appare attuativa dei principi costituzionali ed in ispecie del principio di solidarietà sociale<sup>262</sup> contenuto nell'art. 2 Cost.<sup>263</sup>: attraverso il risarcimento, infatti, si realizza la redistribuzione degli effetti pregiudizievoli dell'illecito<sup>264</sup>.

Tale logica è stata fatta propria dalla giurisprudenza che, negli ultimi decenni – prima, cioè del cambio di rotta costituito da Cass. S.U. n. 16601/2017 –, è rimasta salda nell'affermazione dell'unitarietà della responsabilità civile sotto il segno della sola funzione compensativa. Nelle pronunce che hanno affrontato la questione, infatti, sono ricorrenti le affermazioni secondo cui nel nostro sistema sono state superate la funzione sanzionatoria e di deterrenza<sup>265</sup> e risulta pertanto primaria l'unica funzione reintegratoria e riparatoria, ossia quella che risponde all'esigenza di riparazione dei pregiudizi delle vittime di atti illeciti, con la conseguenza che il momento centrale del sistema è rappresentato dal danno, inteso come «perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva»<sup>266</sup>.

La suddetta visione è stata ribadita in riferimento alla questione della delibabilità delle sentenze straniere contenenti statuizioni di condanna ai *punitive damages* o istituti ad essi assimilabili, casi in cui risultava centrale la compatibilità rispetto all'ordine pubblico interno della funzione punitiva, ma anche con riferimento a fattispecie attinenti alla risarcibilità di nuovi diritti. Un esempio per tutti di questo secondo ambito è costituito dalla risarcibilità del danno tanatologico, da morte immediata, esclusa dalle Sezioni

---

<sup>260</sup> Su cui v. R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in A.A.V.V. *Studi in Memoria di A. Torrente*, vol. II, Milano, ed ora in R. SCOGNAMIGLIO, a cura di, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, pagg. 122 e segg.

<sup>261</sup>F. CARINGELLA, D. DI MATTEO, *Le nuove lezioni e sentenze di diritto civile*, Roma, 2013, pag. 250.

<sup>262</sup>Espressione di tal principio è anche l'apertura effettuata al riconoscimento e alla risarcibilità dei nuovi interessi, laddove chiaramente funzionale a redistribuire le conseguenze svantaggiose dell'illecito, come avviene nei casi in cui nemmeno è imputabile al danneggiato la violazione di un dovere, v. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, pagg. 132 e segg.; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, pagg. 57 e segg.

<sup>263</sup> E, più latamente, nell'art. 3 Cost., cfr. App. Trento, 16 agosto 2008 cit.

<sup>264</sup>Sezioni Unite del 22 luglio 2015 n. 15350 in *Foro it.* 2015, 9, I, 2682.

<sup>265</sup> Cass. 25 febbraio 1997, n. 1704 in *Nuova giur. civ. comm.* 1997, I, 221; Cass. n. 3592 del 1997 cit.; Cass. n. 491 del 1999 cit.; Cass. 25 maggio 2007, n. 12253 in *Giust. civ. Mass.* 2007, 5; Cass. 24 marzo 2011, n. 6754 in *Foro it.* 2011, 4, I, 1035.

<sup>266</sup> Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372 in *Foro Amm.* 1999, 572.

Unite<sup>267</sup> proprio sulla base dell'attribuzione alla responsabilità civile dell'unica funzione compensativa; nella motivazione della pronuncia n. 15350/2015, si legge infatti che il riconoscimento della risarcibilità dell'evento morte, quando questo sia immediato, risulta incompatibile con il nostro sistema e risulterebbe compatibile solo se alla responsabilità civile venisse attribuita una funzione sanzionatoria o deterrente, escludendo tale possibilità<sup>268</sup>.

Conseguenze necessarie dell'impostazione che riconosce la monofunzionalità della responsabilità civile dal punto di vista degli elementi dell'illecito sono l'irrelevanza della gravità dell'offesa, del rango dell'interesse leso, dell'intensità dell'elemento psicologico, in quanto si ha riguardo esclusivamente all'entità della perdita subita sul piano patrimoniale o non patrimoniale<sup>269</sup>. Invero il sistema così delineato risulta incentrato unicamente sul danno, indipendentemente dalla sua causa o dalla responsabilità del danneggiante<sup>270</sup>.

Ancora, il perseguimento di tale finalità comporta che il contenuto del risarcimento sia determinato esclusivamente in quanto risulta necessario al ripristino della condizione antecedente al verificarsi dell'illecito. Di questo è espressione il principio del danno effettivo<sup>271</sup>, in base al quale il creditore non deve ricevere né più né meno di quanto necessario a rimuovere gli effetti negativi dell'illecito, contrattuale o extracontrattuale<sup>272</sup>. A corollario di tale principio, che risulta strettamente connesso al divieto generale di arricchimento senza giusta causa<sup>273</sup>, secondo cui non può darsi luogo a prestazioni

---

<sup>267</sup> Cassazione a Sezioni Unite del 22 luglio 2015 n. 15350, cit.

<sup>268</sup> Come affermano in quell'occasione le Sezioni Unite, «La premessa del predetto orientamento, peraltro non sempre esplicitata, sta nell'ormai compiuto superamento della prospettiva originaria secondo la quale il cuore del sistema della responsabilità civile era legato a un profilo di natura soggettiva e psicologica, che ha riguardo all'agire dell'autore dell'illecito e vede nel risarcimento una forma di sanzione analoga a quella penale, con funzione deterrente (sistema sintetizzato dal principio affermato dalla dottrina tedesca "nessuna responsabilità senza colpa" e corrispondente alle codificazioni ottocentesche per giungere alle stesse impostazioni teoriche poste a base del codice del '42)».

<sup>269</sup> Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972 in *Resp. civ. e prev.* 2009, I, 38.

<sup>270</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce "Indennità" in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, ora in R. SCOGNAMIGLIO, a cura di, *Scritti giuridici*, I, Padova, 1996, pagg. 314-315.

<sup>271</sup> C.M. BIANCA, 5: *La responsabilità*, in C.M. BIANCA, a cura di, *Diritto civile*, Milano, 1994, pag. 127.

<sup>272</sup> Invero, altrimenti, la pena diverrebbe «premio per chi abbia agito in giudizio, talvolta al di là di quanto postulerebbe l'esigenza riparatoria» C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985, pag. 292.

<sup>273</sup> App. Roma 10 febbraio 2014, in *Redazione Giuffrè* 2014; App. Venezia 15 ottobre 2001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, 765 e, sul divieto di ingiustificato arricchimento, Cass., Sez. Un., 22 maggio 2018, nn. 2564, 12565, 12566, 12567, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 4, pag. 1148.

patrimoniali ingiustificate, si pone la regola di integrale riparazione del danno<sup>274</sup>, regola che, seppur passibile di eccezioni, risulta comunque uno dei capisaldi del sistema di responsabilità civile<sup>275</sup>.

Il contenuto del risarcimento, pertanto, deve mirare al ripristino della condizione in cui la vittima dell'illecito versava anteriormente<sup>276</sup>, come affermato dalla cosiddetta teoria differenziale, secondo cui «compensare vuol dire rimuovere, in termini pecuniari, un danno provocato, alla stregua di un'ottica di scambio. Al vuoto costituito dalla risorsa sottratta al danneggiato si risponde colmando quel vuoto attraverso la risorsa pecuniaria»<sup>277</sup>.

Su tale elemento e sul contenuto della prestazione risarcitoria si fonda la differenza tra le diverse funzioni attribuibili alla responsabilità e che costituiscono sottocategorie interne alla funzione compensativa: si usa infatti distinguere tra la funzione ripristinatoria o reintegratrice, propria, tipicamente, del rimedio della reintegrazione in forma specifica, la funzione satisfattiva, con la quale si chiede di valutare le utilità alternative idonee a soddisfare il danneggiato, secondo la sua sensibilità, e tipica pertanto del danno morale, nel quale è più difficile tradurre in termini pecuniari una lesione totalmente estranea al patrimonio del danneggiato<sup>278</sup>, e la funzione compensativa in senso stretto, propria del risarcimento del danno patrimoniale. Dette categorie, sulle quali peraltro non v'è unanimità di vedute, sono state elaborate al fine di riparare alle problematiche proprie della funzione strettamente compensativa, ed in specie al fatto che in tale ottica il valore del bene da considerare nella liquidazione è il valore di scambio di esso, senza possibilità di tener conto del valore che il danneggiato vi attribuisce, ossia del c.d. valore d'uso<sup>279</sup>. Essendo, infatti, volto alla precipua funzione di compensazione, il risarcimento viene

---

<sup>274</sup>Come affermano A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime delle responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, pag. 2633, «se l'attenzione si concentra sul risarcimento, l'integralità ne diventa coesistente, un vero e proprio elemento caratterizzante».

<sup>275</sup>Invero, come affermato da A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, pag. 170, la tutela riparatrice si pone come tutela minima, che il legislatore può eventualmente decidere di rafforzare.

<sup>276</sup>Cass., 18 luglio 1989, n. 3352, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1933, e in *Resp. civ. prev.*, 1990, pag. 88; Cass., 3 ottobre 1987, n. 7389, in *Mass. giur. it.*, 1987.

<sup>277</sup>A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of Europea Tort Law*, Milano, 2011, pag. 6.

<sup>278</sup>Parla di funzione mista, diversa da quella compensativa in quanto satisfattoria di altri interessi del danneggiato o comunque sanzionatoria, C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985; ID, *La responsabilità civile*, cit.

<sup>279</sup>Contra, A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1980, pagg. 344 e segg.

liquidato guardando unicamente alla differenza di valore causata dall'illecito nel patrimonio della vittima, valutazione a cui risulta estraneo l'interesse personale del danneggiato al bene.

Infine, l'attribuzione di una funzione prettamente compensativa al risarcimento lo rende non più una conseguenza obbligata rispetto ad ogni ipotesi di illecito, ma comporta che il danneggiante vi sia onerato esclusivamente nelle ipotesi in cui l'illecito avesse causato un danno<sup>280</sup>: il danno risarcibile è infatti sempre ed esclusivamente il danno-conseguenza mentre non può esservi spazio per la risarcibilità del fatto in sé, in quanto illecito, se questo non ha prodotto apprezzabili conseguenze dannose sul danneggiato. Invero risulta assolutamente incompatibile con l'attribuzione di tale funzione l'affermazione di un danno *in re ipsa*, concetto che si pone, piuttosto, come normale presupposto per l'irrogazione di pene private.

Stante l'operare dei menzionati criteri codicistici, il danno è quindi costituito, sia nell'ipotesi di responsabilità contrattuale che di responsabilità extracontrattuale<sup>281</sup>, dal danno emergente e dal lucro cessante, ossia, secondo le definizioni ricorrenti nella manualistica, rispettivamente dalla perdita subita dal creditore, consistente nella «violazione dell'interesse del creditore al conseguimento del bene dovuto e alla conservazione degli altri beni che integrano in atto il suo patrimonio»<sup>282</sup>, e dall'incremento patrimoniale netto «che il danneggiato avrebbe conseguito mediante l'utilizzazione della prestazione inadempita o del bene leso ovvero mediante la realizzazione del contratto risoluto»<sup>283</sup>.

La concreta applicazione di dette regole operazionali, però, dà luogo a problematiche di diverso tipo, sia in relazione all'utilizzabilità di esse per determinare l'entità del danno subito, sia in quanto il risarcimento così determinato non risulta sempre sufficiente ad assicurare le esigenze di tutela cui dovrebbe rispondere la responsabilità civile.

Con il primo aspetto si intende riferirsi alla difficoltà di quantificare tramite il criterio differenziale il danno subito sia in ipotesi di responsabilità extracontrattuale che quando

---

<sup>280</sup> Ciò segna la strutturale diversità tra potere sanzionatorio dello Stato nell'ambito penalistico e risarcimento come conseguenza dell'illecito civile, in quanto solo nel primo caso la reazione consegue automaticamente all'infrazione della regola, così W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in A.A.V.V. *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939 pag. 149.

<sup>281</sup> *Contra*, P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017, pagg. 499 e segg., che elabora specifici criteri per il danno extracontrattuale, distaccandosi dal dato normativo.

<sup>282</sup> C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, sub art. 1223 c.c.*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, pag. 261.

<sup>283</sup> C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, sub art. 1223 c.c.*, cit., pag. 278.

ci si trovi di fronte a danni non patrimoniali. Mentre nella responsabilità contrattuale la perdita consiste, infatti, nel mancato accrescimento del patrimonio del creditore di quanto dovuto dal debitore, e risulta quindi applicabile linearmente la già menzionata teoria differenziale<sup>284</sup>, nel danno extracontrattuale o in quello non patrimoniale è invece ben più arduo stabilire il contenuto della posta attiva del patrimonio del danneggiato venuta meno per effetto dell'illecito<sup>285</sup>. Il problema è stato acuito dall'evoluzione storica della responsabilità civile<sup>286</sup>, che ha visto aumentare in modo esponenziale le fattispecie rilevanti ai fini risarcitori, con un'estensione dell'area di risarcibilità a settori precedentemente esclusi<sup>287</sup> ma, soprattutto, con la configurazione di nuovi tipi di danno, la cui risarcibilità comporta un distacco ancor più netto dall'originaria visione connessa al danno prettamente patrimoniale.

Invero risultano operazioni assai complesse quelle di valutare ed attribuire il giusto rilievo, in termini patrimoniali, a diritti ed interessi della persona che si pongono su un piano totalmente differente da quello patrimoniale<sup>288</sup>, e sono tuttavia degni di essere risarciti. La comparazione tra valori di scambio, tipica, come si è visto, della concezione compensativa della responsabilità, diviene operazione assai difficoltosa con riguardo a tali tipologie di danno non patrimoniale. Non solo, ma per il danneggiato risulta particolarmente complicato in questi casi fornire la prova della perdita di utilità patrimoniali o personali di vita che possa dirsi conseguenza dell'illecito<sup>289</sup>.

Proprio tali considerazioni hanno aperto la strada alla possibilità di apprezzare altri fattori nella determinazione del danno non patrimoniale, come la gravità della condotta

---

<sup>284</sup> Come sottolineato da G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., pag. 614, affermare che il contenuto del risarcimento contrattuale è pari al profitto conseguibile mediante l'adempimento è identico ad affermare, in negativo, che il danno risarcibile è pari a quanto il creditore avrebbe ottenuto se l'inadempimento non si fosse verificato.

<sup>285</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, pag. 865; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in R. SCOGNAMIGLIO, a cura di, *Scritti giuridici*, cit., pag. 380.

<sup>286</sup> C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005, pagg. 312 e segg.; sulla perdurante attualità delle riflessioni attorno all'evoluzione della responsabilità civile, settore in costante evoluzione, G. ALPA, *La responsabilità civile tra solidarietà ed efficienza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, pag. 195.

<sup>287</sup> C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, I, pag. 127, parla di «vera e propria esplosione dell'istituto».

<sup>288</sup> Non si tratta solo del danno morale o quello esistenziale, totalmente disancorati dal patrimonio della vittima, ma anche del risarcimento di beni fuori mercato, per i quali risulta difficile addivenire ad una determinazione del valore.

<sup>289</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, IV, pag. 1120; M. MAGGIOLIO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, pagg. 92 e segg.

dell'offensore ed al ricorso a presunzioni, ed è anche questo che ha successivamente condotto parte della dottrina<sup>290</sup> ad affermare che il risarcimento del danno morale sia privo di una valenza compensativa o che comunque partecipi di una valenza sanzionatoria<sup>291</sup>.

Il criterio differenziale è risultato inoltre inadeguato quando si tratti di interessi diffusi, in cui, cioè, il bene leso dal comportamento del danneggiante sia un bene di utilità generale, e nei casi in cui ci si trovi in presenza oltre che di un danno subito dal singolo anche di un (diretto o indiretto) pregiudizio per la società<sup>292</sup>. Infine, la semplice condanna alla riparazione del danno risulta spesso, come si vedrà trattando in modo più approfondito della funzione dissuasivo/deterrente della responsabilità civile, insufficiente a svolgere un effetto di deterrenza rispetto al ripetersi o al protrarsi del comportamento illecito.

Proprio l'insieme di queste considerazioni ha portato la dottrina, nel corso degli ultimi decenni, ed in tempi più recenti anche la giurisprudenza, a mettere in discussione l'impostazione monofunzionale della responsabilità, aprendo così a diverse letture di essa.

In questo ulteriore passaggio, invero, si tende a riconoscere che l'attribuzione di una valenza anche sanzionatoria possa comportare dei benefici sia per la vittima del danno che per l'intera collettività, rispondendo quindi, egualmente ai principi costituzionali, che in tal modo ricevono anzi una più completa attuazione. Inoltre, riconoscere la possibilità di superare la visione che ancorava strettamente alla funzione compensativa la responsabilità civile consente di prescindere da quelli che gran parte della dottrina considerava artifici, volti ad attribuire valenza compensativa a pregiudizi che sono difficilmente suscettibili di valutazione patrimoniale<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> La giurisprudenza, invece, rimane salda nell'affermare l'esclusiva valenza compensativa del danno non patrimoniale, cfr. Cass., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ.*, 2009, IV-V, I, 913.

<sup>291</sup> Sul tema cfr. E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in E. NAVARRETTA, a cura di, *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004.

<sup>292</sup> Così, in riferimento al bene dell'ambiente v. S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, cit., pag. 297.

<sup>293</sup> V. tra le tante sollecitazioni della dottrina si veda quella di v. G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, pag. 296, secondo il quale la vicenda dei danni non patrimoniali è «la più univoca nell'indicare come il percorso della responsabilità civile non possa più proseguire esclusivamente sul versante della riparazione del danno».

#### 4. LA FUNZIONE SANZIONATORIA: I *PUNITIVE DAMAGES* E L'APERTURA DELLE SEZIONI UNITE

Il punto di approdo dell'evoluzione registratasi intorno alle funzioni della responsabilità è costituito, come già anticipato, dalla storica sentenza resa dalle Sezioni Unite della Cassazione. La circostanza che la Suprema Corte si sia espressa in tale caso mostra proprio che la stessa ritenesse che i tempi fossero ormai maturi per dare ufficialmente atto dell'apertura del nostro sistema verso altre funzioni della responsabilità, registrando i molteplici interventi legislativi già indirizzati in tal senso.

La sentenza straniera oggetto del giudizio, invero, conteneva la condanna ad un indennizzo, convenuto con una transazione, pari a 1.436.136,87 dollari, stabilito a favore di un motociclista che aveva subito gravi danni alla persona per un asserito vizio al casco nel corso di una gara di motocross. Affermano le Sezioni Unite che non vi sono elementi per riconoscere il carattere punitivo in riferimento a tale somma, né in relazione alla presunta abnormità di essa, trattandosi di somma liquidata a fronte di un grave pregiudizio alla persona, con esiti invalidanti, e peraltro in via transattiva, né in relazione al fatto che la domanda introduttiva del giudizio aveva ad oggetto una cifra ben più alta, che sarebbe stata quindi da ricondursi ad una domanda di applicazione di danni punitivi<sup>294</sup>.

Nonostante ciò, si coglie l'occasione<sup>295</sup> per affrontare la *vexata quaestio* della compatibilità con il nostro ordinamento del riconoscimento di una funzione punitiva alla responsabilità civile, enunciando un principio di diritto *ex art. 363 co. 3 c.p.c.*, in quanto «le condizioni che giustificano l'enunciazione del principio di diritto si desumono dall'esteso dibattito dottrinale che da tempo sollecita un intervento giurisprudenziale sul tema»<sup>296</sup>. L'istituto dei *punitive damages*, in effetti, è stato da sempre considerato dalla giurisprudenza incompatibile con il nostro ordinamento, motivo per cui, prima della storica sentenza delle Sezioni Unite, è sempre stata dichiarata inammissibile la deliberazione delle sentenze straniere che contenessero una condanna ai danni punitivi<sup>297</sup>,

---

<sup>294</sup> *Motivi della decisione*, n. 4.2.

<sup>295</sup> Come afferma A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile, nota a Cass. ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978*, in *Giur. it.*, 2016, VIII-IX, pagg. 1854 e segg., la scelta di utilizzare siffatta occasione, in cui si discute del riconoscimento di «un prodotto giuridico straniero», «è una scelta intelligente dacché essa si sottrae al ben più complesso e arduo compito di affrontare, in via diretta, una diversa “lettura” del nostro sistema di responsabilità civile».

<sup>296</sup> *Motivi della decisione*, n. 5.

<sup>297</sup> Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giur. it.*, 2007, pag. 2724; Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, col. 3121; Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781 in *Foro it.* 2012, V, I, col. 1449; App. Trento, Sez. dist. di Bolzano, 16 agosto 2008, in *Danno resp.*, 2009, pag. 92



rifiutandosi in maniera decisa, e ad ogni effetto, l'idea secondo cui la responsabilità civile possa rivestire una funzione diversa da quella compensativa, mentre come si è visto la dottrina si muoveva nell'altro senso, riconoscendo la necessità di un mutamento di funzioni del risarcimento del danno.

La pronuncia delle Sezioni Unite ha quindi portato non solo un'apertura, seppur condizionata, al riconoscimento di sentenze straniere contenenti una tale forma di condanna, ma ha altresì affermato, anche in questo caso segnando un netto distacco con le precedenti pronunce, la “natura polifunzionale” della responsabilità civile, «che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatoria punitiva». Non solo *punitive damages*, quindi, ma anche, ed è ciò che è realmente significativo per il nostro sistema, possibilità di condanne da parte dei giudici interni a prestazioni risarcitorie con finalità sanzionatorie o deterrenti, sebbene soggette agli stringenti limiti enunciati nella pronuncia.

Preliminarmente è opportuna una breve disamina dell'istituto straniero dei *punitive damages*, o risarcimento punitivo<sup>298</sup>, posto che proprio attorno a questa figura si è sviluppata la riflessione sulla funzione sanzionatoria ed è quindi anche attraverso l'analisi delle sue caratteristiche che si possono desumere le regole operazionali generali applicabili alla responsabilità civile nei casi in cui le si riconosca una finalità punitivo/sanzionatoria.

Tipico dell'ordinamento di *common law* ed in specie di quello statunitense<sup>299</sup>, l'istituto comporta l'attribuzione a favore del danneggiato, in caso di illecito caratterizzato da una condotta dell'agente particolarmente riprovevole, di una somma ulteriore rispetto al risarcimento del danno, dando quindi luogo ad un fenomeno di *overcompensation*. In tal modo si intende sanzionare una condotta oltraggiosa in quanto caratterizzata da un particolare elemento soggettivo, definito, in una scala basata sull'intensità, *intentional, malicious, wilful, wanton, oppressive, reckless*<sup>300</sup>, aggettivi che si avvicinano al nostro dolo, talora aggiungendovi qualcosa<sup>301</sup>; l'istituto risulta così

---

<sup>298</sup> È ormai acquisito che l'espressione risulti più appropriata rispetto a quella, pur più diffusa, “danni punitivi”, considerato che «la punizione è nel risarcimento e non nel danno conseguente», così, tra i tanti, A. DI MAIO, *Principio di legalità e proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., pag. 1792.

<sup>299</sup> Sebbene sia stato utilizzato dapprima in Gran Bretagna, v. sentenza del 1763, relativa al caso Huckle v. Money 95 Eng. Rep. 768 C.P. 1763.

<sup>300</sup> Cfr. §908 del *Restatement (Second) of Torts*.

<sup>301</sup> Risulta invece minoritaria l'applicazione dei *punitive damages* alle ipotesi di colpa grave, F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2017, V, pag. 582.



funzionale ad esprimere la condanna ed il disprezzo della società di fronte a fatti che risultano inaccettabili per le modalità del comportamento, oltretutto per la gravità dei danni e risponde così ad un'esigenza di giustizia vicina a quella della vendetta<sup>302</sup>.

Solo in tempi più recenti si è dato luogo all'applicazione di *punitive damages* nel caso di responsabilità contrattuale o ad essa paragonabile, e comunque limitatamente ad alcune ipotesi peculiari: comunemente si ammette la liquidazione di *punitive damages in tort*<sup>303</sup> quando vi sia violazione di una *fiduciary* o *special relationship*, ossia un legame caratterizzato da elementi tali da essere assimilato ad un rapporto obbligatorio, ovvero nel caso in cui il *breach of contract* configuri una condotta rilevante dal punto di vista contrattuale ma tale da far nascere una responsabilità extracontrattuale anche in assenza di un contratto<sup>304</sup>. Solo in alcuni Stati, inoltre, è ammessa la loro applicazione anche in presenza di un inadempimento caratterizzato da *malice, fraud, oppressive conduct* e *tortious in nature*; in questi casi i *punitive damages* vengono liquidati per asserite ragioni di tutela dell'interesse pubblico e di deterrenza. Ulteriore ambito, poi, in cui hanno trovato vasta applicazione, è quello del diritto dei consumatori, settore nel quale si avverte l'esigenza di pareggiare la disparità tra le parti e comunque di tutelare il soggetto debole del rapporto<sup>305</sup>.

I criteri per la liquidazione dei *punitive damages*, connessi alla finalità che essi perseguono, guardano quindi, per giudicare sia l'*an* che il *quantum* della condanna, al grado di colpa ed alla condotta del danneggiante, e così alla gravità della condotta, alla situazione patrimoniale delle parti, alla natura del danno, se fisico o solo economico, all'indifferenza o alla disattenzione per la salute altrui, alla vulnerabilità dell'attore ed alla ripetitività della condotta<sup>306</sup>. Si richiede tuttavia il rispetto di un rapporto proporzionale tra il danno causato alla vittima e quanto liquidato a titolo di *punitive damages*, rapporto che solo in alcuni casi viene individuato in un determinato moltiplicatore ma che nella maggior parte dei casi rimane oggetto di differente regolamentazione nei diversi Stati, quando non affidato completamente alla

---

<sup>302</sup> La capacità di placare l'ira o il senso di frustrazione del danneggiato è caratteristica che è stata tradizionalmente associata anche al risarcimento del danno, ma tale profilo è differente dall'apparato sanzionatorio dei *punitive damages*, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pag. 898.

<sup>303</sup> E quindi in ambito extracontrattuale.

<sup>304</sup> V. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pagg. 908 e segg.

<sup>305</sup> v. *State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003); *Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc.*, No. D-202 CV93-02419, 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994).

<sup>306</sup> F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, cit., pagg. 575 e segg.

discrezionalità della giuria; ancora, tra i parametri di determinazione in alcuni casi si considera il rapporto con le sanzioni penali o amministrative previste in ipotesi analoghe.

Quanto alle ragioni che hanno portato allo sviluppo dell'istituto, queste sono state individuate in diversi fattori, perlopiù caratteristici del sistema statunitense: lo stretto legame, quasi di dipendenza, della responsabilità civile rispetto a quella penale, la presenza della giuria, che comporta un innalzamento del *quantum* del risarcimento, l'assenza del principio di soccombenza in relazione al pagamento delle spese processuali, l'influenza dell'analisi economica del diritto<sup>307</sup>. Altre ragioni, non strettamente connesse al sistema statunitense ed anzi simili a quelle che hanno portato la nostra dottrina ad interrogarsi circa l'opportunità di obliterare la concezione strettamente compensativa della responsabilità, vengono individuate nel fatto che i *punitive damages*, realizzando un sistema di *overcompensation*, permettono di offrire tutela anche alle situazioni nelle quali si evidenziano i limiti del sistema di responsabilità civile imperniato sulla logica compensativa/ripristinatoria, come accade qualora il lucro conseguito dal danneggiante sia di molto superiore rispetto al valore del bene leso, rendendo conveniente l'illecito, o la condotta posta in essere dal danneggiante esprima un disvalore particolarmente grave o i beni colpiti abbiano un particolare valore sociale, ovvero la ridotta entità del danno rischi di limitare l'interesse dei danneggiati ad intraprendere un'azione giudiziale.

È però opportuno riportare il monito degli studiosi della materia, che affermano, in relazione alla progressiva apertura a cui si sta assistendo in vari Stati rispetto alla funzione sanzionatoria, che se negli Stati Uniti la valorizzazione di detta funzione è accompagnata dalla consapevolezza dei rischi che essa comporta<sup>308</sup>, negli ordinamenti continentali tale consapevolezza sembra mancare e si tende a valutare esclusivamente gli effetti positivi<sup>309</sup>.

Dei rischi connessi alla possibilità di ammettere l'applicazione di questo istituto sembrano invece essere consapevoli le Sezioni Unite che infatti, pur aprendo a tale possibilità, indicano alcuni limiti vincolanti. In primo luogo, si richiede il rispetto dei valori derivanti dagli artt. 23, 24 e 25 Cost., e dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, relativo ai «Principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene», norme che pongono una «riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario», chiedendo che vi sia

---

<sup>307</sup> G. PONZANELLI, *I danni punitivi dopo le sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2018, 10, pag. 20025.

<sup>308</sup> Di ciò è prova la stretta della giurisprudenza sui danni c.d. *grossly excessive* menzionata anche nella pronuncia n. 16601/2017.

<sup>309</sup> F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, cit., pagg. 575 e segg.

quindi un'«intermediazione legislativa»<sup>310</sup>. Inoltre, si enuncia il principio di proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata<sup>311</sup>.

Le Sezioni Unite, infatti, come anticipato, non si limitano a riconoscere la compatibilità dei *punitive damages* stranieri con il nostro ordine pubblico, ma colgono l'occasione per un'affermazione epocale, con la quale si riconosce l'emersione, accanto alla pur preponderante funzione compensativo riparatoria, di una pluralità di funzioni della responsabilità civile, tra le quali le principali sono, appunto, quella sanzionatoria e quella dissuasiva. Anche con riferimento alla possibilità di liquidazione di questo tipo di prestazioni da parte dei giudici interni viene però sottolineata la necessità di rispettare i principi costituzionali già menzionati<sup>312</sup>; esplicitando così che in ragione del loro carattere sanzionatorio si applicano ad esse le garanzie sostanziali proprie del diritto penale, monito che appare quanto mai opportuno, trattandosi, appunto, di prestazioni che, più o meno latamente, possiedono una connotazione afflittiva<sup>313</sup>.

Tali conclusioni vengono raggiunte a seguito di un'analisi delle disposizioni legislative già presenti nell'ordinamento dalle quali emerge la curvatura assunta dalla responsabilità civile, giustificata dalla necessità di ricorrere all'armamentario di tale responsabilità per offrire una risposta ai bisogni emergenti della collettività.

È d'uopo comunque evidenziare come, anche a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, la responsabilità civile rimanga ancorata alla prevalente funzione compensativa, e che le ipotesi di apertura a funzioni differenti rappresentino un'eccezione, tant'è che in questi casi è necessario il rispetto della riserva di legge.

In relazione alle ipotesi legislative considerate nella pronuncia, inoltre, si rileva che le Sezioni Unite sembrano aver adottato, per valutare la componente sanzionatoria delle previsioni, un criterio che tende a comprendere anche le ipotesi di c.d. polifunzionalità, o

---

<sup>310</sup> *Motivi della decisione*, n. 5.

<sup>311</sup> *Motivi della decisione*, n. 7.

<sup>312</sup> «Ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati. Ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa"».

<sup>313</sup> M. TESCARO, *Punitive damages nordamericani: Bundesgerichtshof, Cour de cassation e Sezioni Unite della Cassazione a confronto*, in *Lav. dir. eur.*, 2017, 1; C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giudici popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità*, in *Corr. giur.*, 2017, pag. 1050; A. DI MAJO, *Principio di legalità e proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., pag. 1792.

che risultavano dubbie; così, senza soffermarsi ora sulle perplessità in merito alla componente sanzionatoria dei casi di forfettizzazione del danno nell'ambito lavoristico, sono state definite come sanzionatorie svariate ipotesi di misure compulsive all'adempimento, in relazione alle quali notoriamente l'attribuzione di tale funzione è discussa<sup>314</sup>.

Quanto alle caratteristiche proprie della responsabilità con funzione punitiva-sanzionatoria, è interessante verificare in particolare, ai fini della presente trattazione, tre aspetti: quale sia l'elemento soggettivo richiesto in capo all'autore del fatto perché possa essere chiamato a rispondere in base a tale tipo di responsabilità, quali siano i criteri sulla cui base il giudice può liquidare il danno ed, in particolare, se vi sia un rapporto tra il risarcimento compensativo e quello liquidato a titolo sanzionatorio.

Trattandosi di attribuzioni a titolo sanzionatorio si è sempre ritenuto che l'elemento soggettivo dovesse essere il dolo o quantomeno la colpa, non potendosi altrimenti rinvenire quelle particolari caratteristiche di riprovevolezza del comportamento necessarie per fondare questa forma di responsabilità ulteriore rispetto al risarcimento del danno<sup>315</sup>. Ciò, peraltro, discende anche da un'assimilazione tra questa forma di responsabilità e quella di tipo penale, nella quale le sanzioni vengono irrogate, come noto, solo in presenza di un determinato elemento psicologico. Risulta infatti minoritaria l'impostazione secondo cui è sufficiente, perché si possa parlare di sanzione, che la reazione dell'ordinamento scaturisca dalla violazione di un suo precetto, non rilevando l'individuazione di un criterio o di un altro per l'ascrizione dell'infrazione ad un soggetto<sup>316</sup>.

Se però consideriamo le norme menzionate nella pronuncia a sostegno del riconoscimento della polifunzionalità di funzioni, limitandoci per ora a quelle diverse da quelle lavoristiche, si rileva che tale caratteristica non è presente in ogni ipotesi. Per

---

<sup>314</sup> Si sostiene, infatti, in senso contrario, che in queste ipotesi manca l'intento di affliggere sanzionandolo chi compie l'illecito, ma si persegue il solo fine di rendere l'inadempimento antieconomico, cfr. S. MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 -bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, I, pagg. 11 e segg.

<sup>315</sup> «Tale funzione punitivo-sanzionatoria deve essere esclusa almeno nei casi in cui il risarcimento prescinda del tutto da un accertamento in concreto della colpevolezza del candidato responsabile, mentre può rinvenire il proprio terreno di elezione nella materia degli illeciti dolosi», C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, vol. II, Milano, 2008, pag. 2785.

<sup>316</sup> N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, VI, pagg. 1811 e segg., che giunge a concludere che si possa escludere, «in definitiva, che solo un atto colpevole possa rappresentare un idoneo presupposto per la comminatoria di una sanzione».

cominciare, il riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave manca nell'ipotesi di condanna ex art. 96 c.p.c.<sup>317</sup>, che, applicabile in tutti i casi di soccombenza, configura secondo la giurisprudenza «una sanzione di carattere pubblicistico, autonoma ed indipendente rispetto alle ipotesi di responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c., commi 1 e 2 e con queste cumulabile, volta al contenimento dell'abuso dello strumento processuale»<sup>318</sup> con la conseguenza che «la sua applicazione[, pertanto,] non richiede, quale elemento costitutivo della fattispecie, il riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, bensì di una condotta oggettivamente valutabile alla stregua di "abuso del processo", quale l'aver agito o resistito pretestuosamente». Proprio tali caratteristiche e l'assenza di riferimenti nella norma in questione agli istituti del dolo o della colpa, hanno portato autorevole dottrina<sup>319</sup> ad affermare che tale forma di responsabilità non possa essere classificata come sanzione punitiva.

Viene al contrario espressamente attribuito rilievo all'elemento soggettivo dell'autore del fatto nel caso delle sanzioni pecuniarie civili previste dal D. lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, imposte solo in presenza di condotte dolose<sup>320</sup>, mentre in quella prevista dalla l. 27 luglio 1978, n. 392 (disciplina delle locazioni degli immobili urbani), art. 31, co. 2, nonostante il silenzio della norma, si ritiene che il pagamento dell'indennizzo a favore del fondo sia subordinato alla dimostrazione della sussistenza di una condotta dolosa o almeno colposa del locatore<sup>321</sup>, come avviene anche nel caso previsto dall'art. 709 ter c.p.c.<sup>322</sup>. Anche le norme di cui agli artt. 12 l. 8 febbraio 1948 n. 47 (legge sulla stampa)

---

<sup>317</sup> Sul quale v. Corte cost. 23-06-2016 n. 152, con nota di R. BREDI, *La corte costituzionale salva l'art. 96, comma 3, c.p.c. e ne riconosce la natura di misura essenzialmente sanzionatoria con finalità deflattiva*, in *Danno resp.*, 2017, pagg. 411 e segg., che ne riconosce la natura di misura essenzialmente sanzionatoria con finalità deflattiva nonché la concorrente finalità indennitaria nei confronti della parte vittoriosa nelle ipotesi in cui sia per questa difficile provare l'an o il quantum del danno subito, suscettibile di formare oggetto del risarcimento di cui ai primi due commi dell'art. 96 c.p.c.

<sup>318</sup> Cass. 11 ottobre 2018, n. 25177 in *Foro it.* 2019, I, pag. 555; Cass. 10 settembre 2018, n. 21943 in *Dirit. & Giust.* 2018, 11 settembre; Cass. 28 settembre 2018, n. 23475 in *www.dejure.it*; Cass. 12 giugno 2018, n. 15209 in *www.dejure.it*.

<sup>319</sup> C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, I, pag. 8, secondo il quale appare costituzionalmente non orientata siffatta lettura della norma, laddove si impone una sanzione afflittiva solo in ragione della soccombenza.

<sup>320</sup> Come espressamente previsto dall'art. 3 della disposizione legislativa menzionata.

<sup>321</sup> Cass. 13 aprile 2017, n. 9552 in *www.dejure.it* «Deve trattarsi d'una condotta almeno colposa, in ossequio al generale principio secondo cui la responsabilità esige l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. L. n. 392 del 1978, art. 31, dunque, non prevede una forma di responsabilità oggettiva, ma semplicemente addossa al locatore l'onere della prova liberatoria, coerentemente del resto al generale principio di cui all'art. 1218 c.c.», in senso conforme Cass. 14 febbraio 2017, n. 3824 in *Dir. Giust.* 2017, 15 febbraio.

<sup>322</sup> G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, II, pagg. 421 e segg., che specifica che non necessariamente sarà richiesto un dolo specifico in capo all'autore del fatto,

e 187-undecies d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), poi, prevedendo un risarcimento del danno in casi di reato presuppongono un accertamento della presenza del dolo<sup>323</sup>.

Risulta invece foriera di dubbi, sotto questo profilo, la previsione del d.l. 22 settembre 2006, n. 259 (disciplina delle intercettazioni telefoniche), il cui art. 4 prevede la possibilità di condanna su istanza di parte dell'autore della pubblicazione degli atti o dei documenti e del direttore responsabile e dell'editore, in solido fra loro<sup>324</sup>. Se, infatti, non vi sono dubbi sul titolo per cui viene chiamato a rispondere l'autore, non altrettanto si può dire per il direttore e per l'editore: per quanto concerne il primo, invero, in questo caso manca il riferimento, previsto invece ad esempio nell'art. 57 c.p., all'omesso esercizio da parte dello stesso del controllo sul contenuto del periodico, con la conseguenza che è incerto se si tratti di una responsabilità per omesso controllo, con possibilità di prova contraria, o una responsabilità oggettiva che prescinde dall'effettiva colpevolezza; ancor di più sembra, poi, che la responsabilità dell'editore sia slegata da ogni profilo di colpevolezza e sussista solo in quanto su tale soggetto viene addossato il rischio derivante dalla gestione dello stampato<sup>325</sup>. Nel caso previsto dall'art. 125 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale), poi, il risarcimento del danno da violazione dei diritti di proprietà industriale viene collegato ai presupposti di cui all'art. 2043 c.c.<sup>326</sup>, si è in presenza quindi di una responsabilità per dolo o per colpa, tuttavia è il caso di sottolineare

---

potendosi il dolo configurare anche in termini di consapevolezza circa il carattere dannoso della condotta tenuta.

<sup>323</sup> Sia nel caso del reato previsto dall'art. 184 TUF, di abuso di informazioni privilegiate, che in quello di diffamazione a mezzo stampa, la giurisprudenza ritiene essere sufficiente il dolo eventuale, v. rispettivamente Corte di giustizia UE, 23 dicembre 2009, C-45/08 Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck / Commissie voor het Bank, Financie-en Assurantiewezen (CBFA) e Cass. 19 dicembre 2001, n. 2972.

<sup>324</sup> La previsione riecheggia quella dell'art. 11 l. 8 febbraio 1947 secondo il quale «per i reati commessi col mezzo della stampa sono civilmente responsabili in solido con gli autori del reato e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore», in forza del principio che del fatto illecito «devono rispondere tutti coloro che hanno avuto parte nella pubblicazione e nella diffusione» dello scritto diffamatorio, v. Trib. Roma, 7.10.1988.

<sup>325</sup> Si può infatti ritenere che la responsabilità solidale in questa sede configurata «si attegga come peculiare configurazione del rischio d'impresa di chi, traendo benefici dall'attività esercitata, deve accollarsene anche i rischi, e si giustifica anche con il garantire una più equa distribuzione del danno fra soggetti che hanno tratto profitto dalla condotta dannosa», M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998; Sembra rievocata, in questo caso, la giurisprudenza resa sulla previsione statutaria del minimo delle cinque mensilità sempre dovute dal datore di lavoro ex art. 18, cfr. cap. I, par. 4.1.2.

<sup>326</sup> L. NIVARRA, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle "sanzioni" a tutela della proprietà intellettuale*, in *Annali it. dir. aut.*, 2000, pagg. 325 e segg.; M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, I, pagg. 149 e segg.



come la giurisprudenza in materia assuma un'impostazione molto rigida, tendendo ad obiettivizzare la colpa<sup>327</sup>, tanto da subire le critiche di chi ritiene che in tal modo si prescinde da una reale colpevolezza del danneggiante<sup>328</sup>.

Merita invece un discorso a parte la penalità di mora prevista dall'art. 614 bis c.p.c.<sup>329</sup>, in quanto in questo caso trattandosi di un obbligo di fare imposto a seguito di una sentenza, più che di dolo o colpa nel protrarre l'inadempimento, sembra ragionevole considerare al più l'incidenza di un'eventuale causa di impossibilità oggettiva sopravvenuta, laddove questa possa essere fatta valere per escludere l'applicazione della misura compulsoria<sup>330</sup>. Peraltro anche tale possibilità non è così scontata; invero, mentre si afferma comunemente che sia possibile far valere l'esistenza di ragioni di obiettiva impossibilità di adempiere in fase di determinazione della misura<sup>331</sup>, è meno scontato che tale possibilità sussista anche nella fase successiva, ovverosia se la causa di impossibilità sopravviene alla sentenza<sup>332</sup>.

Si evince in conclusione che, se come afferma la Corte, tali previsioni sono esemplificative di attribuzioni di una funzione sanzionatoria alla responsabilità civile, non v'è al momento uniformità sui criteri di imputazione di essa, dato che in più di qualche caso la misura "sanzionatoria" viene prevista prescindendo dall'accertamento del dolo e finanche della colpa in capo all'agente. Dall'esame di tali ipotesi quindi si deve desumere,

---

<sup>327</sup> Cass., 15 aprile 2011, n. 8730 in *Giust. civ.*, 2012, XI-XII, I, pag. 2748 e, in senso conforme, Cass. 14 marzo 2001 n. 3672, nelle quali si afferma il dovere dell'esercente di rete televisiva di conoscere la provenienza dei diritti di cui faccia uso e la regolarità degli atti di cessione tramite i quali tali diritti le sono pervenuti, anche in assenza di un sistema di pubblicità legale; ancor di più, nel caso di diritti sottoposti a pubblicità costitutiva, come il brevetto, si esclude la possibilità di dimostrare l'assenza dell'elemento soggettivo nell'autore della violazione, v. Trib. Milano, 16 febbraio 2012, n. 1744 in *Soc.*, 2012, 1153.

<sup>328</sup> L. NIVARRA, op. ult. cit.

<sup>329</sup> Le riflessioni risultano applicabili anche alle ipotesi di cui agli artt. 124 e 131 D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30; 140 co. 7 D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo); nel caso dell'art. 114 D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che ha introdotto una misura compulsoria nel processo amministrativo, non v'è invece dubbio, a differenza che nelle altre ipotesi menzionate, della possibilità di revocare successivamente la misura in caso di impossibilità sopravvenuta alla prestazione, come chiarito recentemente dal Consiglio di Stato, cfr. Adunanza Plenaria sent. 9 maggio 2019, n. 7 in *Foro it.* 2019, 6, III, 313.

<sup>330</sup> Non è questa la sede per approfondire la questione ma è sufficiente per ora evidenziare come molte siano le critiche poste alla riconduzione di queste misure nell'ambito di quelle sanzionatorie, posto che il risultato che intendono perseguire è quello di favorire l'adempimento più che sanzionare l'inadempimento.

<sup>331</sup> Invero l'art. 614 bis c.p.c. prevede che il giudice dispone l'applicazione della misura «salvo che ciò sia manifestamente iniquo», ovverosia, tra gli altri, nei casi di impossibilità di adempiere, v. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2017, pag. 129.

<sup>332</sup> In difetto di specifica previsione si ipotizza che una volta che la misura sia stata applicata sia possibile utilizzare il rimedio dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. per far valere eventuali fatti sopravvenuti, tra i quali sembra doversi comprendere l'impossibilità sopravvenuta; sull'utilizzo di tale rimedio v. M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *www.Judicium.com*.

salvo accedere alla interpretazione correttiva che richiede anche nel silenzio della norma un riscontro sul dolo o sulla colpa dell'agente perché si possa parlare di responsabilità con funzione sanzionatoria<sup>333</sup>, che nel nostro ordinamento si è attualmente in presenza di ipotesi di responsabilità sanzionatoria che si affiancano a casi di responsabilità oggettiva, aggravando la posizione del soggetto chiamato a rispondere<sup>334</sup>.

La scelta legislativa non appare tuttavia in contrasto con i principi del nostro ordinamento, anche se si discosta dai precedenti in materia, che sia nell'esperienza interna che in quella estera – si è visto infatti che la condanna ai *punitive damages* viene disposta solo in presenza di un comportamento caratterizzato da particolari caratteristiche di riprovevolezza, vicine al nostro dolo o al più alla colpa grave – hanno visto sempre associare il carattere punitivo del risarcimento a condotte caratterizzate dal dolo o dalla colpa. Invero al più esiste un principio costituzionale per cui la responsabilità penale è subordinata all'accertamento della colpevolezza<sup>335</sup>, che però non sembra necessariamente doversi estendere a tutte le ipotesi di responsabilità con funzione sanzionatoria; a conferma di ciò vi è la mancata menzione di tale principio tra quelli costituzionali richiamati dalle Sezioni Unite tra i limiti alla possibilità di introdurre tali previsioni. D'altro canto, si può comprendere che se tale principio deve reggere la responsabilità penale in quanto altrimenti si frustrerebbe la finalità rieducativa della pena, posto che non vi sarebbe bisogno di rieducare un soggetto che non versi perlomeno in colpa rispetto al fatto commesso<sup>336</sup>, non altrettanto necessariamente debba valere per una responsabilità

---

<sup>333</sup> C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, cit., pag. 4.

<sup>334</sup> È opportuno specificare comunque che si tratta, nella generalità dei casi, dell'autore del fatto, salvo che nell'ipotesi prevista dall'art. 4 d.l. 22 settembre 2006, n. 259, nella quale comunque si può rinvenire il collegamento utilizzando il criterio della colpa *in vigilando*, seppur non passibile di prova contraria ad esclusione della colpevolezza.

<sup>335</sup> Il principio viene fatto discendere dall'art. 27 Cost., norma però specifica per il diritto penale, sul quale v. Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *For. amm.*, 1989, 3 che ha specificato che come “fatto proprio” non si deve intendere «il fatto collegato al soggetto, all'azione dell'autore mediante un nesso di causalità materiale [...] ma anche, e soprattutto, dal momento subiettivo, il quale deve investire – almeno nella forma della colpa – gli elementi più significativi della fattispecie tipica»; Corte cost. 13 dicembre 1988, n. 1085 in *Cass. pen.*, 1989, 758 che afferma che è indispensabile che ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente.

<sup>336</sup> Così C. cost. 24 luglio 2007, n. 322, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2008, 3, 1340 i principi sembrano però strettamente connessi alle caratteristiche della responsabilità penale, che colpisce la persona e non il patrimonio, così si comprende come la Corte affermi che «punire in difetto di colpevolezza, al fine di dissuadere i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale “negativa”) o di “neutralizzare” il reo (prevenzione speciale “negativa”), implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.»



che, per quanto abbia finalità sanzionatoria, rientra comunque nell'ambito del diritto civile.

Tuttalpiù si può evidenziare la peculiarità delle scelte legislative che connettono una prestazione aggiuntiva rispetto al risarcimento del danno ad una fattispecie in cui potenzialmente il fatto non sia imputabile al danneggiante; ciò comporta però indubbi vantaggi per il soggetto leso<sup>337</sup>. Si deve quindi dare atto di un mutamento di funzione del risarcimento sanzionatorio che, a differenza di quanto avveniva nelle sue prime forme, non sembra più mirare esclusivamente a punire il danneggiante per il disvalore espresso dal suo comportamento, ma risulta assumere la diversa funzione di tutelare il bene leso, risultando dovuto a prescindere dalla prova e dalla stessa sussistenza dell'elemento soggettivo in capo al danneggiante.

Quanto ai criteri su cui si fonda la determinazione concreta dell'entità, del *quantum*, di questo tipo di risarcimento<sup>338</sup>, essi sono stati individuati principalmente nella gravità dell'elemento psicologico dell'autore del fatto, nello stato di bisogno del danneggiato, nella capacità patrimoniale dell'obbligato e del danneggiante<sup>339</sup>.

Tali criteri, invero, risultano adeguati a veicolare<sup>340</sup> la funzione di sanzionare l'autore del fatto, anche in una logica di deterrenza rispetto alla reiterazione del comportamento, distinguendosi così da quelli propri del risarcimento compensativo, ed avvicinandosi piuttosto ai criteri di determinazione della sanzione penale: anche negli artt. 133 e 133 bis del codice penale<sup>341</sup> si riscontra, invero, l'utilizzo del criterio della gravità del reato, desunta, tra le altre cose, dall'intensità del dolo o dal grado della colpa e dalla gravità del

---

<sup>337</sup> Non è forse un caso che in queste ipotesi la prestazione sia versata al danneggiato e mai ad un terzo, come avviene in altri casi in cui emerge così la natura ancor più marcatamente sanzionatoria e non riparatoria.

<sup>338</sup> Già in precedenza l'utilizzo di questi criteri è stato considerato determinante per caratterizzare le prestazioni sanzionatorie; così, in materia di pene private, è stato affermato che «si avranno pene private nel momento in cui, nella quantificazione dei danni, saranno presi in considerazione elementi non strettamente attinenti all'entità del danno effettivamente determinato, quali la gravità dell'illecito commesso, il grado di colpevolezza del responsabile della lesione, la sua condizione patrimoniale, o ancora l'arricchimento realizzato mediante fatto ingiusto», P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, pag. 124.

<sup>339</sup> Già in precedenza Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183 in *Giust. civ. mass.* 2007, 1; analoghi criteri sono menzionati da S.U. n. 16601/2017;

<sup>340</sup> Come afferma A. DI MAIO, *Principio di legalità e proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., pag. 1794, «è la stessa "natura" del danno ad esprimere funzioni che vanno anche al di là di quella meramente riparatoria», a fronte del bisogno di tutela del danneggiato ma anche in funzione di deterrenza e prevenzione.

<sup>341</sup> Sull'opportunità di usare tali criteri nella determinazione dell'entità del danno morale, G. BONILINI, *Danno morale*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, 1989, V, pag. 88.

danno o del pericolo cagionato alla persona offesa dal reato e del criterio delle condizioni economiche del reo quando si tratta di sanzioni pecuniarie.

Anche le ipotesi legislative prese in considerazione dalle Sezioni Unite non si discostano, sotto questo profilo, dall'elaborazione tradizionale utilizzando, appunto, i criteri della gravità del fatto (art. 12 l. 8 febbraio 1948 n. 47; art. 140, co. 7 D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206; art. 187-undecies D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; art. 5 D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 7), del profitto derivato all'autore del fatto e quindi dell'*animus lucrandi*<sup>342</sup> (l'art. 125 D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 ne prevede l'integrale restituzione, il D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187-undecies, e l'art. 5 D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 7, lo utilizzano invece come criterio per commisurare il risarcimento), delle qualità personali del danneggiante (art. 187-undecies D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), delle condizioni economiche dell'agente (art. 5 D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 7 e art. 614 bis<sup>343</sup>), della personalità dell'agente (art. 5 D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 7) e dell'opera svolta dal danneggiante per attenuare o eliminare le conseguenze dell'illecito (art. 5 D.Lgs. 15 febbraio 2016, n. 7).

Si riscontra, inoltre, in molte di queste ipotesi l'utilizzo di meccanismi atti a forfettizzare il risarcimento, determinandolo in una misura fissa<sup>344</sup> o comunque entro limiti prefissati nel minimo e nel massimo<sup>345</sup>, anche in questo caso con un sistema a forbice simile a quello utilizzato per le sanzioni penali; questa caratteristica differenzia le nostre ipotesi rispetto a quelle di *punitive damages*, nelle quali al più solitamente è fissato un limite massimo<sup>346</sup>, con la funzione di contenere la liquidazione di risarcimenti *grossly excessive*.

---

<sup>342</sup> V. M. BUSSANI, *La responsabilità civile al tempo della crisi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, II, pagg. 567 e segg.

<sup>343</sup> C. TRAPUAZZANO *Codice della nuova esecuzione*, Padova, 2009, sub *Art. 614-bis: attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*.

<sup>344</sup> Così l'art. 125 cod. propr. ind. che determina il lucro cessante «in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto lesa».

<sup>345</sup> Così l'art. 31 L. 27 luglio 1978, n. 392, secondo cui l'importo della sanzione da devolvere al fondo è da determinare in una somma da L. 500.000 a L. 2.000.000; l'art. 4 D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 7 norma che è molto vicina, quanto a criteri di determinazione delle sanzioni, ad una norma penale, differenziandosene, però, nel momento in cui richiede la necessaria presenza di un danno; l'art. 4 D.l. 22 settembre 2006, n. 259, che forfettizza la somma in cinquanta centesimi per ogni copia stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico, determinando in ogni caso, l'entità della riparazione in almeno 10.000 euro.

<sup>346</sup> Così per esempio come riporta F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, cit., pagg. 575 e segg., in Florida si applica un limite di 500.000\$ o di tre volte i danni compensativi nei casi ordinari, ed un limite di 2.000.000 \$ in quelli in cui il comportamento è motivato da un irragionevole guadagno per il convenuto

Infine, si pone la questione del rapporto tra le prestazioni con valenza sanzionatoria ed il risarcimento del danno: in primo luogo occorre capire se le due prestazioni si sommino o meno, in secondo luogo se si derogano completamente i presupposti del risarcimento con funzione riparatoria, prescindendo quindi anche dall'esistenza di un danno<sup>347</sup>.

Al primo quesito è stata data risposta individuando due distinte possibilità: quella che consiste nell'assegnare alla funzione sanzionatoria un ruolo ancillare e quella che attribuisce, invece, ad essa un ruolo trainante<sup>348</sup>. Nel primo caso alla funzione sanzionatoria si attribuisce solo il ruolo di incidere nella determinazione del *quantum* del risarcimento, valutando le ripercussioni del grado di riprovevolezza del comportamento del danneggiante; nel secondo, invece, la funzione sanzionatoria diventa la giustificazione di un danno che altrimenti non sarebbe risarcibile. Le stesse Sezioni Unite riconoscono la possibilità di declinare variamente la figura, laddove affermano che «resta poi nella singolarità di ogni ordinamento, a seconda dell'attenzione portata alla figura dell'autore dell'illecito o a quella del danneggiato, la declinazione dei risarcimenti punitivi e il loro ancoraggio a profili sanzionatori o più strettamente compensatori, che risponderà verosimilmente anche alle differenze risalenti alla natura colposa o dolosa dell'illecito»<sup>349</sup>. Vero è che questo punto della motivazione è riferito alla possibilità di riconoscimento di pronunce straniere che contengano la condanna a risarcimenti sanzionatori, tuttavia non sembra che vi sia alcun motivo per negare la possibilità di applicare il medesimo percorso interpretativo anche al nostro ordinamento. Ulteriore parametro indicato nella pronuncia, come visto, è quello del rispetto del principio di proporzionalità che deve intercorrere tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata<sup>350</sup>. Il principio di proporzionalità, invero, è un principio cardine da sempre richiamato anche in

---

o vi è la consapevolezza della probabilità che si verifichi la lesione e nessun limite quando sussiste la volontà di danneggiare.

<sup>347</sup> Sull'importanza di siffatta indagine, A. DI MAJO, *Principio di legalità e proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., pagg. 1792 e segg.

<sup>348</sup> Così F. D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., pag. 54 ed E. NAVARETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, pag. 505; ID, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Res. civ. prev.*, 2019, I, pagg. 6 e segg.

<sup>349</sup> Motivi della decisione, n. 7.

<sup>350</sup> Anche in questo caso l'affermazione è riferita all'ipotesi di delibazione di sentenze straniere, tuttavia, anche in ragione del fatto che subito dopo la Corte affermi che la proporzionalità del risarcimento è uno dei cardini della responsabilità civile, sembra ragionevolmente potersi estendere anche al nostro ordinamento.

giurisprudenza nella determinazione del risarcimento<sup>351</sup> e se di primo acchito non risulta di immediata comprensione il perché del suo utilizzo, considerando che la regola è quella dell'integralità del risarcimento, si spiega invece pensando a tutti i casi, invero frequentissimi, nei quali un giudizio di proporzionalità è ciò che è richiesto al giudice per tradurre in termini pecuniari una lesione che ha ad oggetto diritti aventi differente natura.

Anche nelle ipotesi legislative sopra considerate troviamo riscontro delle differenti possibilità menzionate: in alcuni casi – la maggioranza di quelli menzionati dalle Sezioni Unite – la prestazione sanzionatoria si aggiunge al risarcimento del danno<sup>352</sup>, tuttalpiù con l'espressa previsione che impone di considerare nella determinazione di essa quanto è stato attribuito al danneggiato a titolo risarcitorio *stricto sensu*<sup>353</sup>, in altri invece la funzione sanzionatoria assume un ruolo ancillare, limitato alla determinazione dell'importo<sup>354</sup>. Ancora, in alcuni casi la prestazione è subordinata all'accertamento di un danno<sup>355</sup>, in altri, invece, si prescinde da tale verifica<sup>356</sup>, ritenendo che il danno sussista in *re ipsa*. Quest'ultima ipotesi, invero, sembra rispondere maggiormente ai principi propri delle prestazioni sanzionatorie, giacché loro caratteristica è l'essere dovute a prescindere dalle conseguenze dell'illecito, e segnatamente della produzione di un danno, mentre il risarcimento è dovuto solo quando, oltre ad esservi stato un illecito, esso abbia causato un pregiudizio a chi l'ha subito<sup>357</sup>.

---

<sup>351</sup> Il principio viene fatto discendere dall'art. 3 Cost., v. tra gli altri, V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., pag. 121.

<sup>352</sup> Per esempio nelle prestazioni di cui all'art. 31 L. 27 luglio 1978, n. 392, all'art. 3 D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 7 e all'art. 12 l. 8 febbraio 1948, n. 47.

<sup>353</sup> Così secondo l'art. 4 D.l. 22 settembre 2006, n. 259.

<sup>354</sup> Così l'art. 187 *undecies*, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

<sup>355</sup> Questo è espressamente previsto dall'art. D.l. 22 settembre 2006, n. 259, il che peraltro è stato considerato in contraddizione con il fatto che si tratti di sanzione, C. FAONE, *Le sanzioni civili previste dal d.lgs. n. 7/2016 tra responsabilità e danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, V, pagg 1722 e segg.; è interessante notare che tale limite operi sebbene vi sia un valore minimo stabilito dalla norma.

<sup>356</sup> Secondo parte della giurisprudenza è quel che accade nell'ipotesi di cui all'art. 709 ter c.p.c., in cui si può prescindere dall'«accertamento in concreto di un pregiudizio subito dal minore, poiché [...] l'aver ostacolato il corretto svolgimento delle prescrizioni giudiziali è un fatto che giustifica di per sé l'irrogazione della condanna, coerentemente con la funzione deterrente e sanzionatoria intrinseca alla norma richiamata», Cass. 27 giugno 2018, n. 16980, in *Giust. civ. mass.* 2018; sempre nel senso dell'esistenza di una forma di automatismo Cass., 22 novembre 2013, n. 26205, in *Dir. giust.* 2013, 22 novembre; altra ipotesi può rinvenirsi nell'art. 96 c.p.c. Infine, senza dimenticare la diversità di queste figure, manca l'accertamento del danno nel momento in cui vengono determinate le misure compulsorie, giacché la loro determinazione è anteriore all'eventuale protrarsi dell'inadempimento.

<sup>357</sup> G.B. RATTI, *Sanzioni e rimedi. Profili teorico-giuridici*, in *Lav. dir.*, 2017, III – IV, pag. 359; «l'ordinamento giuridico può obbligare a non cagionare danni ad altri [...] senza tuttavia dovere necessariamente prevedere un conseguente obbligo di risarcimento», invero come sosteneva H. KELSEN,

Un'ultima annotazione ha ad oggetto il fatto che, ancora guardando alle ipotesi legislative menzionate dalle Sezioni Unite, è interessante notare che sono ipotesi riferite sia alla responsabilità extracontrattuale che a quella contrattuale e che risulta così superato l'orientamento tradizionale che vedeva ancorata la funzione sanzionatoria esclusivamente alla responsabilità extracontrattuale.

## 5. LA FUNZIONE DETERRENTE

Tra le principali funzioni che può rivestire la responsabilità civile troviamo infine quella deterrente o dissuasiva: il timore di vedersi imposto l'obbligo risarcitorio – variamente declinato, come si vedrà – come conseguenza dell'illecito, invero, dovrebbe far sì che il soggetto si astenga dal compiere l'illecito e che vi si astenga anche per il futuro<sup>358</sup>.

Sul punto bisogna intendersi: trattando di tale funzione in relazione alla responsabilità civile si intende definire un rimedio che si ponga come successivo rispetto alla condotta, non invece altre forme, forse più efficaci al fine di prevenire il comportamento illecito, che, intervenendo preventivamente, ne impediscono il verificarsi<sup>359</sup>. Il risarcimento del danno, invece, può assumere una funzione preventiva esclusivamente nella misura in cui si consideri che il riflesso della reazione successiva al danno stesso, conseguente al verificarsi di esso, induce a non compiere l'illecito<sup>360</sup>.

Si può assumere quindi come definizione di deterrenza quella proposta da un noto Autore<sup>361</sup>, secondo cui deterrente è un «avvenimento o evento la cui esistenza o possibilità consente di “dissuadere” il soggetto dal porre in essere in futuro il medesimo comportamento e, in tal modo, la sanzione si mostra capace di influire sulla condotta futura del soggetto agente, esercitando pertanto una funzione di prevenzione circa la proposizione (o riproposizione) della condotta».

---

*La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, pag. 147, esiste un obbligo primario, quello di non cagionare alcun danno e uno secondario, sostitutivo, consistente nel dovere di risarcire il danno prodotto.

<sup>358</sup> Per uno studio accurato e completo in merito tale funzione si rinvia a P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., che raccoglie gli atti del convegno svoltosi a Siena il 19-21 settembre 2007, nel quale, come risulta dalla presentazione del curatore, l'auspicio era quello di valorizzare l'istituto della responsabilità civile «come strumento di prevenzione dell'illecito».

<sup>359</sup> Si pensi ai provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. o agli altri tipici, come le azioni di nunciazione.

<sup>360</sup> A. DE CUPIS, *Il danno*, vol. II, cit., pag. 6.

<sup>361</sup> D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia “tradito”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pag. 565.

Nei termini descritti risulta che la deterrenza assuma una funzione sociale<sup>362</sup>, infatti come si è visto la responsabilità civile, pur intervenendo a compensare il danno prodotto, non può eliminare tale danno per la società, ma «si limita a spostarne l'incidenza da chi lo ha subito immediatamente a chi è obbligato a risarcirlo»<sup>363</sup>; tale risultato si rileva socialmente utile, quindi, nella misura in cui realizza l'effetto preventivo di scoraggiamento dell'illecito<sup>364</sup>. Ne deriva che, ricorrendo in entrambi i settori le necessità descritte, la deterrenza sia caratteristica necessaria tanto della responsabilità contrattuale<sup>365</sup> quanto di quella extracontrattuale.

Più problematica risulta, invece, l'individuazione delle modalità attraverso cui realizzare l'effetto di deterrenza: secondo una prima impostazione tale effetto può discendere dalla responsabilità civile solo in quanto essa sia caratterizzata dalla funzione sanzionatoria, posto che tale funzione è strettamente connessa alla sanzione penale<sup>366</sup>; di deterrenza potrà discorrersi solo in quanto alla maggiore gravità del disvalore espresso dall'agente dell'elemento soggettivo consegua una maggiore efficacia della finalità di prevenzione<sup>367</sup>, essendo essa strettamente connessa ai presupposti del dolo o quantomeno della colpa. Proprio per questo motivo è stato evidenziato come persino il percorso di progressiva oggettivizzazione della colpa concorra a rendere dubbia la funzione deterrente<sup>368</sup>.

Al contrario una differente impostazione è quella secondo cui la sola imposizione dell'obbligo risarcitorio a carico dell'autore dell'illecito, indipendentemente e dal fatto che si richieda la sussistenza della colpa o del dolo e dall'apprezzamento del grado di tali elementi soggettivi nella liquidazione del risarcimento, sia di per sé utile a fungere da

---

<sup>362</sup> In tal senso G. VETTORI, *La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente*, in A.A.V.V. *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, pagg. 691 e segg. e V. SCALISI, *In nostro compito nella nuova Europa*, in *Europa dir. Priv.*, 2007, II, pag. 250, secondo il quale vi è una funzione «preventiva e dissuasiva, e come tale sociale, della responsabilità civile, dalla quale in nessun caso è consentito astrarre».

<sup>363</sup> P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., pag. 3.

<sup>364</sup> A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime delle responsabilità civili*, cit., pag. 2634.

<sup>365</sup> In senso contrario, D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, cit., pag. 565, che evidenzia il rischio che si attribuisca all'adempimento una funzione che contrasta «con la natura intima e il senso peculiare del rapporto obbligatorio».

<sup>366</sup> «Deterrenza è termine più congeniale alla sanzione penale», F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI, a cura di, *Le pene private*, Milano, 1985, pag. 28.

<sup>367</sup> M. FRANZONI, *L'antigiuridicità del comportamento*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., pag. 89.

<sup>368</sup> C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, cit., pag. 132.

deterrente<sup>369</sup>. Quest'ultima impostazione appare più convincente, considerato che anche il fatto che un soggetto sia chiamato a rispondere in base ad un criterio di responsabilità oggettiva non significa che detto soggetto sia estraneo al rischio e quindi sia in grado di evitarlo, ma, viceversa, significa proprio che quel soggetto è quello individuato dall'ordinamento come più idoneo a controllare il rischio: il timore di subire una sanzione dovrebbe, pertanto, portare il soggetto "minacciato" ad adottare ogni misura utile ad evitarlo.

Questa forma di deterrenza risulta parzialmente assimilabile alla *deterrence* americana<sup>370</sup>, che è stata descritta<sup>371</sup> come un obiettivo di politica economica e sociale ottenuto mediante l'istituto della responsabilità. Tale forma di deterrenza si realizza mediante forme di responsabilità oggettiva, ed in essa si distinguono tradizionalmente due diverse funzioni: la prevenzione generale, o di mercato, e la prevenzione specifica o collettiva; dette funzioni riflettono le particolarità del sistema in cui il concetto si è sviluppato, quelle proprie dell'area dei c.d. *unintentional tort*, in particolar modo del settore della circolazione stradale e della responsabilità derivante dall'attività imprenditoriale<sup>372</sup>.

Nonostante le differenze tra l'impostazione descritta e quella che caratterizza il nostro ordinamento, in cui la regola di responsabilità oggettiva è posta non per il perseguimento di un obiettivo di efficienza economica, e quindi per ottenere una diminuzione complessiva dei costi, ma per ottenere una distribuzione dei costi finalizzata ad avvantaggiare il danneggiato, ciò non osta all'attribuzione, anche nella prospettiva nazionale, di un'efficacia deterrente alle forme di responsabilità oggettiva<sup>373</sup>.

Ci si può poi interrogare circa la finalità deterrente della responsabilità contrattuale, posto che tradizionalmente tale funzione è stata associata eminentemente alla responsabilità derivante da danno extracontrattuale, anche in ragione dell'asserito legame

---

<sup>369</sup> G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit., pag. 163, P.G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni*, III, *La responsabilità civile*, in R. SACCO, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, pag. 20.

<sup>370</sup> Su cui v. principalmente G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven, 1970.

<sup>371</sup> F. D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, cit., pag. 42.

<sup>372</sup> Su tale forma di deterrenza v. G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, cit., pagg. 293 e segg.

<sup>373</sup>E. NAVARETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, I., pagg. 6 e segg., distingue due forme di deterrenza: nel caso di responsabilità oggettiva si potrà parlare di deterrenza generale, invece qualora si richieda almeno il riscontro della colpa si verserà in un'ipotesi di funzione sanzionatoria-deterrente. Contra G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, cit., pag. VI.



con la funzione sanzionatoria. Non sembrano, tuttavia, esservi ragioni per ritenere estranea da tale funzione anche la responsabilità per inadempimento, considerata anche l'assimilazione delle due aree ai fini del discorso circa le funzioni di cui esse sono portatrici. Della possibilità di attribuire tale funzione anche alla responsabilità contrattuale sono prova, inoltre, diverse norme codicistiche, tra le quali l'art. 1229 c.c., l'art. 1224 c.c. e comunque l'imposizione di interessi e rivalutazione sui debiti di valore, che, regolamentando le conseguenze dell'inadempimento in modo vantaggioso per il danneggiato, sembrano tese ad assicurare la prevenzione dell'inadempimento<sup>374</sup>.

Ulteriore questione attiene alla necessità di valorizzare l'eventuale funzione dissuasiva assunta dal risarcimento nella quantificazione di esso affinché questo possa esercitare un effetto deterrente.

Sembra infatti di doversi ritenere che il mero assolvimento della funzione risarcitoria, così come tradizionalmente intesa, non sia idoneo a garantire una funzione di dissuasione, in quanto in tal caso ci si muoverebbe solo in un'ottica re-distributiva, nella quale il danneggiante rischierebbe unicamente di perdere ciò che ha illegittimamente ottenuto, senza essere assoggettato ad alcuna ulteriore imposizione, che si renderebbe invece necessaria per dissuaderlo a non ripetere l'illecito<sup>375</sup>. È emblematico in tal senso il celebre esempio riportato dalla dottrina americana<sup>376</sup>: se la condanna al risarcimento è limitata al valore di mercato del bene, chi intende mangiare una mela può indifferentemente acquistarla da un venditore, ed acquisirla quindi in modo lecito, pagando il suo prezzo, o scegliere di appropriarsene prendendola direttamente dal ramo, sapendo che anche in tal caso rischierà solo che di vedersi condannato a pagare un risarcimento pari al prezzo di mercato di essa.

Anche in questo caso non manca però l'opinione contraria, espressa da chi ritiene che anche lo stesso risarcimento del danno, assicurando una reazione dell'ordinamento all'illecito che comporta un impoverimento del responsabile, assolve ad una funzione di deterrenza<sup>377</sup>.

---

<sup>374</sup> In tal senso V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, cit., pag. 417.

<sup>375</sup> A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, nota a Cass. ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978, cit., pagg. 1854 e segg.

<sup>376</sup> G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, Inalienability, a View of the Cathedral*, cit., pag. 1089.

<sup>377</sup> C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, cit., pag. 4; invero «il soggetto che, in base alle regole di responsabilità vigenti, sa di essere esposto, al compimento di un atto o di un comportamento, all'affermazione del proprio obbligo risarcitorio nei confronti di un altro soggetto potrà verosimilmente essere indotto ad astenersi da quegli atti o comportamenti che ne determinerebbero la condanna e che, dunque, lo esporrebbero al costo pecuniario del risarcimento», cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., pag. 2779, il



Avverso questa lettura si deve però rilevare che, in particolare trattandosi di illeciti commessi da aziende, sussista la tendenza a reinternalizzare i costi del risarcimento, e ciò in particolar modo ove tali costi siano prevedibili *ex ante*. L'azienda, quindi, non risente della reazione al danno che essa ha causato consistente nella mera riparazione perché, consapevole di tale rischio, ne tiene conto nel momento in cui determina i costi e, eventualmente, lo azzerava anche, se del caso, addossandolo ai consumatori<sup>378</sup> – e quindi, paradossalmente, alle possibili vittime – dando luogo ad un complessivo aumento dei prezzi dei prodotti o dei servizi.

Inoltre il mero risarcimento appare sicuramente inidoneo a dissuadere dal compimento dell'illecito in alcuni casi, come quello caratterizzati da un vantaggio per il danneggiato notevolmente superiore allo svantaggio subito dal danneggiante: in questi casi, come si è già visto, la condanna al risarcimento quantificato in quanto necessario a restaurare il patrimonio del primo risulta insufficiente ad evitare di perpetrare il comportamento illecito<sup>379</sup><sup>380</sup>. Ulteriore ipotesi in cui il risarcimento meramente compensativo risulta inidoneo è stata individuata nel caso in cui il comportamento del danneggiante sia caratterizzato da un tanto intenso «indice e grado di potenzialità offensiva», anche in considerazione della platea i soggetti che risulterebbero lesi dall'illecito, da non poter essere neutralizzato con il mero ristoro del danno subito dalla vittima<sup>381</sup>.

---

quale però successivamente afferma che perché di scopo di prevenzione del danno si possa parlare in senso proprio, serve alternativamente che l'affermazione della sussistenza della responsabilità sia subordinata ad una particolare qualificazione soggettiva della condotta o che nella determinazione concreta del risarcimento si considerino la qualificazione soggettiva o i vantaggi derivati all'autore dall'illecito.

<sup>378</sup> S. PATTI, *Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione*, cit., pag. 297; G. ALPA, *La responsabilità civile*, cit. pag. 163.

<sup>379</sup> In tal senso, infatti, si è mossa la disciplina di alcuni settori, come quello della violazione della proprietà industriale, ove nel risarcimento del danno vengono conteggiati anche «i benefici realizzati dall'autore della violazione», art. 125 cod. propr. ind.

<sup>380</sup> M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, cit., pagg. 92 e segg. «la reazione individuale contro la microviolazione non è in alcun modo incentivata perché la prospettiva è quella di ottenere un risarcimento pari al danno, e il danno compensabile è scarso in confronto al costo della reazione, elevato in termini monetari e di tempo. Il singolo danneggiato, in base ad un'elementare analisi di costi e benefici, è quindi indotto a subire la perdita senza darsi ulteriore pena. Il giudizio — anche collettivo — sul comportamento microviolativo è invece severo».

<sup>381</sup> V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., pagg. 122 e segg. che menziona come ipotesi di questo tipo i casi di illecito concorrenziale, della pubblicità ingannevole, della pubblicità comparativa illecita, delle pratiche commerciali scorrette sia ingannevoli che aggressive, di interessi collettivi o diffusi relativi a beni indivisibili o non appropriabili ma che risultino comunque compromessi dall'illecito.

Le Sezioni Unite non prendono specificamente posizione sul punto; nella motivazione si afferma però che la primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto della responsabilità civile «immancabilmente lambisce la deterrenza», affermazione che può essere letta come un punto di equilibrio tra le due posizioni. Invero la Corte sembra intendere che si possa riconoscere una valenza deterrente anche al risarcimento del danno, che sarà però di intensità inferiore – sembra potersi leggere così la scelta del verbo lambire – rispetto a quella delle previsioni nelle quali sia posto a carico del danneggiante un *quid pluris*, aggiuntivo o sostitutivo del risarcimento.

Sempre con riferimento all'entità del risarcimento necessaria perché esso possa rivestire un effetto di deterrenza, meritano una considerazione a sé le ipotesi in cui il risarcimento sia calcolato con criteri di determinazione differenti da quelli ordinari. Ciò può avvenire, in primo luogo, quando si applichino meccanismi di forfettizzazione del risarcimento, con i quali il legislatore determini preventivamente la misura del risarcimento, in specie ove tale misura sia inderogabile, essendo insuscettibile di prova contraria. Tali meccanismi possono assolvere ad una funzione deterrente verso il potenziale danneggiante solo a condizione che la soglia a cui viene fissata la quantificazione sia sufficientemente elevata; nel caso opposto, al contrario, la forfettizzazione si trasformerà in uno strumento limitativo della responsabilità del danneggiante dovendosi escludere ogni effetto dissuasivo<sup>382</sup>. Questo caso è per molti versi assimilabile a quello in cui le parti abbiano previsto una clausola penale, la quale è indubbiamente caratterizzata di per sé da una funzione deterrente; l'effetto deterrente viene però mitigato nel caso in cui il suo importo sia determinato in un'entità esigua e sia altresì esclusa la possibilità di provare il maggior danno: in tal caso lungi dall'esercitare un effetto di deterrenza, mediante l'apposizione della clausola penale si rischierebbe di incentivare l'inadempimento, il costo del quale risulta già prefissato e conosciuto<sup>383</sup>.

Allo stesso modo si dovranno ritenere tendenzialmente inidonee a realizzare una finalità di dissuasione le ipotesi legislative di limitazione al risarcimento, in cui, addirittura, l'imposizione a carico dell'autore dell'illecito è inferiore rispetto all'entità del danno<sup>384</sup>.

---

<sup>382</sup> G. VILLA, *La forfettizzazione legislativa del danno risarcibile*, in G. VISINTINI, diretto da, *Trattato della responsabilità contrattuale*, pag. 261.

<sup>383</sup> V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, cit., pag. 416.

<sup>384</sup> «Perché ciò avvenga, il risarcimento ha da essere pieno, del tutto satisfattivo, sia pure (di norma) per equivalente. Ecco, allora, che la funzione compensativa, destinata ad informare di per sé l'istituto, innesca ricadute consistenti in termini di deterrenza.», A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime delle responsabilità civili*, cit., pag. 2634.

Risulta infine interessante la proposta di parte della dottrina di parametrare diversamente il risarcimento in base al criterio di imputazione dell'illecito: così, in tema di responsabilità per lesioni dell'integrità personale è stato proposto di differenziare l'entità del risarcimento addossando un risarcimento maggiore nelle ipotesi in cui il convenuto sia chiamato a rispondere a titolo di colpa e risarcimenti più contenuti quando, invece, il criterio di imputazione sia di tipo oggettivo<sup>385</sup>. Tale modalità di calcolo era stata proposta nell'ambito dei danni non patrimoniali, in cui la valutazione dell'elemento soggettivo assume una valenza anche ai fini dell'entità del danno, ma sembra possa essere estesa anche al di fuori di detto settore per dare rilievo alla componente di dissuasività della responsabilità civile<sup>386</sup>.

#### 6. IL RILIEVO DELLA GRAVITÀ DEL COMPORTAMENTO NELLA DETERMINAZIONE DEL RISARCIMENTO

Come già accennato a più riprese, l'elemento soggettivo facente capo all'autore del fatto – dolo, colpa ed eventuale grado di colpevolezza – è di regola irrilevante per il nostro ordinamento, se non come criterio di accertamento della responsabilità: è quindi sufficiente verificare la presenza del dolo o della colpa per comprendere se ci si trovi in presenza dei presupposti in base ai quali il danneggiante può essere chiamato a rispondere del danno, senza che questo poi influisca in alcun modo nella determinazione del risarcimento. Il discorso è leggermente più complesso nel caso di illecito contrattuale, in quanto in questo caso più che sulla colpa o sul dolo l'indagine si sposta sulla mancanza della diligenza prescritta ai fini della verifica del diritto al risarcimento; ancora diverso è il caso delle obbligazioni di risultato, in cui l'autore dell'inadempimento viene chiamato a rispondere sempre, salvo che riesca a dimostrare la sussistenza di una causa a lui non imputabile.

La regola generale subisce però delle eccezioni: in alcune ipotesi l'ordinamento attribuisce un valore ulteriore all'elemento soggettivo, per esempio decidendo di considerare illeciti solo i comportamenti denotati da un grado particolarmente alto di

---

<sup>385</sup> G. AFFERNI, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, pagg. 887-889.

<sup>386</sup> V. ROPPO, *La responsabilità oggettiva*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit.t56, pag. 195, «credo infatti che l'introduzione di una variabile concreta e "materiale" come il maggiore o minore peso economico del risarcimento posto a carico del responsabile, possa utilmente contribuire a far uscire i discorsi sulla funzione deterrente della responsabilità [...] fuori dalle secche di astrattezza in cui spesso finiscono impigliati».

disvalore. Tipico esempio è costituito dagli illeciti di dolo, ossia casi in cui il comportamento è considerato illecito solo in quanto caratterizzato dal dolo dell'attore e vi è quindi una particolare connessione tra questo elemento soggettivo e il carattere dell'ingiustizia del fatto, nel senso che solo in presenza di dolo il fatto si considera ingiusto<sup>387</sup>.

In altri casi il legislatore prevede un trattamento differenziato, di norma aggravato, se ricorre il dolo: tipica la disposizione di cui all'art. 1225 c.c., nella quale il risarcimento è esteso anche oltre alle conseguenze prevedibili se ricorre il dolo, ma anche quella dell'art. 813 ter c.p.c. che prevede una limitazione della responsabilità degli arbitri a meno che questa non dipenda da dolo<sup>388</sup>; in questi casi, però, la linea di confine tra i diversi trattamenti applicabili è costituita proprio dalla presenza o meno del dolo, non, invece, dalla diversa intensità dell'elemento soggettivo.

Vi sono poi ipotesi in cui la gravità del disvalore della condotta del danneggiante viene presa in esame per stabilire l'entità del risarcimento<sup>389</sup>: tipicamente ciò avviene nella determinazione del danno morale. Si è visto che questo criterio è uno di quelli comunemente utilizzati nella determinazione del risarcimento sanzionatorio, ma la questione che si intende ora affrontare è se esso possa trovare utilizzazione anche nel risarcimento compensativo.

Se si esamina il pur vasto panorama normativo in materia di responsabilità civile, le uniche ipotesi in cui chiaramente tale criterio viene assunto per la determinazione del risarcimento sono costituite da quella di cui all'art. 2055, co. 2 c.c., che prevede che il diritto di regresso tra i soggetti obbligati in solido si eserciti nella misura «determinata dalla gravità della rispettiva colpa», oltretutto dall'entità delle conseguenze che sono derivate dall'illecito. A ben vedere, tuttavia, la disposizione si limita a prevedere un riparto interno delle conseguenze dell'illecito<sup>390</sup>, che non si estende all'importo del risarcimento, e che quindi non influisce su ciò che otterrà il danneggiato. In tempi più

---

<sup>387</sup> M. FRANZONI, *L'illecito*, in M. FRANZONI, diretto da, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2009, pag. 323; P. CENDON, L. GAUDINO, *Il dolo*, in G. ALPA, M. BESSONE, diretto da, *La responsabilità civile*, Torino, 1987, pag. 82; C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., pag. 159.

<sup>388</sup> M. FRANZONI, *L'antigiuridicità del comportamento*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., pagg. 94 e segg. individua per questo in tale ipotesi l'intento di «prevenire con la responsabilità civile».

<sup>389</sup> C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., pagg. 171 e segg.

<sup>390</sup> È stato affermato che la regola esprima il principio per cui ognuno dev'essere chiamato a rispondere del fatto proprio e delle conseguenze prodotte, P. STANZIONE, diretto da, *Trattato della responsabilità civile*, II, Padova, 2012, pag. 1214.

recenti è poi stata introdotta la l. 8 marzo 2017 n. 24 a regolamentare la responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, che prevede che il *quantum* del risarcimento sia determinato tenendo conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria, dando rilievo – questa volta ai fini della determinazione del risarcimento – al fatto che, e alla misura in cui, lo stesso si sia discostato dalle linee guida<sup>391</sup>.

Oltre a queste due ipotesi in cui il principio è esplicitato<sup>392</sup>, inoltre, la valutazione della gravità del disvalore del comportamento dell'autore del fatto comporta di norma riflessi sulla determinazione del risarcimento del danno non patrimoniale dovuto al danneggiato. Si afferma che ciò derivi dalla circostanza che si tratta di fattispecie in cui la lesione deriva non solo dalla lesione dell'interesse tutelato, ma anche dalle modalità della condotta, tali da ledere maggiormente la sensibilità del danneggiato. In tal senso viene portato l'esempio per cui l'uccisione di un figlio con un brutale massacro o, invece, per causa di un sinistro stradale o di un illecito oggettivo, rilevi diversamente sulle disutilità emotive<sup>393</sup>. Nonostante in questi casi il bene leso sia il medesimo, la vita, il turbamento interiore, la sofferenza provata, sarà di diversa entità. Lo stesso viene affermato con riferimento ad altre condotte, egualmente maggiormente lesive dal punto di vista morale, come le discriminazioni attuate in modo particolarmente odioso<sup>394</sup>.

Il ragionamento risulta condivisibile fintantoché esso sia limitato al danno non patrimoniale, ed in particolare al danno morale; ciò anche a prescindere dall'attribuzione di un carattere sanzionatorio<sup>395</sup> a tale tipo di risarcimento, in quanto, come visto, è proprio

---

<sup>391</sup> Per l'analisi delle conseguenze derivanti da tale disposizione sul concetto di unitarietà della colpa, v. . CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 423.

<sup>392</sup> Vi è anche chi ritiene che analogo principio sia posto anche dall'art. 2056 c.c. nella parte in cui dispone che nella valutazione del lucro cessante si debba tener conto «delle circostanze del caso», P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, X, pag. 1411.

<sup>393</sup> G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, pagg. 20025 e segg.; F. D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, cit., pag. 54; E. NAVARETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, cit., pag. 506 secondo la quale, al contrario, tale danno non sarebbe dovuto nell'ipotesi in cui l'uccisione del congiunto era stata programmata da chi chiede il risarcimento, in quanto in questo caso verrebbe meno la presunzione del *dolor*.

<sup>394</sup> E. NAVARETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, cit., pagg. 6 e segg.

<sup>395</sup> È noto il dibattito dottrinale tra chi qualifica il risarcimento del danno morale come risarcimento con funzione sanzionatoria, così, per esempio, F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme*, cit., pag. 456; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, pag. 53; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., pag. 252 e chi invece ritiene che abbia una funzione compensativa, tra i tanti C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., pag. 2783; C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, I, pag. 6; M. FRANZONI, *L'antigiuridicità del comportamento*, cit., pag. 350.

la lesione di cui si chiede la riparazione che risulta incrementata, in alcuni casi<sup>396</sup>, dalla maggiore gravità dell'illecito. È difficile, invece, attribuire la stessa valenza al danno patrimoniale<sup>397</sup>, considerato che, come si è detto, in questo caso il danno da riparare è esclusivamente quello consistente nella differenza del patrimonio *ante* e *post* illecito; sembra evidente che in questi termini non si possa ipotizzare che un illecito, sia contrattuale che extracontrattuale, caratterizzato da un maggior grado di riprovevolezza non incida in modo diverso sul patrimonio di chi lo subisce<sup>398</sup>.

Si può quindi conclusivamente affermare che il criterio di valutazione del danno costituito dalla gravità del comportamento del danneggiante, nel senso espresso di disvalore della condotta stessa, sia criterio proprio del risarcimento con funzione compensativa solo ove da tale caratteristica della condotta derivi un pregiudizio maggiore per chi subisce il danno, mentre negli altri casi esprime una componente punitiva del risarcimento.

#### 7. BREVI CENNI SULLA FUNZIONE SANZIONATORIA DEL RISARCIMENTO NEL DIRITTO DEL LAVORO

Nel diritto del lavoro l'esigenza di garantire l'effettività<sup>399</sup> delle tutele apprestate a favore del lavoratore ha sempre fatto sì che una forte attenzione fosse concentrata sull'apparato rimediabile, ed in particolare sul sistema di sanzioni a favore del lavoratore<sup>400</sup>, considerandosi le sanzioni civili lo strumento più efficace per porre rimedio alle «manifestazioni più acute» del conflitto di interessi che connota inevitabilmente il rapporto di lavoro<sup>401</sup>.

Tra le forme di tutela già contemplate nel diritto del lavoro delle origini venivano però considerate idonee a garantire una tutela effettiva della posizione del lavoratore

---

<sup>396</sup> È il caso di ricordare che questo non può però costituire la regola.

<sup>397</sup> Così anche E. NAVARETTA, op. ult. cit.

<sup>398</sup> Salvo i casi in cui il danno non patrimoniale incida anche su interessi non patrimoniali, nel qual caso il danneggiato potrebbe chiedere il risarcimento di tale danno e, conseguentemente, l'utilizzo dei relativi criteri di quantificazione.

<sup>399</sup> V. P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, II, pagg. 291 e segg.

<sup>400</sup> Come scrive L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pag. 1189, «l'effettività del sistema e delle regole è legata, in larga parte, all'adeguatezza dei rimedi e delle sanzioni civili»; I. PAGNI, *Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, pagg. 489 e segg.

<sup>401</sup> E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, pag. 310.

unicamente quelle in grado di garantire il ripristino della posizione violata: ciò poteva essere affermato senz'ombra di dubbio in relazione al rimedio dell'inderogabilità della previsione collettiva, accompagnato dalla sostituzione delle eventuali clausole difformi contenute nei contratti individuali<sup>402</sup> o, seppur in misura più ridotta, considerata la mancata introduzione di strumenti finalizzati ad assicurarne l'esecuzione, con riferimento alla tutela reale. In tale sistema, invece, il risarcimento del danno veniva considerato un rimedio inidoneo a garantire l'effettività della tutela, in quanto non realizzativo della riparazione dell'interesse leso dall'illecito datoriale. Conseguentemente il suo ruolo veniva circoscritto alla tutela di crediti pecuniari, area in cui al più veniva considerato capace di assicurare la mera soddisfazione tardiva dell'interesse del lavoratore all'adempimento<sup>403</sup>.

Se questa era la situazione originaria, in un secondo momento, complice la sopravvenuta consapevolezza dell'impossibilità di offrire una garanzia ripristinatoria per tutti i diritti, il risarcimento del danno assume invece un ruolo pregnante nel garantire il rispetto della legislazione lavoristica.

Così ad esso viene attribuito una funzione sanzionatoria, oltre che compensativa, con l'introduzione di previsioni nelle quali si prescinde, del tutto o in parte, dalla prova del danno effettivamente subito dal lavoratore. Come già si è visto un'analogia finalità di protezione del lavoratore era stata perseguita con la previsione delle forme di risarcimento c.d. polifunzionali poste nell'art. 18 St. Lav.: in primo luogo con l'introduzione del minimo sempre dovuto di cinque mensilità<sup>404</sup> ma anche con la quantificazione del risarcimento nelle retribuzioni non percepite dal lavoratore, seppur con possibilità di prova contraria da parte del datore di lavoro dell'*aliunde perceptum*.

Espressione di questa rinnovata funzione attribuita al risarcimento sono le previsioni in materia di contratti flessibili: l'art. 22, co. 1, d. lgs. n. 81/2015<sup>405</sup> in cui si prevede che

---

<sup>402</sup> E. GHERA, op. ult, cit., pagg. 316 e segg.

<sup>403</sup> E. GHERA, op. ult, cit., pagg. 318 e segg., che evidenzia come tale tipo di tutela abbia mostrato i suoi limiti anche quando oggetto della tutela è l'interesse del datore di lavoro, tanto che sono successivamente risultate prevalenti anche in questo caso altre tecniche, come quella punitiva propria, ad esempio, del potere disciplinare. Critico verso il generale disinteresse dimostrato inizialmente dalla dottrina verso il risarcimento del danno, paradossale considerata «l'implicazione della persona nell'attività di prestazione sia un *proprium* del rapporto di lavoro», L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, III, pagg. 605 e segg.; nello stesso senso C. CASTRONOVO, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro, Atti del convegno nazionale AIDLASS (Napoli 31 marzo – 1 aprile 2006)*, Milano, 2007, pag. 181.

<sup>404</sup> In relazione al quale, invero, anche le Sezioni Unite n. 16601/2017 confermano la natura sanzionatoria.

<sup>405</sup> In precedenza contenuta nell'art. 5 d. lgs. n. 368/2001.



in caso di continuazione oltre al termine del rapporto di lavoro al lavoratore spetti una maggiorazione della retribuzione che andrà calcolata in modo automatico<sup>406</sup> e, in modo meno marcato, essendo il risarcimento assoggettato alla prova, da parte del lavoratore, degli effetti pregiudizievoli subiti dallo stesso<sup>407</sup>, le previsioni per le quali al lavoratore assunto con contratto a tempo parziale in cui non sia stata indicata la collocazione temporale dell'orario<sup>408</sup> ovvero che sia stato impiegato al di fuori delle fasce orarie o dei giorni previsti, in violazione delle clausole elastiche o flessibili<sup>409</sup>, spetta il risarcimento del danno.

Non solo, ma con l'allargamento, anche nel diritto del lavoro come nel resto della responsabilità civile, al risarcimento dei danni non patrimoniali, si registra in più di qualche caso, nella liquidazione di questi, una tendenza a superare lo stretto principio di compensazione, anche per ovviare alle difficoltà di prova che caratterizzano in particolar modo l'ambito dei diritti non patrimoniali: chiaro esempio di ciò è rappresentato dal risarcimento del danno da demansionamento, nel quale l'ammontare del risarcimento viene usualmente calcolato dai giudici sulla base della retribuzioni del lavoratore, determinandolo in una percentuale di essa in base alla gravità del demansionamento<sup>410</sup> ma anche, nell'accertamento della sussistenza di tale danno, dal vasto ricorso alla prova per presunzioni<sup>411</sup> che porta quasi a configurare un danno in *re ipsa*, sebbene in linea di principio questo venga negato dalla giurisprudenza<sup>412</sup>.

Ancora, una funzione sanzionatoria può essere attribuita, come del resto è stato riconosciuto dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 16601/2017, alla previsione contenuta nella disciplina antidiscriminatoria, nella parte in cui l'art. 28, co. 5 e 6, d.lgs. n. 150/2011 prevede che «con l'ordinanza che definisce il giudizio il giudice può condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale e ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio pregiudizievole, adottando,

---

<sup>406</sup> Che, evidentemente, non ha nulla a che vedere con le ordinarie maggiorazioni retributive, L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, cit., pag. 1192.

<sup>407</sup> Cfr. Cass. 23.01.2009. 1721 e Cass. 30 dicembre 2016, n. 27553 che richiedono la dimostrazione della maggiore penosità ed onerosità della prestazione effettuata in ragione degli effetti pregiudizievoli prodotti dalla disponibilità richiesta. È però espressamente previsto, almeno, con riferimento alla prima ipotesi, che il danno possa essere liquidato in via equitativa, con una conseguente diminuzione del rigore della prova.

<sup>408</sup> In precedenza art. 8, co. 2, d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 61.

<sup>409</sup> In precedenza contenuta nell'art. 8, co. 2 bis, d. lgs. 25 febbraio 2000, n. 61.

<sup>410</sup> Cass. 5 luglio 2019, n. 18194 in *www.dejure.it*; Cass. 7 agosto 2019, n. 21161 in *Giust. civ. mass.* 2019.

<sup>411</sup> Cass. 19 aprile 2012, n. 6110 in *www.dejure.it*.

<sup>412</sup> Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572 in *Dir. giust.*, 2006, 22, 59e, sulla stessa linea, Cass. 20 giugno 2019, n. 16595 in *Giust. civ. mass.* 2019.



anche nei confronti della pubblica amministrazione, ogni altro provvedimento idoneo a rimuoverne gli effetti» e che «ai fini della liquidazione del danno, il giudice tiene conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento». Tali disposizioni, invero, attribuiscono al rimedio risarcitorio un'elevata forza di deterrenza, introducendo la valutazione di elementi estranei al risarcimento compensativo e propri invece di quello con funzione sanzionatoria<sup>413</sup> e, grazie anche al consistente ricorso alle presunzioni<sup>414</sup>, si perviene quasi ad una configurazione del danno in *re ipsa*<sup>415</sup>.

Ulteriori ipotesi in cui il risarcimento acquista una funzione sanzionatoria sono costituite, poi, come riconosciuto sia dalla Corte costituzionale, con la pronuncia n. 303/2011, che dalla pronuncia a Sezioni Unite da ultimo menzionata, dalla forfettizzazione dell'indennità prevista sia in caso di illegittimo ricorso al contratto a termine che di illegittimo utilizzo della somministrazione di lavoro. In tali casi il legislatore, in modo simile a quanto fatto nell'art. 8 l. n. 604/1966, ancora la liquidazione dell'indennizzo a criteri estrinseci rispetto al pregiudizio subito dal lavoratore, avvantaggiandolo, però, con la previsione di un importo minimo garantito, oltretutto con l'esenzione dall'onere di provare l'entità del pregiudizio subito.

Come meglio si vedrà<sup>416</sup>, tuttavia, in queste ultime ipotesi né il vantaggio per il lavoratore né la finalità sanzionatorie nei confronti del datore di lavoro costituiscono lo scopo principale perseguito con l'introduzione della norma, che mira, al contrario, a determinare un indennizzo prevedibile e certo, almeno quanto all'entità massima, da porre a carico del datore di lavoro<sup>417</sup>, ovviando così all'imprevedibilità dei risarcimenti precedentemente liquidati in giudizio.

A conferma della pluralità delle funzioni assunte dal risarcimento del danno nel diritto del lavoro, e della curvatura assunta verso la funzione sanzionatoria, in tale ambito e segnatamente in un caso di discriminazione in ragione dell'affiliazione sindacale, si è registrata, a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite n. 16601/2017 la prima, e a

---

<sup>413</sup> L. DE ANGELIS, *Note minime in tema di discriminazioni del lavoratore e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 2009, V, pagg. 212 e segg.

<sup>414</sup> V. Cass. 13 ottobre 2016, n. 20677 in *www.dejure.it*.

<sup>415</sup> C. ZOLI, *Rimedi e sanzioni nel diritto del lavoro in trasformazione. L'evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*, in *Lav. dir.*, 2017, III-IV, pag. 436.

<sup>416</sup> Cfr. cap. V, par. 1.

<sup>417</sup> G. FERRARO, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, I, pagg. 13 e segg.

quanto consta ultima, condanna al risarcimento dei danni punitivi pronunciata nel nostro Paese.

Il Tribunale di Bergamo<sup>418</sup> ha infatti emesso una condanna al risarcimento dei danni quantificati in € 50.000,00 ai danni di Ryanair, avendo accertato l'adozione di una politica fortemente discriminatoria verso le associazioni sindacali; tale condanna è stata emessa sulla base della previsione dell'art. 28, co. 5, d.lgs. n. 150/2011, ma motivando l'utilizzo di tale disposizione con riferimento all'apertura effettuata nella pronuncia delle Sezioni Unite all'applicazione dei danni punitivi.

V'è da dire che, sebbene detta disposizione lasci effettivamente spazio all'utilizzo del rimedio individuato dal giudice come più opportuno, sembra di poter leggere nella pronuncia una forzatura laddove si rifà alla giurisprudenza sui danni punitivi: il richiamo, infatti, non risultava affatto necessitato, potendosi invece semplicemente liquidare il danno non patrimoniale<sup>419</sup>; indubbiamente, però, sia l'entità della somma liquidata che i criteri adottati per la sua liquidazione – le caratteristiche della società e la necessità di assicurare l'effetto di dissuasione –, portano a ritenere che il risarcimento assumesse una marcata venatura punitiva.

Oltre a tale pronuncia se ne segnala poi un'altra in cui il giudice del lavoro<sup>420</sup> è stato chiamato ad esprimersi su una domanda di applicazione dei danni punitivi, domanda in questo caso rigettata in ragione dell'assenza dei presupposti individuati dalle Sezioni Unite, ossia di una previsione normativa e, in modo un po' più discutibile, ritenendosi che altrimenti si sarebbe realizzata una duplicazione delle poste risarcitorie. Nella circostanza la domanda era volta a superare il problema dell'incoercibilità dell'ordine di reintegra, ed infatti la richiesta di applicazione del danno punitivo era motivata dal fatto che a seguito di una sentenza *ex art. 18, co. 4, St. Lav.*, il datore di lavoro non avesse dato esecuzione all'ordine giudiziale per oltre un anno.

La circostanza che nei due anni successivi alla sentenza delle Sezioni Unite questi siano gli unici casi conosciuti di domande di applicazione del risarcimento punitivo affrontati nelle aule dei Tribunali, risulta significativo e può essere letto come una richiesta di strumenti che garantiscano l'effettività della tutela che, evidentemente,

---

<sup>418</sup> Trib. Bergamo, 30 marzo 2018, in *Giur. it.*, 2018, 10, pag. 2191, con nota di M. BIASI, *Il caso Ryanair e l'ingresso del danno punitivo nel diritto del lavoro italiano*.

<sup>419</sup> M. BIASI, *Il caso Ryanair e l'ingresso del danno punitivo nel diritto del lavoro italiano*, cit., pagg. 2191 e segg.

<sup>420</sup> Trib. Milano 19 dicembre 2018 in *Arg. dir. lav.*, 2019, III, 683.

vengono individuati nella piegatura sanzionatoria del risarcimento del danno<sup>421</sup>, mostrando un'istanza simile a quella avanzata dalla dottrina civilistica, ma che si può forse considerare ancor più forte in ragione del valore del bene protetto.

Infine, sempre con riferimento alla presenza di una componente sanzionatoria nel sistema lavoristico, è il caso di evidenziare come nella disciplina del licenziamento illegittimo si riscontri un ulteriore utilizzo di un criterio tipico delle prestazioni con funzione punitiva, quello della gravità del disvalore espresso dal danneggiante. Infatti, nell'ambito delle ultime riforme il legislatore ha effettuato una gradazione delle tutele in ragione della gravità della colpa imputabile al datore di lavoro<sup>422</sup>, in particolar modo per quanto concerne la distinzione tra tutela reale c.d. attenuata e tutela obbligatoria c.d. forte, introducendo quella che rappresenta un'ipotesi eccezionale nel nostro panorama normativo nel quale risulta consolidato il principio dell'unitarietà della colpa.

## 8. INDENNITÀ E RISARCIMENTO DEL DANNO

Ulteriore questione che è ora il caso di affrontare è quella relativa alla possibilità di attribuire natura risarcitoria alle somme spettanti al lavoratore nel caso di licenziamento ingiustificato. Le norme lavoristiche che recano la disciplina delle conseguenze avverso il licenziamento ingiustificato, invero, denominano tali somme “*indennità*”, sia che queste si accompagnino alla reintegrazione, e quindi si rientri nella tutela reale, che quando esse costituiscano l'unica tutela a favore del lavoratore, nell'area di tutela c.d. obbligatoria.

Nel d. lgs. n. 23/2015, inoltre, scompare l'aggettivo risarcitoria, e ciò è stato letto da più parti come espressione della diversa natura acquistata da tale somma. Anche per questi motivi la sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 è stata oggetto di critiche nella parte in cui qualifica come risarcimento detta somma<sup>423</sup>, senza nemmeno motivare

---

<sup>421</sup> Riprendendosi la funzione originariamente attribuita alle disposizioni lavoristiche che prevedono un risarcimento punitivo, cfr. E. BALLETTI, *Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, pagg. 11 e segg.

<sup>422</sup> M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. Lav.*, cit., pag. 53, secondo il quale «emerge che il criterio adottato dal legislatore è quello di non concedere al datore di lavoro il beneficio del regime indennitario nei casi in cui sia particolarmente grave la sua colpa per aver intimato il licenziamento illegittimo».

<sup>423</sup> V. in particolare C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto “liquido”*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, I, pagg. 149 e segg.; A. TURSI, *Note critiche a Corte Costituzionale n. 194/2018*, in *Lav., dir., eur.*, 2019, I, pagg. 9 e segg.

tale affermazione, quasi a significare che non sia necessario un approfondimento sul punto.

Risulta allora interessante indagare, in primo luogo, sulla natura di questa somma, in particolare per verificare se la qualificazione come “*indennità*”, in luogo di risarcimento, avrebbe avuto effetti significativi, considerando che l’intero impianto della decisione si fonda proprio sull’attribuzione a tale somma della natura risarcitoria, con le conseguenze, da ciò derivanti, in termini di necessità di personalizzazione del danno.

## 9. LA NOZIONE DI INDENNITÀ

Occorre, allora, muovere dalla nozione di indennità: il termine, utilizzato dal legislatore in una varietà di ipotesi sia nel diritto civile che nel diritto del lavoro e, tipicamente, nel diritto amministrativo, viene impiegato per rappresentare istituti diversi e talora contrastanti, cosicché risulta complicato attribuire alla figura un preciso significato, il che induce gli interpreti a dubitare che «la stessa parola possa corrispondere ad un significato univoco e costante»<sup>424</sup>.

È possibile però definire alcune ipotesi in cui il termine viene utilizzato nella medesima accezione. Così, è stato condivisibilmente affermato che il termine descriva una categoria autonoma quando viene impiegato per definire «[del]la perdita o [del]la restrizione del diritto in correlazione al suo trasferimento forzoso o alla nascita di un diritto nuovo in testa ad altri»<sup>425</sup>, in quanto in tali casi l'oggetto dell'indennizzo non può essere definito un danno, in senso proprio<sup>426</sup>. Ipotesi di questo tipo si rinvengono nell’ambito dei diritti reali ed in specie nelle diverse ipotesi di costituzione coattiva di servitù, artt. 1032, 1038, 1047, 1053, c.c., di espropriazione per pubblica utilità, art. 834 c.c., risultano altresì assimilabili le previsioni degli artt. 876, 1127, 944 c.c.

---

<sup>424</sup> S. CICCARELLO, voce «*Indennità*», in *Enc. Diritto*, XXI, 1971, pag. 99, nello stesso senso, G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, pagg. 152 e segg.; A. PUBUSA, voce «*Indennità e indennizzo*», in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993, pagg. 223 e segg.; P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2004, II, pag. 1067.

<sup>425</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce «*Indennità*», cit., pag. 315.

<sup>426</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce «*Indennità*», cit., pag. 315; in questo caso, infatti, come argomenta C. SALVI, voce «*Risarcimento del danno*», cit., ci si trova dinnanzi ad una «modificazione reciproca, e tendenzialmente permanente, della sfera giuridica di due soggetti, con incremento dell'una a carico dell'altra. L'obbligazione indennitaria discende dunque dall'esigenza - secondo quello che è un principio generale in tema di spostamento patrimoniale - di garantire un giusto corrispettivo al soggetto la cui sfera giuridica sia stata ristretta».

Ancora, il termine indennità è utilizzato per definire la somma attribuita a chi subisce un atto lecito ma dannoso<sup>427</sup>. In questi casi il danno viene prodotto da un comportamento espressamente contemplato da norme di legge; le stesse norme attribuiscono però, al soggetto danneggiato per effetto dell'esercizio del diritto, un'indennità, che assume allora valore riparatorio – cfr. gli artt. 834, 843, 924, 925, 1328, 2582 c.c. –. Similmente, e presumibilmente in analogia con le ipotesi descritte, viene definita indennità la somma attribuita nelle ipotesi di cui agli artt. 2045 e 2047 c.c., in cui si è in presenza di un illecito<sup>428</sup>, nel quale, però, l'illiceità sembra esclusa<sup>429</sup>, in un caso per l'esistenza di una causa di giustificazione, nell'altro per la non imputabilità dell'autore dello stesso.

In questi casi, tuttavia, è stato condivisibilmente osservato che la distinzione tra tali ipotesi di indennità ed il risarcimento, operata in ragione della liceità o della illiceità del fatto che ha dato causa al danno, sposterebbe l'attenzione dal danno al comportamento del soggetto, e ciò sarebbe in contrasto con i principi del nostro sistema di responsabilità, che è, invece, come si è visto, incentrato sul danno, indipendentemente dalla sua causa e dalla responsabilità del danneggiante<sup>430</sup>. La responsabilità civile, infatti, ha la funzione di reagire, ponendo un rimedio, al danno, inteso come lesione del bene protetto, e questo a prescindere dall'illiceità del comportamento che ha causato il danno<sup>431</sup>. Se è vero che la funzione sanzionatoria inerisce normalmente alla responsabilità civile, non è però altrettanto vero che la caratterizza necessariamente<sup>432</sup>, ed invero nel risarcimento non è ravvisabile una sanzione a carico dell'autore del fatto, ma solo il mezzo tecnico per addossare a questi le conseguenze del fatto<sup>433</sup>. In questi casi, pertanto, nonostante tali somme siano qualificate dal legislatore come indennità, non si deve dubitare che abbiano in realtà natura risarcitoria<sup>434</sup>.

---

<sup>427</sup> G. MIRABELLI, *L'atto giuridico non negoziale*, Napoli, 1955, pagg. 111 e segg. e 275 e segg.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, pagg. 512 e segg.; G.A. NUTI, *La garanzia della responsabilità patrimoniale*, Milano, 1954, pagg. 84 e segg.; M.A. MAZZOLA, *I nuovi danni*, Padova, 2008, pag. 129; C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012, pagg. 139 e segg.

<sup>428</sup> In riferimento a tali ipotesi v. C. CARICATO, *Danno e indennità*, Torino, 2012, pagg. 15 e segg.

<sup>429</sup> C. SALVI, voce «Risarcimento del danno», cit.

<sup>430</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce «Indennità», cit., pagg. 314 e segg., A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. II, cit., pag. 243.

<sup>431</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce «Indennità», cit., pagg. 314 – 315.

<sup>432</sup> A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile* vol. II, cit., pag. 243.

<sup>433</sup> Prova di questo è costituita dalle svariate previsioni che addossano il risarcimento a prescindere dall'esistenza dell'elemento soggettivo in capo al danneggiante.

<sup>434</sup> A. DE CUPIS, op. ult. cit., pag. 242.

Si differenzia nettamente dalle ipotesi descritte, invece, l'indennizzo dovuto alle vittime della guerra e versato dallo Stato in loro favore: in questo caso il termine è utilizzato per definire un ristoro pecuniario previsto e disciplinato dalla legge e avente caratteristiche del tutto autonome, giustificate in primo luogo dal fatto che sia lo Stato ad erogarlo, senza che ad esso corrisponda un diritto soggettivo; l'ipotesi quindi è marcatamente diversa da quelle risarcitorie<sup>435</sup>.

## 10. LE INDENNITÀ NEL DIRITTO DEL LAVORO

Nel diritto del lavoro il termine indennità definisce una pluralità di voci: all'interno della nozione di retribuzione le indennità costituiscono una categoria eterogenea – tra le più comuni si annoverano le indennità di disagio, di turno, di sottosuolo, di cuffia, di trasferta, di cassa – di fonte soprattutto contrattual-collettiva. Tali indennità, pur essendo state originariamente istituite con una funzione risarcitoria, spesso, come si è visto, connessa con particolari disagi o rischi che il lavoratore deve subire nello svolgimento della prestazione lavorativa, hanno però assunto carattere retributivo con il passare del tempo, assolvendo alla funzione di adattare il compenso spettante al lavoratore alle particolarità del lavoro<sup>436</sup>.

Ipotesi specifiche previste a livello codicistico sono, invece, l'indennità sostitutiva del preavviso *ex art. 2118 c.c.*, l'indennità in caso di cessazione del rapporto di agenzia, *ex art. 1751 c.c.* e l'indennità prevista in caso di malattia dall'*art. 2110 c.c.*, essendo invece superata la previsione dell'indennità di anzianità, ora trasformata in trattamento di fine rapporto<sup>437</sup>.

Ancora, sono denominati indennità gli importi dovuti nel caso di danno derivante dall'illegittimo ricorso ai contratti a termine o alla somministrazione di lavoro, *ex art. 28*<sup>438</sup> ed *ex art. 39 d. lgs. n. 81/2015*; in questi casi l'indennità viene esplicitamente

---

<sup>435</sup> A. DE CUPIS, op. ult. cit., pag. 244; ID, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile* vol. I, pagg. 505 e segg. Tale indennizzo è caratterizzato da una serie di regole peculiari che lo rendono un'ipotesi autonoma: esso è dovuto indipendentemente dall'imputabilità allo Stato del danno, il criterio di determinazione è rigidamente forfettario e presenta caratteristiche che lo rendono estraneo dalla logica risarcitoria.

<sup>436</sup> F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, IV ed, Milano, 2016 pag. 371; G.C. PERONE, voce «Retribuzione», in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, pagg. 34 e segg.

<sup>437</sup> Alla quale, peraltro, veniva prevalentemente attribuita funzione retributiva, G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Napoli, 1996, pagg. 298 e segg.

<sup>438</sup> Ed in precedenza *ex art. 30 l. n. 183/2010*.

ricondotta al risarcimento del danno<sup>439</sup>, eliminando ogni dubbio circa la sua natura<sup>440</sup>.

Esaminando singolarmente le ipotesi lavoristiche richiamate, l'indennità prevista dall'art. 1751 c.c., dovuta quando l'agente abbia, nel corso del rapporto, procurato nuovi clienti al preponente o sviluppato sensibilmente il suo volume d'affari con i clienti già acquisiti, e risultando, così, collegata al vantaggio che permanga a vantaggio del preponente, non compensato dalle percezioni delle provvigioni, assume una funzione retributiva<sup>441</sup>, mentre si esclude che abbia carattere di corrispettivo per il recesso, posto che tale indennità non è dovuta in ogni caso di recesso dal contratto<sup>442</sup>; viceversa non si pone alcuna questione in merito alla natura previdenziale dell'indennità di cui all'art. 2110 c.c.<sup>443</sup>

È invece connotata da una funzione risarcitoria l'indennità di mancato preavviso, assolvendo alla funzione di riparare il danno derivante dalla mancata concessione del preavviso<sup>444</sup>. Le caratteristiche di quest'indennità, come anche di quelle delle indennità risarcitorie previste dalla normativa lavoristica richiamate, sono peculiari, in quanto esse, seppur in diverso modo, sono dovute a prescindere dalla dimostrazione e del danno e della sua entità, escludendosi che il datore di lavoro possa provare che il danno subito dal lavoratore sia stato inferiore o che il lavoratore possa provare che sia stato superiore; proprio in ragione di tali peculiarità è stato affermato che tale ipotesi appartenga ad una categoria autonoma, distinta dal risarcimento<sup>445</sup>. In tale categoria dovrebbero essere collocate, secondo l'Autore di tale elaborazione, tutte le ipotesi di indennità in cui «per la incidenza sulle normali fattispecie di responsabilità di circostanze speciali, l'ordinamento dispone una misura reattiva, pur sempre nella forma del compenso in denaro, che nettamente si distingue da quella del risarcimento»<sup>446</sup>. Tra tali ipotesi si annoverano, nel

---

<sup>439</sup> Le norme richiamate, infatti, esplicitano che si tratta di una condanna al risarcimento del danno, mediante il versamento dell'indennità in questione.

<sup>440</sup> Tuttalpiù si può semmai discutere della funzione di tale risarcimento, anche considerando il contenuto della pronuncia Cass. S.U. n. 16601/2017, che richiama tra le varie ipotesi cui dev'essere riconosciuta valenza sanzionatoria anche queste.

<sup>441</sup> F. TOFFOLETTO, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2012, pag. 270.

<sup>442</sup> F. TOFFOLETTO, op. loc. ult. cit.; Cass. 20 dicembre 2002, n. 18203.

<sup>443</sup> App. Roma, 30 novembre 2018, n. 4490 in *www.dejure.it*; Cass., 28 agosto 2000, n. 11296 in *Giust. civ. mass.* 2000, 1853.

<sup>444</sup> Cass. 11 giugno 2004, n. 11137, in *Mass. giur. lav.*, 2004, pag. 720; M.V. BALLESTRERO, voce «Licenziamento individuale», in *Enciclopedia del diritto, Annali*, XV, 2012; F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1968, pag. 220; R. DIAMANTI, *sub art. 2118*, cit., pag. 36.

<sup>445</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce «Indennità», cit., pag. 317.

<sup>446</sup> R. SCOGNAMIGLIO, voce «Indennità», cit., pag. 317.



diritto civile, l'indennità a cui è obbligato il coniuge in mala fede o il terzo a cui sia imputabile la nullità del matrimonio ex art. 129 bis c.c., determinata in almeno tre anni di mantenimento e l'indennità prevista dal DPR n. 156/1973 in caso di perdita della raccomandata e limitata a dieci volte i diritti di raccomandazione<sup>447</sup>.

Tuttavia il dato comune a tali ipotesi, che ha indotto a collocarle in una categoria a sé stante, non risulta sufficiente a dimostrare che tali indennità abbiano natura differente da quella del risarcimento: infatti esistono svariate previsioni di risarcimento forfettizzato e/o attribuito indipendentemente dalla prova del danno, anche al di fuori delle ipotesi lavoristiche appena ricordate<sup>448</sup>, e se ciò costituisce sicuramente uno scostamento dai principi generali di determinazione del risarcimento, non sembra in sé argomento decisivo per affermare che si versi in un'ipotesi completamente diversa.

Non solo, ma il fatto che nella determinazione dell'importo dovuto si prescinda, del tutto o in parte, dagli ordinari meccanismi di quantificazione del danno, è una caratteristica che accomuna la maggior parte delle ipotesi di indennità. Invero, in contrapposizione alla valutazione del valore del bene in considerazione della sua idoneità a soddisfare gli interessi del proprietario, che dovrebbe costituire la regola nella quantificazione del risarcimento<sup>449</sup>, nella determinazione dell'indennità viene adottato spesso il parametro dell'ipotetico valore di mercato del bene<sup>450</sup>, attribuendo un contenuto meramente oggettivo all'interesse leso; inoltre è stato osservato che nella maggior parte delle ipotesi di indennità derivante da fatto lecito, vari motivi impongono l'esclusione del risarcimento del danno in forma specifica<sup>451</sup>. Peraltro anche l'utilizzo, nelle disposizioni legislative considerate, degli aggettivi "equa"<sup>452</sup>, "giusta"<sup>453</sup>, "congrua"<sup>454</sup>, "proporzionata"<sup>455</sup> per definire la quantificazione dell'indennità denota un allontanamento dall'idea della piena reintegrazione del patrimonio leso o l'utilizzo di

---

<sup>447</sup> Non risulta, invece, ascrivibile a tale categoria l'indennità di cui all'art. 1751 c.c., posta la sua natura retributiva.

<sup>448</sup> G. VILLA, *La forfettizzazione legale del danno contrattuale*, cit., pagg. 111 e segg. Esemplicamente si richiamano le ipotesi di cui all'art. 1224, 1518, 1696 c.c., artt. 138 e 139 d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209; art. 314 d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

<sup>449</sup> A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile vol. I*, cit., pag. 329.

<sup>450</sup> A. PUBUSA, voce «Indennità e indennizzo», cit., pagg. 223 e segg.; S. CICCARELLO, voce «Indennità», cit., pagg. 99 e segg.

<sup>451</sup> S. CICCARELLO, voce «Indennità», cit., pagg. 99 e segg.

<sup>452</sup> Artt. 2045, 2047, 379, 1660 c.c.

<sup>453</sup> Art. 834 c.c.

<sup>454</sup> Artt. 129 bis, 997 c.c.

<sup>455</sup> Art. 1053 c.c.



criteri di determinazione parzialmente diversi da quelli ordinari<sup>456</sup>. Non per questo, tuttavia, si può sostenere che si versi in un'ipotesi diversa da quella del risarcimento del danno<sup>457</sup>, né che possano essere derogati completamente i principi dell'istituto risarcitorio, e ciò tanto più se si considera che anche in ipotesi pacificamente rientranti nella categoria del risarcimento del danno viene disposta, talora, l'applicazione di misure di calcolo del risarcimento diverse da quelle ordinarie<sup>458</sup>.

Le considerazioni sino ad ora svolte possono essere applicate sia all'indennità prevista dal d.lgs. n. 23/2015, che è quella in relazione alla quale si sono prospettati i più accentuati dubbi, che in relazione a quelle di cui all'art. 18 St. Lav.<sup>459</sup> o all'art. 8 l. n. 604/1966<sup>460</sup>: in questi casi, infatti, le caratteristiche dell'indennità, in particolare con riferimento alle modalità di quantificazione previste nella formulazione originaria della norma ed al fatto che prescinda dalla prova del danno<sup>461</sup>, la avvicinano alla categoria da ultimo considerata<sup>462</sup>, categoria alla quale, per tutto quanto esposto, non può essere negata natura risarcitoria.

La natura risarcitoria delle indennità in questione, infine, può essere desunta anche dal fatto che essa costituisce conseguenza e rimedio, l'unico nel caso in cui trovi applicazione la tutela obbligatoria, ad un atto illecito, il licenziamento intimato in carenza dei presupposti o comunque affetto da altra causa di illegittimità, produttivo di un danno nei confronti del lavoratore costituito dalla perdita del posto di lavoro; da questi presupposti

---

<sup>456</sup> Questo è ciò che accade, per esempio, nella determinazione dell'equa indennità prevista a favore di chi subisca un fatto dannoso necessitato, per cui dev'essere effettuato un giudizio di bilanciamento tra gli interessi del danneggiato e del danneggiante, questo senza peraltro tradire la funzione risarcitoria dell'indennità, C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., pagg. 673-674.

<sup>457</sup> P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, cit., pag. 1067, secondo il quale la differenza tra i due concetti non dev'essere ravvisata nella diversa entità del danno, ma piuttosto nel diverso giudizio di valore attribuito agli interessi lesi che vi sta a monte.

<sup>458</sup> Ciò è riconosciuto anche dallo stesso R. SCOGNAMIGLIO, voce «*Indennità*», cit. pag. 314.

<sup>459</sup> Anche se già con riferimento a tale disposizione era stata evidenziata la contrapposizione tra indennità e risarcimento del danno, cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., pag. 56.

<sup>460</sup> Ed invero, pur considerando le sue peculiarità, la somma versata ex art. 8 l. n. 604/1966 veniva definita risarcimento del danno senza particolari questioni, v. M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, cit., pag. 612; D. NAPOLETANO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: Legge 11 maggio 1990, n. 108*, cit., pag. 174.

<sup>461</sup> Analoghe considerazioni avevano già portato a giustificare l'utilizzo del termine indennità con riferimento alla tutela obbligatoria, cfr. M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, cit., pag. 143; M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, cit., pag. 108; M. D'ANTONA, *sub art. 1*, cit., pag. 162.

<sup>462</sup> C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, cit., pagg. 4-5;

emerge che tale rimedio non possa che avere natura di risarcimento<sup>463</sup>. Diversamente opinando, e riconoscendo quindi una natura diversa da quella risarcitoria, posto che ad un atto illecito consegue obbligatoriamente, ove produttivo di danno, una conseguenza risarcitoria, si dovrebbe accedere alla diversa ipotesi, priva però di alcun fondamento normativo e contrastante anche con l'interpretazione della normativa da ultimo fornita da Corte cost., n. 194/2018, secondo cui oltre all'indennità al lavoratore spetterebbe il risarcimento del danno, quantificabile con le regole ordinarie<sup>464</sup>.

---

<sup>463</sup> C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *Lav. giur.*, 2019, II, pagg. 153 e segg., afferma che «in questa materia scopo del legislatore è essenzialmente quello di garantire comunque una qualche compensazione rispetto ad una "perdita" ingiustamente subita dal lavoratore, quella del rapporto di lavoro e delle utilità che questo è suscettibile di procurargli».

<sup>464</sup> G. MARCHESE, F. RUSCONI, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti dalla legge n. 92 del 2012 al contratto a tutele crescenti*, in *La nuova disciplina del lavoro tra flessibilità e tutela*, Milano, 2017.

### CAPITOLO III

## PROBLEMATICHE CONNESSE ALLA POLIFUNZIONALITÀ DELLE INDENNITÀ RISARCITORIE NELL'AREA DELLA TUTELA REALE

### 1. INTRODUZIONE

La disciplina della tutela reale risulta innovata per effetto della modifica dell'art. 18 St. Lav. e dell'introduzione del d. lgs. n. 23/2015 non con riferimento alla reintegrazione, la cui regolamentazione, peraltro molto stringata, riducendosi nel contenuto dell'ordine giudiziale, è rimasta la medesima, ma alla tutela economica che si accompagna ad essa, costituita dall'indennità risarcitoria; come si vedrà, tuttavia, le novità apportate a tale istituto non sono prive di conseguenze anche rispetto alla reintegrazione.

La novità più significativa è costituita dall'introduzione, nell'ambito della c.d. tutela reale attenuata, di un tetto massimo all'indennità e nell'eliminazione, sempre limitatamente a tale ambito di tutela, della previsione della somma minima di cinque mensilità. Si riscontrano però alcune modifiche anche nell'ambito della tutela reale c.d. forte, come l'esplicita introduzione della detrazione dell'*aliunde perceptum*.

Permangono, inoltre, le precedenti problematiche connesse alla necessità di rendere effettivo l'ordine di reintegrazione, che, se possibile, risultano acuite dalle novità legislative.

### 2. LIMITE MASSIMO DI DODICI MENSILITÀ E FUNZIONE DI COAZIONE INDIRETTA DELL'INDENNITÀ NELL'AMBITO DELLA TUTELA REALE ATTENUATA

Ci si riferisce, con riferimento a quest'ultimo aspetto, all'attuale formulazione del comma quarto dell'art. 18 St. Lav., relativo ai casi di tutela reale c.d. attenuata, nella quale è previsto che l'importo massimo dell'indennità non possa superare le dodici mensilità.

Tale limite, oltre a dar luogo a problematiche sostanziali, su cui si tornerà in seguito, legate al fatto che attraverso di esso si raggiunge sì l'obiettivo di non addossare i rischi della durata del processo al datore di lavoro, ma si raggiunge tale obiettivo gravando il lavoratore di tali rischi, tanto più considerando l'ulteriore espressa previsione di detraibilità dei guadagni percepiti *medio tempore*, che concorre ad abbassare il già esiguo importo del risarcimento, si riflette anche su una delle funzioni storicamente attribuite all'indennità prevista dall'art. 18.

Come si è visto, infatti, la dottrina ha da sempre, in modo assolutamente condivisibile, sostenuto che le somme dovute dal datore di lavoro a seguito della sentenza di condanna alla reintegra assolvessero ad una pluralità di funzioni, ed in ispecie, oltre a quella risarcitoria<sup>465</sup>, alla funzione di coazione del datore di lavoro ad adempiere all'obbligo di reintegrare<sup>466</sup>. Tali considerazioni risultano tutt'ora fondate, considerata la perdurante inammissibilità dell'azione esecutiva volta ad ottenere la reintegra, in quanto, com'è noto, questa presuppone la collaborazione attiva del datore di lavoro, che costituisce un *facere* infungibile<sup>467</sup>. Di più, l'esigenza di ricavare una misura in qualche modo compulsiva dalla previsione statutaria sarebbe potuta venir meno grazie all'introduzione della disciplina della penalità di mora se il legislatore, introducendo l'art. 614 bis c.p.c., non avesse espressamente disposto l'esclusione delle controversie di lavoro dalla sua applicazione<sup>468</sup>.

Tornando quindi all'art. 18, il legislatore nulla dice circa il periodo di riferimento per l'applicazione del tetto massimo<sup>469</sup>, che ad una prima lettura sembrerebbe quindi posto con riferimento all'intero periodo, comprensivo quindi di quello successivo alla sentenza

---

<sup>465</sup> Potendosi ormai considerare sopito il dibattito sulla natura retributiva o risarcitoria di tali somme, salvo quel che si dirà in seguito circa i nuovi problemi sollevati dall'attuale formulazione dell'art. 18.

<sup>466</sup> Oltre a quella lavoristica per la quale v. P. SANDULLI, A. VALLEBONA, C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990, pag. 45; A. VALLEBONA, *La misura compulsoria per la condanna coercibile*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, VII, pag. 569 la funzione di coazione indiretta è stata riconosciuta anche dalla dottrina processualcivilista L. MARAZIA, *Astreinte e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. esec. forz.*, 2004, II, pag. 343; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2011, pag. 234; C. TRAPUZZANO, *Le misure coercitive indirette: come indurre il debitore ad adempiere*, Padova, 2012, pag. 58; D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *www.Judicium.it*, pag. 347; P. CENDON, *Commentario al codice civile: art. 2907-2969*, Milano, 2008, pag. 342.

<sup>467</sup> Riporta infatti l'orientamento tradizionale Cass. Sez. Un. 30 luglio 2014, n. 17372, rilevando che «l'ordine di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato non è suscettibile di esecuzione specifica, in quanto l'esecuzione in forma specifica è possibile per le obbligazioni di fare di natura fungibile, mentre la reintegrazione nel posto di lavoro comporta non soltanto la riammissione del lavoratore nell'azienda (e cioè un comportamento riconducibile ad un semplice "*patti*") ma anche un indispensabile ed insostituibile comportamento attivo del datore di lavoro di carattere organizzativo - funzionale, consistente, fra l'altro, nell'impartire al dipendente le opportune direttive, nell'ambito di una relazione di reciproca ed infungibile collaborazione».

<sup>468</sup> L'esclusione ha sollevato da più parti sospetti di incostituzionalità, v. S. CHIARLONI, *Le principali novità introdotte nel c.p.c. con la legge n. 69/09*, in S. CHIARLONI, diretto da, *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2009, pag. 20; A.M. SOLDI, *Le nuove norme del processo civile*, in A. BUCCI, A.M. SOLDI, *La riforma del processo civile*, Padova, 2009, pag. 225, e comunque la critica della dottrina lavoristica, v. ad esempio R. RIVERSO, *Il volto del giudice del lavoro e Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, pagg. 156 e segg.; L. CORAZZA, *Tregua sindacale, governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, IV, pagg. 617 e segg.

<sup>469</sup> Testualmente: «in ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto».

e sino ad arrivare all'effettiva reintegrazione. Tale lettura, tuttavia, comporterebbe una grossa lesione per il diritto del lavoratore: se infatti così fosse mancherebbe alcun incentivo per il datore di lavoro a riammettere in servizio il lavoratore.

Ciò comporterebbe delle ripercussioni anche sulla tutela complessiva cui può aspirare il lavoratore che veda il datore di lavoro condannato alla reintegrazione ex art. 18, co. 4 St. Lav. e conseguentemente influirebbe anche sulla legittimità della limitazione all'indennità, che si dovrebbe ritenere, in tal caso, inadeguata. Se infatti la limitazione del diritto del lavoratore costituita dall'apposizione del tetto massimo di dodici mensilità può considerarsi legittima in virtù del fatto che il risarcimento si accompagna alla ben più forte – e duratura – tutela reintegratoria<sup>470</sup>, ammettendo che il tetto delle dodici mensilità copra tutto il periodo non sussisterebbe più alcun incentivo per il datore di lavoro ad adempiere all'ordine di reintegra, con la conseguenza, quasi paradossale, che il lavoratore vittima di un licenziamento teoricamente sanzionato con una maggiore intensità (tutela reale attenuata in luogo di quella obbligatoria), non riesca poi di fatto ad ottenere il ripristino del posto di lavoro e possa godere quindi esclusivamente di una tutela risarcitoria pari, al massimo, a dodici mensilità e subire così un trattamento eguale o deteriore rispetto a chi sia stato destinatario di un licenziamento sanzionato, almeno teoricamente, in misura maggiore. È certo possibile che il lavoratore opti per l'indennità sostitutiva della reintegra, aumentando così il valore della tutela economica, tuttavia in tal caso dovrebbe rinunciare ad un diritto, quello alla reintegra, non per libera scelta ma in quanto costretto dal comportamento del datore di lavoro inadempiente.

Tali motivazioni hanno spinto parte della dottrina<sup>471</sup> a prospettare un'interpretazione correttiva della norma, affermando che il tetto massimo copra esclusivamente il periodo sino alla sentenza e facendo salvo per il periodo successivo il diritto al risarcimento,

---

<sup>470</sup> Così A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, pag. 60.

<sup>471</sup> I. ALVINO, *Licenziamento illegittimo, reintegrazione e indennità risarcitoria – Licenziamento illegittimo e natura giuridica dell'indennità da mancata reintegrazione*, in *Giur. it.*, 2018, VIII-IX, pagg. 1951 e segg.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., pag. 60; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, IV, pagg. 617 e segg.; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2015, pag. 87; E. PASQUALETTO, *La scommessa (legittima) del datore di lavoro che non ottempera all'ordine di reintegrazione ex art. 18 l. n. 300 del 1970*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, IV-V, pagg. 1095 e segg. che sottolinea che il testo dell'art. 18 fa riferimento ad «il periodo di estromissione»; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, pagg. 429 e segg., il quale utilizza però un altro argomento, quello secondo cui la reintegrazione nel posto di lavoro è un effetto derivante direttamente dalla sentenza, che è pertanto sufficiente per realizzare la reintegrazione; per questo motivo l'Autore afferma che il tetto massimo delle dodici mensilità di indennità risarcitoria copre il periodo che va dal licenziamento e si conclude con la sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro.

commisurato alle retribuzioni perse<sup>472</sup>. Tale lettura supera il dato letterale della norma<sup>473</sup>, ma quantomeno non si contrappone ad esso, nel senso che si limita a colmare un silenzio forse nemmeno voluto; è infatti lecito pensare che, come qualcuno aveva inizialmente supposto, si sia trattato di una svista del legislatore, anche considerato che nella formulazione del d.lgs. n. 23/2015, all'art. 3, co. 1, sembra riparare all'errore, laddove prevede, questa volta espressamente, che «In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità [...]». Delle due l'una: o, appunto, si è trattato di mera dimenticanza o, resosi sensibile a questo aspetto e alle conseguenze pregiudizievoli per l'effettività della tutela, forse anche per effetto dei commenti all'art. 18 novellato, ha inteso rimediare; anche in questo secondo caso, però non ci sono argomenti ostativi alla lettura proposta<sup>474</sup>.

Infine, un'ultima argomentazione, sia a rafforzare quanto detto circa la pluralità di funzioni da attribuire all'indennità in questione, sia a favore dell'opzione prospettata, va ricercata nella disciplina dell'indennità risarcitoria prevista nel caso di conversione del contratto a tempo determinato: anche in questo caso il legislatore, nel determinare tra un minimo ed un massimo l'importo dell'indennità, non aveva indicato il termine temporale di riferimento, motivo per il quale era stata posta questione di costituzionalità dell'art. 32 l. n. 183/2010<sup>475</sup>. In tale occasione, però, la Corte<sup>476</sup> aveva optato per un'interpretazione costituzionalmente orientata della novella, che «induce a ritenere che il danno forfettizzato

---

<sup>472</sup> Sostanzialmente, quindi, rievocando il precedente testo dell'art. 18.

<sup>473</sup> Motivo per il quale altra parte della dottrina dubita della possibilità di fornire tale interpretazione, C. CESTER, *Il nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori alla prova di costituzionalità*, in *Lav. giur.*, 2018, VIII-IX, pagg. 767 e segg., nt. 2, secondo cui la lettura è «non esente da dubbi, stante la chiarezza del testo di legge»; V. VALENTINI, *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, in G. PELLACANI, a cura di, *Licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, pag. 452.

<sup>474</sup> V. anche quanto affermato da M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo* in F. CARINCI, a cura di, *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, 2015, pag. 127, nt. 21, secondo la quale «Ci si potrebbe anche chiedere se l'attuale normativa possa considerarsi, sul punto, interpretazione autentica dell'attuale art. 18».

<sup>475</sup> Sebbene parte della dottrina avesse già proposto un'interpretazione della norma nel senso di ritenere compreso nella forfettizzazione solo il periodo antecedente alla sentenza, v. M. TREMOLADA, *Il lavoro a termine e quello somministrato: condizioni di legittimità e sanzioni civili*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI, a cura di, *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, 2016, pag. 324.

<sup>476</sup> Sentenza 11 novembre 2011 n. 303 in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 31, con nota di L. MENGHINI; in *Dir. rel. ind.*, 2011, 1102, con nota di A. BOLLANI; in *Arg. dir. lav.*, 2012, 637, con nota di M. MALIZIA; in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 252, con note di L. DI PAOLA, L. ZAPPALÀ; in *Dir. lav. merc.*, 2011, 535, con nota di P. SARACINI; in *Giur. cost.*, 2012, 553, con nota di R. ROMEI; in *Orient. giur. lav.*, 2012, I, 205, con nota di L. GIASANTI.

dall'indennità in esame copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto», in quanto, altrimenti, la tutela della conversione «sarebbe completamente svuotata», perdendo l'effetto deterrente.

Visto anche questo importante precedente della Corte costituzionale sembra, conclusivamente, da accogliere senza dubbi l'interpretazione "correttiva", o "suppletiva", che dir si voglia, dell'art. 18 St. Lav.

Deriva però da tale interpretazione una questione concernente la qualificazione da attribuire a tali somme, nel silenzio della norma; le ricadute sono di non poco conto, in quanto l'attribuzione ad esse della natura di retribuzione comporterebbe l'inapplicabilità, per esse, della disciplina relativa all'*aliunde perceptum* ed all'*aliunde percipiendum*, e comporterebbe presumibilmente l'irripetibilità delle somme versate in caso di riforma della sentenza di condanna<sup>477</sup>.

Alcuni Autori<sup>478</sup>, aderendo all'interpretazione prospettata, hanno parlato di "retribuzione" in riferimento alle somme corrisposte a seguito della sentenza; non è chiaro, tuttavia, se in tal modo abbiano inteso prendere posizione sul problema. Chi lo ha fatto<sup>479</sup>, ha argomentato nel senso di ritenere sussistente un obbligo retributivo anche sulla base di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 303/2011, che in effetti afferma che il datore di lavoro è tenuto al versamento della retribuzioni; non è chiaro però se tale affermazione si debba considerare ai fini della qualificazione o il termine sia stato utilizzato in modo atecnico<sup>480</sup>, in quanto a ben vedere la Corte non sembra porsi il problema ed è frequente in giurisprudenza che i due termini vengano utilizzati come sinonimi. Anche al di là di questo, in ogni caso, sembra difficile pensare di attribuire la qualificazione retributiva<sup>481</sup>, stravolgendo l'impianto legislativo che,

---

<sup>477</sup> V. VALENTINI, *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, cit., pag. 452.

<sup>478</sup> I. ALVINO, *Licenziamento illegittimo, reintegrazione e indennità risarcitoria*, cit., pagg. 1951 e segg.; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., pag. 87; non prende invece posizione M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, cit., pag. 127, che fa riferimento ad un «obbligo retributivo o risarcitorio».

<sup>479</sup> I. ALVINO, op. cit., pagg. 1951 e segg.

<sup>480</sup> Così anche C. CESTER, *Dopo la sentenza su trasferimento d'azienda o appalto illegittimi: risarcimento del danno o retribuzione?*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, III, pagg. 769 e segg., «per il periodo successivo a tale accertamento non sembra aver posto una precisa ipotesi sulla qualificazione di quanto dovuto dal datore in caso di mancata costituzione del rapporto a tempo indeterminato, se retribuzione o risarcimento».

<sup>481</sup> Sembra sottintendere una qualificazione in termini risarcitori E. PASQUALETTO, *La scommessa (legittima) del datore di lavoro che non ottempera all'ordine di reintegrazione ex art. 18 l. n. 300 del 1970*, cit., pagg. 1095 e segg. laddove afferma la spettanza di un «importo commisurato al trattamento economico



sebbene nello specifico nulla dica, mantiene per il resto l'impostazione ormai pluridecennale, confermando la natura di risarcimento per tutte le somme dovute a seguito della sentenza; peraltro, diversamente opinando, si creerebbe una – ulteriore – disparità di trattamento tra lavoratori soggetti all'applicazione dell'art. 18 e lavoratori soggetti all'applicazione del d.lgs. n. 23/2015: per quest'ultimi, infatti, le somme dovute dal datore di lavoro nell'area di tutela reale c.d. attenuata hanno pacificamente natura risarcitoria, con tutte le conseguenze da ciò derivanti.

### 3. LA QUESTIONE DELLA RIPETIBILITÀ DELLE SOMME VERSATE A SEGUITO DELLA SENTENZA IN CASO DI RIFORMA DELLA SENTENZA DI CONDANNA

L'inquadramento delle somme dovute dal datore di lavoro a seguito della sentenza di condanna ed in particolare la configurazione di esse come misure di carattere – anche – compulsorio si riflette sulla mai sopita questione della ripetibilità delle somme versate al lavoratore in caso di c.d. reintegra per equivalente, espressione ambigua e sostanzialmente scorretta che vuole indicare i casi in cui il datore di lavoro non ottemperi all'ordine giudiziale, limitandosi, a seguito di esso, a versare le retribuzioni al lavoratore.

Su tale questione la giurisprudenza sembra oggi aver trovato un punto fermo<sup>482</sup>, quello su cui è stata chiamata ad esprimersi da ultimo la Corte Costituzionale con la pronuncia n. 86/2018, riconoscendo la ripetibilità delle somme in caso di riforma della pronuncia, ma la stessa richiesta di un intervento della Corte Costituzionale<sup>483</sup> mostra come la soluzione sia tutt'altro che pacifica.

Volgendo lo sguardo al passato, invero, le prime pronunce in materia<sup>484</sup>, precedenti alla modifica dell'art. 18 apportata con la l. n. 108/90, si erano mostrate nettamente sfavorevoli alla ripetibilità delle retribuzioni versate sulla base di diverse ragioni: in un

---

ordinario»; sempre in termini di risarcimento si esprime A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., pag. 60.

<sup>482</sup> *Ex multis* Cass. 1 aprile 2003, n. 4943 in *Mass. giur. lav.*, 2003, 554; Cass., 29 marzo 2016, n. 6054 in *Giust. civ. mass.* 2018; Cass., 03 luglio 2014, n. 15251 in *Giust. civ. mass.* 2014; Cass. 3 dicembre 2006, n. 26627 in *Dir. giust. online* 2007.

<sup>483</sup> Come meglio si vedrà, la questione di legittimità è stata posta con riferimento alla formulazione dell'art. 18 St. Lav. da ultimo riformato ma avrebbe potuto essere posta negli stessi termini anche con riferimento alla disciplina previgente, anche se probabilmente è proprio il nuovo assetto di regole dettate a seguito dell'ultima riforma che ha portato il giudice rimettente, a tentare un "attacco obliquo" alla nuova disciplina, v. E. PASQUALETTO, *La scommessa (legittima) del datore di lavoro che non ottempera all'ordine di reintegrazione ex art. 18 l. n. 300 del 1970*, cit., pag. 1096.

<sup>484</sup> Cass. Sez. Un. 15 marzo 1982, n. 1669 in *Giust. civ.* 1982, I,1825 e Cass. Sez. Un. 13 aprile 1988, n. 2925 in *Giur. it.* 1989, I,1, 892.

primo momento questa veniva affermata sulla base dell'inquadramento di essa come "sanzione", "prezzo dell'inottemperanza all'ordine del giudice"; successivamente, mutando la spiegazione ma giungendo ad identiche conclusioni, le Sezioni Unite avevano fatto leva sulla formulazione all'epoca vigente dell'art. 18, che poneva, secondo tale ricostruzione, sullo stesso piano l'effettiva utilizzabilità delle energie lavorative del lavoratore e la mera utilizzabilità delle stesse<sup>485</sup>.

Anche a seguito della prima novella legislativa, la giurisprudenza non era immediatamente mutata, mantenendo inizialmente ferme le precedenti acquisizioni<sup>486</sup>, salvo lasciar successivamente il passo ad un indirizzo totalmente opposto al primo, complice anche, oltre alla diversa formulazione dell'art. 18, la nuova disciplina dettata dall'art. 336 c.p.c.<sup>487</sup>

A seguito del mutamento giurisprudenziale, non è stato più ritenuto applicabile l'art. 2126 c.c. al caso di mera messa a disposizione dell'attività lavorativa, ritenendosi scorretto «attribuire natura sanzionatoria e compulsiva alle attribuzioni patrimoniali che, viceversa, hanno unicamente, per espresso disposto della legge natura risarcitoria del danno subito a causa dell'illegittimo licenziamento»<sup>488</sup>.

Proprio in relazione a quest'ultimo orientamento giurisprudenziale è stata sollevata la questione di costituzionalità sopra menzionata, in quanto, a parere del giudice rimettente, attribuendo natura risarcitoria anziché retributiva alle somme dovute dal datore di lavoro per il periodo successivo alla sentenza di condanna, l'art. 18<sup>489</sup> contrasterebbe con l'art. 3, co. 1, Cost. Nell'ordinanza di rimessione<sup>490</sup> si sostiene, infatti, che per effetto dell'accertamento dell'illegittimità del licenziamento il lavoratore dovrebbe ottenere il ripristino del rapporto lavorativo, in conseguenza del quale il datore di lavoro sarebbe obbligato a versare le retribuzioni, mentre «se «solo l'effettiva riammissione del lavoratore in servizio [fosse] in grado di mutare da risarcitori[a] a retributiv[a] la natura del titolo di corresponsione delle somme (commisurate alle retribuzioni maturate) versate dal datore successivamente alla pronuncia di annullamento del licenziamento e di

---

<sup>485</sup>Tali soluzioni, comunque, non erano esenti da critiche, v. per tutti M. DELL'OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, cit., pag. 513.

<sup>486</sup> Cass. 14 maggio 1998, n. 4881 in *Nuova giur. civ. comm.* 1999, I, 525.

<sup>487</sup> Sui rapporti tra tale disciplina e gli effetti della riforma della sentenza di condanna sul risarcimento versato v. V. VALENTINI, *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, cit., pagg. 485 e segg.

<sup>488</sup> V. VALENTINI, *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, cit., pag. 488.

<sup>489</sup> Ma eguale conclusione avrebbe dovuto essere accolta con riferimento agli artt. 2 e 3 del d. lgs. n. 23/2015, che ripetono lo stesso meccanismo censurato.

<sup>490</sup> Tribunale di Trento, 26 luglio 2016 in *www.dejure.it*.

reintegrazione nel posto di lavoro», si determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento, sotto il profilo della ripetibilità delle somme corrisposte a tale titolo, tra il datore di lavoro che ottemperi all'ordine di reintegra e il datore di lavoro inadempiente rispetto a tale ordine, che si limiti a versare la retribuzione a titolo risarcitorio, “scommettendo” con ciò sulla sua ripetibilità.»

L'effetto dell'accoglimento dell'eccezione di costituzionalità sollevata, pertanto, sarebbe stato il ripristino del testo dell'art. 18 precedente alla modifica apportata nel 1990, con la conseguente equiparazione delle posizioni del lavoratore reintegrato e di chi, invece, avesse esclusivamente percepito le retribuzioni senza svolgere l'attività lavorativa.

La Corte respinge la questione di costituzionalità, affermando in primo luogo che è corretto attribuire alle somme una valenza risarcitoria, posto che esse sono dovute in ragione della mancata ottemperanza all'ordine di reintegrazione, che, perpetua «le conseguenze dannose del licenziamento intimato *contra ius*, da cui propriamente deriva una obbligazione risarcitoria del danno stesso da parte del datore nei confronti del dipendente non reintegrato», respingendo quindi la costruzione del giudice rimettente secondo cui a tali somme avrebbe dovuto essere attribuita natura di retribuzione.

Quanto poi alla denunciata disparità di trattamento, la Corte afferma che questa debba ritenersi giustificata, sottolineando la differenza che sussiste tra la posizione del datore di lavoro che ottempera all'ordine di reintegrazione, ottenendo una controprestazione lavorativa, e quella del datore di lavoro non adempiente, che non ottiene alcuna controprestazione.

Superando in tal modo le censure mosse avverso l'interpretazione che la giurisprudenza maggioritaria fa dell'art. 18, la Corte finisce per dichiarare la “scommessa” del datore di lavoro pienamente legittima, tanto più che espone lo stesso ad eventuali responsabilità risarcitorie, come essa stessa ricorda in conclusione<sup>491</sup>, pur senza soffermarsi eccessivamente sul punto.

---

<sup>491</sup> Considerato in diritto, punto 4.4.1., «Va poi considerato che il datore di lavoro, ove messo in mora, dal lavoratore, ai fini dell'adempimento del suo obbligo di ottemperanza all'ordine del giudice, nel contesto della disciplina lavoristica ispirata al *favor praestatoris*, può andare, a sua volta, incontro alla richiesta risarcitoria che, secondo i principi generali delle obbligazioni (artt. 1206 e 1207, secondo comma, cod. civ.), nei suoi confronti, formuli il lavoratore medesimo, per il danno conseguente al mancato reinserimento nell'organizzazione del lavoro, nel periodo intercorrente dalla statuizione di annullamento del licenziamento a quello della sua successiva riforma.»

Avverso la sentenza sono state mosse le critiche<sup>492</sup> di chi ritiene che l'orientamento su cui la Corte fonda la decisione, basato su un rigido principio di corrispettività, si deve considerare superato dalla necessità di assicurare un'effettiva tutela al lavoratore.

Si fa riferimento, infatti, alla sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2011 già menzionata e alla pronuncia a Cass. Sezioni Unite 7 febbraio 2018, n. 2990<sup>493</sup>, resa in tema di interposizione illecita cui sia seguita l'imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore<sup>494</sup>: in entrambi i casi è stata fornita un'interpretazione della normativa atta a garantire l'effettività della tutela del lavoratore prescindendo da un'applicazione pedissequa del principio di corrispettività. Così, nel caso della conversione del contratto a termine, come già visto, la Corte ha distinto il periodo successivo alla sentenza, per il quale nulla era espressamente previsto dalla norma, da quello precedente, ritenendo che, per garantire il concreto conseguimento della tutela del lavoratore fornita dall'ordinamento con la previsione della conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato, il datore di lavoro debba essere ritenuto obbligato, oltre che a riammettere in servizio il lavoratore, a corrispondere allo stesso le retribuzioni dovute qualora non ottemperi all'obbligo di riammetterlo in servizio, e quindi in assenza di una prestazione lavorativa. Sviluppando un ragionamento analogo, le Sezioni Unite hanno sottolineato la necessità di garantire l'effettività della tutela processuale, e dunque la piena attuazione dei diritti del lavoratore, segnatamente quando si è in presenza di obblighi infungibili quale quello di riammissione in servizio del lavoratore, giungendo ad affermare che per tali ragioni deve intendersi superata la stretta regola sinallagmatica della corrispettività, ed il datore di lavoro deve ritenersi obbligato al versamento delle retribuzioni anche quando il mancato svolgimento della prestazione dipenda dal suo rifiuto di ricevere le prestazioni lavorative<sup>495</sup>.

---

<sup>492</sup> I. ALVINO, *Licenziamento illegittimo, reintegrazione e indennità risarcitoria – Licenziamento illegittimo e natura giuridica dell'indennità da mancata reintegrazione*, cit., pagg. 1951 e segg.

<sup>493</sup> In *Dir. giust.*, 2018, XXIV, con nota di R. DULIO, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, III, II, 599, con nota di G. SOTTILE.

<sup>494</sup> I cui contenuti sono stati fatti propri anche da Corte Cost. 28 febbraio 2019, n. 29 in *Giur. cost.* 2019, I, 363, in tema di conseguenze del trasferimento d'azienda non conforme alla disciplina normativa.

<sup>495</sup> Cfr. punto 15 della motivazione in cui l'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa viene così motivata: «una tale interpretazione, rispettosa degli artt. 3, 36 e 41 Cost., induce al superamento della regola sinallagmatica della corrispettività [...] tenuto conto che essa appare limitativa, ed inidonea a fornire al lavoratore una tutela effettiva, soprattutto con riferimento ad ipotesi, come quella di cui si discute, nelle quali, al mancato svolgimento della prestazione lavorativa, si faccia corrispondere l'automatica non debenza della corrispondente obbligazione retributiva, comportando la mancata cooperazione del datore di lavoro una impossibilità definitiva della prestazione, sicché il debitore non avrà diritto alla controprestazione, bensì al mero risarcimento del danno, secondo le regole di diritto comune, subendo,

Alla luce di tali pronunce, pertanto, secondo l'impostazione descritta, si dovrebbe ritenere definitivamente superato il principio di corrispettività anche nella materia dei licenziamenti, posto che, in tale caso come in quelli oggetto di dette sentenze, viene in rilievo l'interesse del lavoratore all'esecuzione della pronuncia, e quindi a vedere ottemperato l'ordine di reintegra e riottenere il posto di lavoro illegittimamente perso.

È però innegabile che la materia delle conseguenze del licenziamento illegittimo abbia elevate caratteristiche di specialità<sup>496</sup>, posto che il legislatore ha previsto per essa una regolamentazione speciale e specifica, di talché è difficile considerare equiparabili le diverse situazioni ora confrontate superando completamente il testo della legge<sup>497</sup>, e così sostenere che le somme dovute a seguito della sentenza abbiano natura di retribuzione e siano pertanto irripetibili.

Dalle citate pronunce, però, è comunque possibile trarre importanti indicazioni, utili alla soluzione della questione, circa le funzioni da attribuire al risarcimento del danno per il periodo successivo alla sentenza: in entrambe le sentenze, infatti, viene dichiarato *apertis verbis* che l'obbligo retributivo debba ritenersi gravante sul datore di lavoro in quanto esso assolve alla specifica finalità di dissuadere lo stesso dal perpetuare il comportamento illegittimo, consistente nella mancata esecuzione all'ordine giudiziale.

Sia la Corte costituzionale che le Sezioni Unite sembrano quindi confermare l'orientamento secondo cui alle somme dovute a seguito della sentenza debba essere attribuita una funzione compulsoria rispetto all'adempimento dell'ordine in essa contenuto, posto che tale funzione viene riconosciuta in entrambi i casi rispetto a somme a cui viene attribuita natura retributiva. Con tali pronunce, quindi, si superano addirittura le obiezioni mosse nel vigore della prima formulazione dell'art. 18 St. Lav., secondo le quali se le somme dovute a seguito della sentenza hanno natura di retribuzione, non può

---

dunque, le ulteriori conseguenze sfavorevoli derivanti dalla condotta omissiva del datore di lavoro rispetto all'esecuzione dell'ordine giudiziale. Il datore di lavoro, il quale nonostante la sentenza che accerta il vincolo giuridico, non ricostituisce i rapporti di lavoro, senza alcun giustificato motivo, dovrà sopportare il peso economico delle retribuzioni, pur senza ricevere la prestazione lavorativa corrispettiva, sebbene offerta dal lavoratore; il rifiuto della prestazione lavorativa, offerta dal lavoratore, impedisce gli effetti giuridici che derivano dalla continuazione del rapporto dichiarato dal giudice, nonché la stessa effettività della pronuncia giudiziale.»

<sup>496</sup> È anche la stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite a ricordare che non può essere operato un richiamo alla disciplina dei licenziamenti, trattandosi di una disciplina legislativa specifica e derogatoria rispetto al diritto delle obbligazioni, cfr. *Motivi della decisione*, n. 6.

<sup>497</sup> C. CESTER, *Il nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori alla prova di costituzionalità*, cit., pagg. 767 e segg. «La presenza, in caso di licenziamento illegittimo, della specifica disciplina di cui all'art. 18, consiglia prudenza nell'accostamento a queste diverse ipotesi», tuttavia lo stesso Autore aggiunge che tali pronunce suggeriscono qualche spunto sul piano della costituzionalità, in particolare sul piano dell'art. 24 Cost.

essere assegnata ad esse un'altra, ulteriore, funzione, quale quella compulsoria<sup>498</sup>. Ne esce quindi rafforzato l'orientamento, esistente sin da tempi risalenti, secondo cui a tali somme dev'essere riconosciuta la funzione di indurre il datore di lavoro ad adempiere all'obbligo di reintegra<sup>499</sup>, argomento sul quale ci si è già soffermati nel paragrafo precedente.

Sulla base di tali considerazioni si può quindi giungere ad ipotizzare che l'obbligo di pagare le somme dovute a titolo risarcitorio a seguito della sentenza debba permanere, anche in caso di accoglimento dell'appello, in quanto tali somme assolvono ad una funzione di coercizione indiretta dell'obbligo di reintegra: l'irripetibilità delle somme troverebbe fondamento quindi non nell'attribuzione ad esse di una diversa natura, quella retributiva, ma nel riconoscimento della funzione loro attribuita di indurre all'adempimento il datore di lavoro, finalità che verrebbe evidentemente frustrata se il datore di lavoro potesse scegliere di non corrisponderle sperando in un diverso esito del giudizio.

L'individuazione di tale stretto legame tra l'obbligo risarcitorio e la necessità di garantire l'esecuzione della sentenza farebbe sì, pertanto, che detto obbligo permanesse anche in caso di riforma della stessa, in quanto questa non farebbe venir meno il fatto consistente nell'inadempimento all'ordine giudiziale<sup>500</sup>. L'argomento risulta peraltro strettamente connesso ad un altro utilizzato storicamente<sup>501</sup> nella fattispecie, quello secondo cui i titoli del risarcimento, anche a seguito dell'unificazione di disciplina apportata con la l. n. 108/1990, sono comunque differenti, in quanto il titolo del risarcimento per il periodo successivo alla sentenza è costituito dall'inadempimento

---

<sup>498</sup> M. DELL'OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, cit., pagg. 504 e segg.

<sup>499</sup> Cfr. M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 65; S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 49. Pur condividendo l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria rimarca lo stretto legame tra l'obbligo risarcitorio e la necessità di assicurare l'adempimento della pronuncia giudiziale L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. dir.*, 2007, pag. 50, che infatti sottolinea che l'idea che esprime, favorevole alla ripetibilità di tali somme, può essere proposta in quanto esistono altri strumenti per garantire l'effettività dell'ordine di reintegra, nello specifico l'esecuzione in forma specifica fintanto che possibile.

<sup>500</sup> Così, in relazione all'impossibilità di ripetere in caso di riforma della sentenza di condanna quanto versato a titolo di misura di coercizione indiretta ex art. 614 bis c.p.c., C. CONSOLO, *Una buona 'novella' al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, VI, pag. 742, *contra* A. SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano dal 2009* in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, n. XXXIV, pag. 518, secondo il quale non si può pretendere l'adempimento rispetto ad una condanna che risulti, poi, infondata, in quanto «Manca correlativamente il titolo per trattenere quanto percepito in forza della decisione riformata».

<sup>501</sup> Cfr., tra i tanti, E. GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, cit., pag. 470; M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 64.

dell'ordine giudiziale di reintegra, argomento, questo, che farebbe ulteriormente propendere per la permanenza dell'obbligo gravante sul datore di lavoro.

#### 4. LA DETRAZIONE DELL'*ALIUNDE PERCEPTUM*

L'art. 18, e successivamente il d. lgs. n. 23/2015, per la prima volta normativizzano il principio di necessaria detrazione dell'*aliunde perceptum*, prevedendo espressamente la deduzione dall'indennità risarcitoria, sia nel caso di tutela reale forte che nella tutela reale c.d. attenuata, di quanto percepito dal lavoratore, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, facendo salvo nel primo caso il limite minimo delle cinque mensilità, somma che risulta ancora intangibile.

Come già si è avuto modo di vedere, la giurisprudenza ammetteva sin da tempi risalenti la detrazione dal risarcimento del danno delle somme percepite *aliunde*, in modo tale da adeguare il risarcimento al danno effettivamente sofferto, offrendo la possibilità di formulare tale domanda al datore di lavoro che volesse vincere la presunzione posta dall'art. 18 St. Lav. Ciò avveniva, anche in assenza di espressa previsione, sulla base delle regole di diritto civile: in particolare si afferma ricorrentemente che la detrazione dell'*aliunde perceptum* sia applicazione dei principi in tema di *compensatio lucri cum damno*, che portano ad adeguare l'entità del risarcimento considerando non solo gli effetti pregiudizievoli, ma anche quelli positivi dell'illecito, secondo quanto previsto dall'art. 1223 c.c., che contiene il principio dell'integrale riparazione del danno, e comunque di quello dell'indifferenza, per cui il risarcimento del danno deve tendere ad annientare – tutte e solo – le conseguenze derivanti dall'illecito, in modo tale da reintegrare la differenza tra il patrimonio della vittima prima dell'inadempimento e quello che sarebbe divenuto a seguito dell'adempimento<sup>502</sup>.

Prima dell'intervento legislativo in questione non erano mancate opinioni sfavorevoli<sup>503</sup> all'applicabilità del principio al caso di licenziamento illegittimo, posto che i guadagni percepiti con la nuova occupazione, presso un datore di lavoro terzo<sup>504</sup>, non si

---

<sup>502</sup> Cfr. capitolo II, par. 3.

<sup>503</sup> Per vero, come visto nel capitolo I, basate su vari argomenti, tra cui la natura retributiva e non risarcitoria delle somme, ma questo esula dall'oggetto della presente trattazione.

<sup>504</sup> In tal senso anche C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 2017, pag. 852, salvo poi riconoscere che «è vero che la disponibilità di tempo deriva proprio dal licenziamento».



possono considerare derivanti dal medesimo titolo<sup>505</sup>, il licenziamento illegittimo<sup>506</sup>; voci poi necessariamente sopite dall'espressa normativizzazione del principio. Esso, comunque, avrebbe probabilmente trovato una più sicura affermazione in ogni caso<sup>507</sup>, considerando che si è recentemente assistito ad un mutamento della giurisprudenza civile<sup>508</sup> sul punto, con una forte attenuazione<sup>509</sup> del principio per cui possono essere portati in compensazione solo i guadagni aventi causa o origine proprio nel fatto illecito, e l'affermazione di un generale divieto di cumulo tra questi ed il risarcimento, in modo tale da evitare un arricchimento ingiustificato del soggetto leso.

Si può però discutere sull'opportunità della scelta legislativa di prevedere all'interno del regime di tutela reale c.d. attenuata sia espressamente la detrazione di tali voci che la fissazione del tetto massimo di dodici mensilità: questo per le già accennate ripercussioni sulla tutela del lavoratore<sup>510</sup>, che non beneficerà più neppure del minimo delle cinque mensilità, ed anche perché in tal modo si rischia di creare un trattamento peggiore a favore dei lavoratori destinatari di un atto di licenziamento illegittimo rispetto a coloro che ottengono la conversione del contratto a termine. Vero è che le due forme di indennità differiscono per molti aspetti, essendo quella di cui all'art. 28 d.lgs. n. 81/2015 più simile a quella prevista nell'ambito della tutela obbligatoria ex l. n. 604/1966 quanto alle

---

<sup>505</sup> Anche a livello civilistico, infatti, si richiedeva l'identità rispetto al fatto che obbliga al risarcimento, v. R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di "compensatio lucri cum damno"*, in *Foro it.*, 1952, pag. 639, «uno solo può essere il fatto causante, quello che integra l'illecito, ed una la serie causale, quella delle sue conseguenze – in linea principale dannose ma eventualmente profittevoli – che si estende secondo il criterio della causalità da adottare».

<sup>506</sup> In questo senso, tra i tanti, M.G. GAROFALO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, pag. 189 «le somme guadagnate dal prestatore lavorando autonomamente o alle dipendenze di un terzo hanno in ciò una loro autonoma causa, non ricollegabile con un nesso causale al fatto illecito del licenziamento proprio perché tra questo e le prime vi è l'insuperabile diaframma del nuovo negozio dal quale esse traggono titolo».

<sup>507</sup> Non si è mancato, però, di criticare la scelta di legislativa di introdurre espressamente l'obbligo in questione, in quanto in tal modo si influirebbe sull'elasticità ormai acquisita nell'utilizzo dell'istituto, che conduce il giudice a valutare caso per caso ove i guadagni siano rilevanti, A. AVENDOLA, *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT*, 180/2013, pag. 16.

<sup>508</sup> Cass. Sez. Un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566 e 12567, cit.

<sup>509</sup> Si potrebbe parlare di totale superamento di tale principio se non fosse per il caso isolato in cui è stato riconosciuto il cumulo tra pensione di reversibilità e risarcimento del danno, proprio in ragione del diverso titolo, di cui alla pronuncia Cass. Sez. Un., 22 maggio 2018 n. 12564, cit.

<sup>510</sup> Peraltro, come è stato sottolineato, in precedenza nei casi in cui si sia concesso al datore di lavoro di detrarre "quanto altrove guadagnato" dal lavoratore, sulla base della medesima *ratio*, si è tutelato anche il lavoratore, offrendo la possibilità di provare il danno ulteriore, subito per effetto del licenziamento; oggi, invece, si riconosce solo la prima possibilità, v. A. AVENDOLA, *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*, cit., pag. 10.

modalità di determinazione, tuttavia altre caratteristiche le avvicinano, segnatamente il fatto che in entrambi i casi, per effetto della trasformazione o della reintegrazione, i lavoratori ottengono la più forte tutela costituita dal ripristino del rapporto di lavoro, alla quale la tutela monetaria si affianca; è pertanto difficile comprendere la scelta legislativa di apprestare una tutela di contenuto inferiore per il caso del licenziamento illegittimo<sup>511</sup>.

Circa le somme computabili nell'*aliunde perceptum*, si deve ritenere che rimangano ferme le acquisizioni precedenti alla novella<sup>512</sup>, secondo cui i soli redditi deducibili siano quelli percepiti mediante un'occupazione "sostitutiva" di quella persa e con essa incompatibile, non invece i proventi derivanti da un'attività cumulabile, giuridicamente e materialmente con il pregresso rapporto di lavoro, mancando altrimenti un nesso di causalità<sup>513</sup> tra la perdita della prima e i guadagni percepiti con la seconda<sup>514</sup>.

Discorso diverso attiene alla possibilità di portare in detrazione trattamenti previdenziali, tra i quali i più frequenti sono costituiti dalla pensione di vecchiaia, dalla vecchia indennità di disoccupazione, ora NASPI, dall'indennità di mobilità. In questi casi si è tradizionalmente negata la compensazione in ragione del differente evento generatore, che è diverso dall'utilizzazione della capacità lavorativa<sup>515</sup>. Fermo restando lo specifico caso della pensione di vecchiaia<sup>516</sup>, verrebbe da chiedersi, allora, se in ragione del mutato orientamento espresso dalle Sezioni Unite si debba considerare superata tale impostazione, e la risposta dovrebbe essere probabilmente di segno positivo, salvo considerare un altro aspetto che caratterizza le prestazioni previdenziali in questione.

---

<sup>511</sup> Anche se si deve dare atto dal fatto che in relazione al contratto a tempo determinato sussiste l'obbligo di rispettare i principi contenuti nella direttiva 1999/70/CE, mentre manca un'analogia disciplina in relazione al licenziamento individuale.

<sup>512</sup> Già in dottrina G. VIDIRI, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, cit., pag. 215; M. DELL'OLIO, *Il risarcimento ex art. 18 St. Lav. nella giurisprudenza più recente*, cit., pag. 293.

<sup>513</sup> Sul rapporto tra *compensatio lucri cum damno* e principio di causalità giuridica M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum damno in Danno e resp.*, 2017, pag. 18.

<sup>514</sup> Cass. 18 aprile 2016, n. 7685 in *Riv. it. dir. lav.* 2017, 1, II, 55; Cass. 21 aprile 2009, n. 9474 in *Foro it.* 2009, 6, I 1728; Cass. 12 aprile 2005, n. 7453 in *Dir. e giust.* 2005, 25, 44.

<sup>515</sup> Cass. 14 giugno 2007 n. 13871, in *Giur. lav.*, 2007, 37, 31; nonché Cass. S.U. 13 agosto 2002 n. 12194, in *Giust. civ. mass.*, 2002, 1891; A. BOSCATI, *I regimi di tutela contro il licenziamento illegittimo*, in M. BESSONE, diretto da, *Trattato di diritto privato*, F. CARINCI, coordinato da, *Diritto del lavoro, III*, Milano, 2007, pag. 340.

<sup>516</sup> Il diritto alla quale discende dal verificarsi di requisiti di età e di legge del tutto indipendenti dal fatto del licenziamento e pertanto non può essere portato in detrazione, v. Cass. 18 luglio 2016, n. 14634 in *Dir. giust.* 2017; Cass. S.U. 13 agosto 2002, n. 12194 in *Giust. civ. mass.* 2002, 1891. Ulteriori conferme derivano dal fatto che le norme parlano espressamente di guadagni percepiti con «lo svolgimento di altre attività lavorative» e dalla pronuncia a Sez. Un. 22 maggio 2018, n. 12564, l'unica tra le quattro sentenze gemelle che si è espressa in senso favorevole al cumulo proprio in virtù del fatto che il diritto alla pensione (di reversibilità nella fattispecie) discende da presupposti autonomi e previsti dalla legge.

Quando queste trovano ragione nel licenziamento, invero, è possibile che l'Istituto previdenziale chieda la ripetizione di esse a seguito della reintegrazione del lavoro, in quanto risulta venir meno il titolo sulla cui base sono state percepite<sup>517</sup>. Ciò posto, sembra quindi che si debba considerare tutt'ora valida la precedente impostazione giurisprudenziale ed ammettere il cumulo tra dette somme ed il risarcimento del danno<sup>518</sup>.

L'espressa introduzione dell'obbligo legislativo sembra inoltre portare al superamento di quell'orientamento<sup>519</sup> secondo cui non tutti i guadagni percepiti dal lavoratore possono essere dedotti dal risarcimento, ma solo quelli che siano espressione di un'eguale capacità lavorativa. Tale orientamento appare in sé condivisibile, in quanto, se si considera la pluralità di piani su cui si pone la prestazione lavorativa, per cui lo scambio non si risolve in quello tra lavoro e retribuzione, ma involge altri diritti del lavoratore, tra cui assume un rilievo peculiare quello alla professionalità, si dovrebbero considerare derivanti dallo stesso titolo, e quindi compensabili, solo i guadagni percepiti con l'impiego della stessa capacità lavorativa resa libera dal licenziamento, impiegata in un'attività equivalente. L'esplicita previsione legislativa, tuttavia, e se rimanessero dubbi anche il mutato orientamento giurisprudenziale, induce a superare tale lettura, residuando esclusivamente degli spazi per un'eventuale responsabilità risarcitoria del datore di lavoro per lesione alla professionalità, come era stato già prospettato in tempi risalenti<sup>520</sup>.

Ancora, deve ritenersi definitivamente venuto meno il distinguo, ai fini della detraibilità dei guadagni percepiti *medio tempore*, tra periodo precedente e successivo alla sentenza<sup>521</sup>, distinzione che per vero non era mai stata fatta completamente propria dalla giurisprudenza<sup>522</sup>.

---

<sup>517</sup> Cass. 28 aprile 2010, n. 10164 in *Dir. rel. ind.* 2010, 4, 1139; Cass. 16 marzo 2009, n. 6342, in *Foro it.* 2010, 1, I, 184, sull'indennità di mobilità; Cass. 29 agosto 2006, n. 18687 in *Guida dir.* 2006, 39, 68, sull'indennità di disoccupazione. Il principio vale anche nei casi in cui la legge deroghi ai requisiti del pensionamento, anticipandolo in relazione alla perdita del posto di lavoro, perché la reintegra del lavoratore apre alla possibile richiesta di ripetizione delle somme da parte dell'Istituto previdenziale, cfr. Cass. 24 gennaio 2003, n. 1099 in *Arch. civ.*, 2003, 1236.

<sup>518</sup> Ed infatti negano la detraibilità della NASPI Trib. Milano, 8 marzo 2019, n. 629 in *www.dejure.it* e Cass. 16 maggio 2018, n. 11989 in *www.italgiure.giustizia.it*.

<sup>519</sup> M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 361; A. BOSCATI, *I regimi di tutela contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 340. Solo in relazione all'*aliunde percipiendum*, G. VIDIRI, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, cit., pag. 2215.

<sup>520</sup> M. DELL'OLIO, *Il risarcimento ex art. 18 St. Lav. nella giurisprudenza più recente*, cit., pag. 293.

<sup>521</sup> P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Milano, 2013, pag. 271.

<sup>522</sup> Fortemente critico sul punto V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 165/2012, pag. 56, secondo il quale si tratta di «una scelta certamente discutibile, perché dopo la decisione giurisdizionale il danno (e

Quanto alle modalità di calcolo dell'*aliunde perceptum*, sembra doversi ritenere che esso andrà determinato prendendo esclusivamente in considerazione i guadagni percepiti dal lavoratore nell'arco dei dodici mesi successivi alla data del licenziamento, e non tutto ciò che lo stesso ha percepito nell'intero periodo di estromissione. Tale lettura, fornita dalla Cassazione<sup>523</sup>, è condivisibile in quanto la diversa opinione, che fa leva sul dato letterale dell'art. 18 St. Lav. nel quale viene indicato come periodo di riferimento il «periodo di estromissione», porterebbe di fatto a decurtare pesantemente e spesso escludere completamente il risarcimento anche oltre a quella che sembra essere l'intenzione del legislatore, considerando l'operatività del tetto massimo e la normale durata dei processi, che induce il lavoratore a trovare una diversa occupazione per soddisfare *medio tempore* le proprie necessità primarie.

Con riferimento, infine, agli oneri probatori, pare doversi ritenere che anche in questo caso non vi sia motivo di discostarsi dall'elaborazione precedente alla novella dell'art. 18 St. Lav.: spetta quindi al datore di lavoro allegare la circostanza relativa alla diversa occupazione rinvenuta dal lavoratore, in quanto circostanza a sé favorevole, e spetta egualmente a questi l'onere di provare l'esistenza della diversa occupazione<sup>524</sup>, onere espletabile anche mediante l'utilizzo di presunzioni, purché rispettose dei criteri di legge, e quindi gravi, precise e concordanti<sup>525</sup>. Si deve invece tutt'oggi escludere che il datore

---

ciò la mancata ricostituzione del vincolo contrattuale e del normale sinallagma lavoro – retribuzione) è sicuramente causato dal datore di lavoro, che si rifiuta di ottemperare alla sentenza. Non si comprende quindi perché il carattere sanzionatorio dell'indennità debba essere depotenziato con la sua riduzione per effetto dei redditi ricevuti o di quelli che si sarebbe potuto percepire. La funzione compulsiva viene in questo caso attenuata e costituisce una forma indiretta di “premio” per chi decide di non eseguire la decisione giurisdizionale».

<sup>523</sup> Cass. 13 dicembre 2018, n. 32330 in *Dir. giust.*, 14 dicembre, con nota di M. TONETTI, «la diversa lettura proposta dalla ricorrente, oltre a risultare in contrasto con il chiaro dettato normativo, farebbe dipendere il diritto al risarcimento del lavoratore dalla durata del giudizio, il quale, protraendosi nel tempo, per una molteplicità di ragioni ed eventi processuali del tutto indipendenti dalla sua volontà, comporterebbe, nei fatti, la riduzione o anche l'annullamento del diritto stesso.»

<sup>524</sup> Per vero si registra ancora un contrasto tra la giurisprudenza che afferma che sia necessaria anche la prova del “*quantum*”, in quanto sarebbe questo il fatto che incide sull'entità del risarcimento, Cass. 17 novembre 2010, n. 23226 in *Dir. giust. online* 2010; Cass. 19 gennaio 2006, n. 945 in *Guida dir.* 2006, 18, 78; Cass. 5 aprile 2004, n. 6668 in *Giust. civ. mass.* 2004, 4; *contra* Cass. 3 agosto 2004, n. 14849, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 431, con nota di F. ALVARO, *Licenziamento del lavoratore e aliunde perceptum: presunzione di onerosità del lavoro prestato a terzi* e quella che invece ritiene sufficiente la prova dello svolgimento della diversa attività lavorativa, cfr. Cass. 30 agosto 2004, n. 14849, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 431; sull'irrelevanza della prova circa il *quantum*, Cass., 20 giugno 2018, n. 16257 in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it) anche se in materia di risarcimento del danno a seguito di ingiustificato rifiuto all'assunzione.

<sup>525</sup> Cass. 17 maggio 2018, n. 12108 in *Foro it.* 2018, 6, I, 1941; Cass. 12 maggio 2015 n. 9615 in *Dir. giust.* 2015, 13 maggio.

di lavoro possa esonerarsi da tale onere chiedendo al giudice di disporre generiche informative o di attivare poteri istruttori del giudice con finalità esplorative<sup>526</sup>.

La formulazione dell'art. 18, e successivamente dell'art. 3 del d. lgs. n. 23/2015, imponendo la deduzione dell'*aliunde perceptum*, avevano portato alcuni Autori<sup>527</sup> a sostenere che la norma ponesse un obbligo in capo al giudice, che avrebbe quindi dovuto, in difetto di eccezione di parte, rilevarne la sussistenza anche d'ufficio: tale impostazione, tuttavia, non sembra accettabile<sup>528</sup>, in quanto condurrebbe ad un immotivato rovesciamento dell'impostazione tradizionale, favorendo fortemente il datore di lavoro e stravolgendo la *ratio* dei poteri ex art. 421 c.p.c.<sup>529</sup>

## 5. LA DETRAZIONE DELL'*ALIUNDE PERCIPIENDUM*

Sostanzialmente diversa dall'eccezione di *aliunde perceptum* risulta quella relativa all'*aliunde percipiendum*. Mentre la prima, infatti, è ancorata ad un dato reale, il fatto che il lavoratore abbia percepito altri guadagni quale corrispettivo di un'attività lavorativa prestata a favore di altri, nella valutazione dell'*aliunde percipiendum* ci si pone su un piano diverso, oggetto di valutazioni prognostiche, chiedendo al giudice di indagare circa l'esistenza di un comportamento colposo o doloso del lavoratore che abbia influito sull'entità del danno, aggravandolo.

L'applicabilità dell'*aliunde percipiendum* è sempre stata discussa in dottrina sia in quanto risultava dubbia l'apposizione di un simile onere al lavoratore già vittima di un licenziamento<sup>530</sup>, sia in ragione della difficoltà di verificarne l'assolvimento. Il suo fondamento risiederebbe nell'art. 1227 c.c., co. 2, che prevede che il risarcimento non sia dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza. Il secondo comma presuppone quindi che l'evento dannoso si sia prodotto ed è funzionale alla quantificazione del danno risarcibile, facendo sì che operi una diversa distribuzione

---

<sup>526</sup> App. Milano, 05 giugno 2019, n. 981 in *www.dejure.it*; Cass. 31 gennaio 2017, n. 2499 in *Giust. civ. mass.* 2017; Cass. 11 marzo 2015 n. 4884 in *Dir. giust.* 2015, 12 marzo.

<sup>527</sup> M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, III, pag. 617.

<sup>528</sup> M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., pag. 75; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pag. 556; in giurisprudenza Cass. 17 maggio 2018, n. 12108 in *Foro it.* 2018, 6, I, 1941.

<sup>529</sup> Pur rigettando l'impostazione descritta, V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., pag. 57, specifica che ove vi si volesse accedere, sarebbe comunque necessaria la deduzione esplicita di voler detrarre dal danno l'*aliunde perceptum* e *percipiendum* per l'applicazione dei poteri istruttori ai sensi dell'art. 421

<sup>530</sup> M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 387.

e che di esso non sia gravato interamente il debitore<sup>531</sup>. Com'è noto gli obblighi imposti al debitore da tale norma non si risolvono in un contenuto meramente negativo, ma richiedono che questi agisca per limitare, circoscrivere il danno; tra ciò che viene richiesto a tal fine al debitore spicca l'obbligo di rimpiazzare il bene o di reimpiegare le risorse tenute a disposizione del debitore per l'esecuzione della prestazione<sup>532</sup>, e quest'ultimo è quel che viene in gioco nella determinazione del risarcimento del danno da illegittimo licenziamento.

Anche in questo caso il legislatore della l. n. 92/2012 fugge ogni dubbio introducendo espressamente per la prima volta l'obbligo di detrazione delle somme che il lavoratore avrebbe potuto percepire reimpiegandosi in altre occupazioni.

Non può sfuggire il diverso trattamento apprestato dal legislatore tra le ipotesi di tutela reale c.d. forte e le ipotesi di tutela reale c.d. attenuata, invero solo nel secondo è prevista la detrazione dell'*aliunde percipiendum*, oltre che del *perceptum*. La scelta non appare casuale<sup>533</sup>, anche considerando che essa viene poi confermata altresì nel d. lgs. n. 23/2015, in cui tale obbligo è stabilito esclusivamente all'interno dell'art. 3, co. 2, e si inserisce nella stessa gradazione di tutele operata dalla c.d. riforma Fornero e dal c.d. *Jobs act*: trattandosi di un licenziamento particolarmente "odioso"<sup>534</sup> e quindi di una forma di lesione più grave<sup>535</sup>, si è inteso sanzionare maggiormente il datore di lavoro o, se si osserva l'altra faccia della medaglia, tutelare maggiormente il lavoratore<sup>536</sup>. Considerando poi che l'art. 1227 co. 2 si ispira al principio di solidarietà, è stato

---

<sup>531</sup> Cass. 11 maggio 2005, n. 9898 in *Giust. civ. Mass.* 2005, 5, che interviene sulla distinzione tra primo e secondo comma dell'art. 1227 c.c.

<sup>532</sup> V. V. CAREDDA, *sub art. 1227: concorso del fatto colposo del creditore*, in F. BUSNELLI, diretto da, *Commentario Schlesinger*, Milano, 2015, pagg. 160 e segg.

<sup>533</sup> Né può ritenersi che il testo normativo sia superabile con un'interpretazione che estenda la detrazione dell'*aliunde percipiendum* anche all'ambito di tutela reale forte, posto che, «trattandosi di un regime risarcitorio speciale e forfettario, che opera in deroga a quanto previsto dal diritto comune anche con riferimento alla messa in mora o alla prova, il fatto che sia prevista solo nella tutela forte assume una portata sostanziale» v. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pag. 617.

<sup>534</sup> C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pag. 556.

<sup>535</sup> M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, cit., pag. 127.

<sup>536</sup> In senso contrario alla scelta legislativa v. però V. VALENTINI, *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, cit., pag. 470, secondo il quale sarebbe stato allora più coerente prevedere l'indetraibilità assoluta per le somme dovute, mentre in tal modo si rischia di "premiare" i lavoratori ignavi che "scommettono" sul contenzioso evitando di impegnarsi nel reperire un altro lavoro rispetto a coloro che hanno trovato una diversa occupazione.



condivisibilmente affermato<sup>537</sup> che detto principio non debba trovare applicazione allorché l'autore del danno abbia per primo violato pesantemente principi di solidarietà. Un'ulteriore spiegazione è stata individuata, poi, nel fatto che il legislatore abbia inteso rendere più celere ed agevole la quantificazione del danno, tutelando maggiormente i lavoratori vittima di discriminazione, che spesso risentono del motivo di discriminazione anche nel reperire una nuova occupazione<sup>538</sup>.

Quanto al contenuto dell'obbligo del lavoratore, rimane invece una forte incertezza, in particolar modo nell'ambito dei rapporti regolati dall'art. 18 St. Lav.: la formula legislativa utilizzata<sup>539</sup>, infatti, apre a diverse letture, non essendo chiaro cosa si debba intendere per ricerca "diligente" di un'occupazione<sup>540</sup>.

Se si considera la giurisprudenza sviluppatasi in materia, ai fini della detrazione dell'*aliunde percipiendum* sono stati presi in considerazione, seppur con significative oscillazioni, vari comportamenti, tra cui i più significativi sono costituiti dal ritardo nella proposizione dell'azione giudiziaria, dalla mancata ricerca di una nuova occupazione e dal rifiuto di un'offerta di lavoro; il primo di questi comportamenti, la cui rilevanza poteva già essere esclusa dall'introduzione del termine di decadenza per la proposizione del ricorso giudiziale, non rientra sicuramente nell'attuale previsione legislativa. Per quanto concerne invece l'onere di attivazione nella ricerca di una nuova occupazione, varie pronunce già ritenevano che esso fosse assolto con la mera iscrizione alle liste di collocamento<sup>541</sup>, ora dichiarazione di disponibilità al lavoro; sembra quindi che l'assolvimento di tale onere da parte del lavoratore possa integrare la ricerca diligente richiesta dalla norma<sup>542</sup>.

È più dettagliata<sup>543</sup> la formula adottata dall'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015, che fa

---

<sup>537</sup> C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pag. 556

<sup>538</sup> G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, cit., pagg. 617 e segg.

<sup>539</sup> «Quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione».

<sup>540</sup> Tra i tanti F. SANTINI, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, a cura di, *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano, pag. 249 e segg.

<sup>541</sup> Cass. 21.9.2012 n. 16076 in *Giust. civ.* 2013, 10, I, 2126 e Cass. 11.3.2010 n. 5862 in *Giur. lav.*, 2010, 15, 34, mentre altre sentenze, v. Cass. 9 ottobre 2007, n. 21066, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 505, con nota di R. GAROFALO, che oggi devono presumibilmente ritenersi superate, non ritenevano imputabile il danno derivante dall'inerzia del lavoratore nell'iscrizione delle liste di collocamento, ritenendo sufficiente che lo stesso si fosse attivato mediante la proposizione del ricorso giudiziale.

<sup>542</sup> M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., pag. 90.

<sup>543</sup> Così A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, pag. 91.



espreso riferimento ai guadagni che il lavoratore avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni, ossia la retribuzione derivante da un contratto «di lavoro a tempo pieno ed indeterminato o determinato o di lavoro temporaneo [...] nell'ambito dei bacini, distanza dal domicilio e tempi di trasporto con mezzi pubblici stabiliti dalle Regioni»<sup>544</sup>. Il d. lgs. n. 23/2015, quindi, ha riguardo più che a ciò che possa essere considerata diligente ricerca dell'occupazione al passaggio successivo, considerando imputabile il danno che derivi dal rifiuto di una “congrua offerta di lavoro”. Sebbene non esplicitato dal testo di legge l'accettazione della proposta presuppone il comportamento di diligente ricerca dell'occupazione e può quindi essere opportuno utilizzare anche in questo caso il parametro costituito dall'offerta di disponibilità del lavoratore<sup>545</sup>; è invece dubbia l'applicabilità dell'ulteriore onere previsto da detta disposizione legislativa ai rapporti di lavoro soggetti all'applicazione dell'art. 18<sup>546</sup>, posto che l'art. 3 d. lgs. n. 23/2015 sembra porre un onere maggiore di quello ricavabile da tale disposizione.

Rimane fermo, comunque, il parametro dell'ordinaria diligenza, con la conseguenza che, nell'uno e nell'altro caso, deve escludersi che l'obbligo di cooperazione del lavoratore-creditore possa avere ad oggetto attività particolarmente gravose, eccezionali, tali da comportare rischi o sacrifici notevoli, come nel caso di lavori particolarmente disagiati per la distanza o per le loro condizioni<sup>547</sup>.

Con riferimento alla ripartizione dell'onere probatorio valgono le medesime considerazioni svolte a proposito della prova dell'*aliunde perceptum*, e pertanto si deve considerare che la stessa gravi sul datore di lavoro. Stante la natura presuntiva dell'eccezione è tuttavia possibile – ed anzi molto frequente – che il datore di lavoro utilizzi la prova per presunzioni attenuando le difficoltà che attengono alla necessità di provare un fatto strettamente inerente al lavoratore. La giurisprudenza, tuttavia, anche a seguito della novella legislativa e dell'introduzione del d. lgs. n. 23/2015 ha chiarito che

---

<sup>544</sup> La delibera n. 2 del 24 febbraio 2018 dell'ANPAL (Agenzia nazionale per le politiche attive) ha stabilito i criteri per la definizione dell'offerta di lavoro congrua ai sensi dell'art. 3, comma 3, e 25, comma 1, d.lgs. n. 150/2015, che potranno essere adottati anche in questa sede.

<sup>545</sup> In tal senso P. SORDI, *Il licenziamento disciplinare*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, a cura di, *Commentario breve alla riforma “Jobs Act”*, Assago-Padova, 2016, pagg. 205 e segg.

<sup>546</sup> In senso favorevole G. SCHIRALDI, *L'accertamento dell' aliunde perceptum et percipiendum alla luce della condizionalità: è tempo di una svolta*, in *Lav. giur.*, 2018, XII, pagg. 1147 e segg.

<sup>547</sup> Cfr. recentemente Cass. 21 marzo 2018 n. 7065 in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

è onere del datore di lavoro allegare e dimostrare l'esistenza di circostanze specifiche con riguardo alla situazione del mercato del lavoro ed in relazione alla professionalità del lavoratore, in modo tale da dimostrare, attraverso le presunzioni, il fatto ignoto consistente nell'«utilizzo della professionalità per una ricerca di occupazione confacente alle proprie attitudini nelle circostanze di tempo e luogo in rapporto alla dedotta riducibilità del danno risarcibile»<sup>548</sup>. Si deve quindi tutt'ora ritenere non sufficiente un'allegazione generica quale quella relativa all'età del lavoratore ed al tempo trascorso dal licenziamento<sup>549</sup>.

## 6. LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO ULTERIORE

Né il novellato articolo 18, né le successive disposizioni del d. lgs. n. 23/2015 fanno riferimento alla possibilità che al lavoratore sia riconosciuto il risarcimento del danno ulteriore rispetto a quello parametrato alle retribuzioni. Il d. lgs. n. 23/2015, tra l'altro, accentua la distanza tra il parametro del danno subito dal lavoratore in ragione del licenziamento, che a rigore dovrebbe essere la retribuzione persa, e quello utilizzato per la determinazione del risarcimento, che diviene l'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», seguendo una linea, quella della certezza delle conseguenze gravanti sul datore di lavoro, seppur a discapito della tutela del lavoratore<sup>550</sup>, già iniziata con la l. n. 92/2012.

Nonostante la scelta legislativa di richiamare in modo esplicito le detrazioni da operare al risarcimento del danno e non invece la possibilità di risarcire il danno ulteriore subito dal lavoratore, non sembra che possano essere travolte le acquisizioni precedenti alla novella legislativa, applicabili anche con riferimento agli assunti a partire dal 7 marzo 2015, anche considerato che le aperture giurisprudenziali in materia non sono di portata tale da incidere sul meccanismo introdotto da dette norme.

Esula da questa riflessione il risarcimento del danno derivante da licenziamento ingiurioso, diffamatorio, persecutorio o vessatorio; in questo caso, infatti, il titolo del

---

<sup>548</sup> Cass. 5 luglio 2018, n. 17683 in *Giust. civ. mass.* 2018; Cass. 19 marzo 2019, n. 7647 in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

<sup>549</sup> App. Firenze 17 giugno 2019, n. 546, in *Red. Giuffrè* 2019.

<sup>550</sup> Si vuole con questo far riferimento in particolare al fatto che la retribuzione *ex art.* 2120 c.c. sia passibile di rideterminazione da parte della contrattazione collettiva, che può prevedere che alcune voci non vadano computate in essa, sul punto cfr. M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, cit., pagg. 122 e segg. e R. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*, cit.

danno non è il licenziamento in sé ma le sue modalità, come avviene quando il recesso sia intimato con forme e modalità, compresa la pubblicità ricevuta, tali da ledere la dignità, l'onore, l'immagine o la reputazione del lavoratore<sup>551</sup>. Ci si trova quindi in presenza di situazioni in cui la fonte del risarcimento è, oltre che il contratto di lavoro, la lesione del precetto *neminem laedere*, per cui si configura una responsabilità che ha carattere unitamente contrattuale ed extracontrattuale, con la conseguenza che la lesione può ben prescindere dall'illegittimità del recesso. Il risarcimento, che viene pacificamente ammesso anche per i danni di natura non patrimoniale, in questi casi costituisce oggetto di una domanda diversa da quella di impugnazione del licenziamento, sia nel *petitum* che nella *causa petendi*, e risulta quindi completamente estraneo al risarcimento del danno derivante dal licenziamento illegittimo in sé.

Tornando invece al risarcimento del danno derivante dal licenziamento, in sé considerato, bisogna riconoscere che non sono stati fatti grandi passi in avanti per la valorizzazione degli eventuali pregiudizi subiti dal lavoratore.

Questi si possono distinguere in patrimoniali e non patrimoniali. Con riferimento ai primi, è un dato di comune esperienza che possano sussistere pregiudizi patrimoniali derivanti dal licenziamento ulteriori rispetto alla perdita delle retribuzioni: si afferma, per esempio, la risarcibilità dei danni derivanti da sfratti subiti dal lavoratore, privato delle risorse economiche dal licenziamento, o per mutui resisi necessari egualmente a seguito del licenziamento; è il caso di evidenziare, però, come, sebbene questa possibilità sia stata sempre riconosciuta<sup>552</sup>, non si trovi nelle banche dati di giurisprudenza alcuna pronuncia relativa agli ultimi due decenni che riconosca tale tipo di risarcimento<sup>553</sup>.

Passando al piano dei pregiudizi non patrimoniali subiti dal lavoratore, si registra una certa chiusura da parte della giurisprudenza, che tende a ritenere sufficiente il risarcimento calcolato in modo tale da compensare la perdita economica subita dal

---

<sup>551</sup> V. per tutti F. PASQUINI, *Licenziamenti ingiuriosi o offensivi*, in M. PEDRAZZOLI, a cura di, *I danni alla persona nella giurisprudenza*, Padova, 2004, pagg. 37 e segg.; e M. LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Torino, 1998, pagg. 274 e segg.; in giurisprudenza, tra le tante Cass. 22 marzo 2010, n. 6845 in *Riv. it. dir. lav.* 2011, I, I, 19; Cass. 11 giugno 2008, n. 15496 in *Giust. civ.* 2009, 11, I, 2457; Cass. 13 giugno 2005, n. 12642, in *Arg. dir. lav.*, 2006, II, 564; Cass. 14 maggio 2003, n. 7479, in *Giur. it.*, 2004, I, 751.

<sup>552</sup> Così M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 386; U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, cit., pag. 127 (v. in generale cap. I, par. 4) ed in tempi più recenti C. CESTER, *Danno esistenziale e licenziamento*, in P. CENDON, P. ZIVIZ, a cura di, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2003, pag. 500.

<sup>553</sup> Il che, per altro verso, è anche il segno dell'assenza di una concreta richiesta dei lavoratori aventi tale oggetto.

lavoratore, ovverosia le retribuzioni perse.

Invero dopo un primo momento, ormai risalente, in cui la giurisprudenza riconosceva con sicurezza la risarcibilità del danno ulteriore rispetto alle retribuzioni perse, ed in cui si sono registrate pronunce coraggiose<sup>554</sup>, con le quali si è addirittura inteso superare il limite posto dalle norme codicistiche al risarcimento del danno non patrimoniale, attraverso il richiamo alla lesione della dignità del lavoratore e quindi alla violazione dell'art. 41 Cost.<sup>555</sup>, oggi, nonostante il netto allargamento della risarcibilità del danno non patrimoniale a cui si è assistito nell'area del diritto civile<sup>556</sup>, non vi è stato analogo interesse a valorizzare il danno subito nel momento più traumatico che possa segnare il rapporto lavorativo: il licenziamento.

Si vuole con questo far riferimento in particolar modo a quella giurisprudenza di legittimità che afferma l'irrisarcibilità del danno non patrimoniale, biologico, morale, esistenziale, seguito al licenziamento, in quanto mancherebbe il requisito della prevedibilità del danno rispetto all'illecito, richiesto dall'art. 1225 c.c.

In tale filone di pronunce, aperto con la sentenza 5 marzo 2008, n. 5927<sup>557</sup>, la Corte di Cassazione afferma, infatti, che all'interno dei danni causati dal licenziamento si distingue tra quelli che sono conseguenza immediata e diretta di esso, e consistono nella mancanza del lavoro e della relativa retribuzione, che è immanente alla stessa cessazione del rapporto, ed il danno costituito dalla lesione dell'integrità psico-fisica che si assume connessa ad un licenziamento illegittimo; questi ultimi, afferma la Corte, ove non siano derivanti dall'intrinseco comportamento datoriale con cui il licenziamento è intimato, costituiscono in realtà una conseguenza non dell'illegittimità del licenziamento, ma della mancanza del lavoro e della relativa retribuzione, ponendosi quindi come una conseguenza solo mediata ed indiretta del licenziamento. Conseguentemente, la Corte ritiene che tali danni, costituiti in particolare dalla lesione dell'integrità psico-fisica del lavoratore, siano una conseguenza "non fisiologica" e "non prevedibile" dell'atto di

---

<sup>554</sup> V. per esempio Pret. Bologna 20 novembre 1990, con nota di G. ZILIO GRANDI, *Anche la dignità umana ha un prezzo: licenziamento illegittimo e art. 41, 2° comma, Cost.*, in *Giur. it.*, 1991, I, pag. 84, e Pret. Ferrara 25 novembre 1993 in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 555.

<sup>555</sup> Sul quale v. per tutti A. PILATI, *Recesso dal rapporto di lavoro e danni*, in M. PEDRAZZOLI, a cura di, *Danno biologico e oltre*, Torino, 1995, pagg. 99 e segg.

<sup>556</sup> Si fa riferimento alle ormai celeberrime sentenze Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, pubblicate in tutte le riviste del settore.

<sup>557</sup> In *Lav. giur.*, 2008, pag. 597, con nota di G. MANNACIO, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 1472, con nota di E. FIATA, *Licenziamento illegittimo e danno biologico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1174, con nota di I. CORSO, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno all'integrità psicofisica*.

recesso datoriale e che pertanto non siano risarcibili.

La presa di posizione della Cassazione, che si ritrova anche nelle più recenti sentenze rese sul tema<sup>558</sup>, è tuttavia discutibile proprio per le motivazioni su cui la Corte fonda le proprie decisioni, oltretutto per le conseguenze che essa implica. Nel momento in cui ritiene che l'unica tutela a favore del lavoratore sia quella determinata sulla base delle retribuzioni perse, infatti, lascia intendere che gli altri diritti della persona coinvolti nel rapporto di lavoro non assumano rilevanza tale da meritare un autonomo risarcimento, sminuendo il loro valore.

Per quanto riguarda le motivazioni che essa adduce, è opinabile, anzitutto, il ragionamento svolto a proposito dell'assenza di prevedibilità del danno all'integrità psicofisica, posto che al contrario è nel naturale ordine delle cose che la perdita del lavoro, comporti un pregiudizio in capo al lavoratore, che si vede privato del mezzo di sostentamento per sé e per la propria famiglia, ulteriore rispetto a quello di carattere meramente patrimoniale.

Neppure risulta convincente la lettura dell'art. 1225 c.c. offerta da tali sentenze; la norma, infatti, pone un criterio che è quello della c.d. regolarità causale: stanti le note difficoltà di verificare cosa si possa considerare come conseguenza "prevedibile", e quindi "normale" del danno, è ormai acquisito l'utilizzo di un criterio che fa riferimento a quelle che sono le possibilità di verifica dell'evento mediante il ricorso a regole statistiche e probabilistiche, in base alle quali il danno si possa considerare conseguenza del danno-evento secondo la comune esperienza<sup>559</sup>, all'apprezzamento di un uomo di media diligenza. Che il licenziamento rappresenti un evento drammatico per il lavoratore e per la sua famiglia rientra tra i dati di comune esperienza<sup>560</sup>, ed infatti la prevedibilità del danno come limite al suo risarcimento «non ha mai costituito motivo di rigetto della domanda nelle vicende di recesso dal rapporto di lavoro»<sup>561</sup>. Invero appare difficile non considerare che dalla perdita del lavoro e della retribuzione derivi un danno all'integrità psicofisica del lavoratore, sia a causa del venir meno del mezzo necessario per soddisfare

---

<sup>558</sup> Così Cass. 2 maggio 2018, n. 10435 in *Dir. Rel. Ind.* 2018, III, 887; Cass. 19 novembre 2015, n. 23686 in *Guida dir.* 2015, 49-50, 60; Cass. 12 marzo 2014, n. 5730 in *Giust. civ. mass.* 2014; Cass. 22 marzo 2010, n. 6845 in *Riv. it. dir. lav.* 2011, I, 19. *Contra*, ma risulta isolata, Cass. 13 gennaio 2015, n. 345, in *Dir. giust.* 2015, 14 gennaio che si limita a confermare la valutazione effettuata da App. Roma 23 agosto 2011.

<sup>559</sup> Cass., 18 settembre 2012, n. 15639 in *Giust. civ. mass.* 2012, 9, 1123.

<sup>560</sup> In tal senso anche E. FIATA, *Licenziamento illegittimo e danno biologico*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, pagg. 1472 e segg.; I. CORSO, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno all'integrità psicofisica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pagg. 1174 e segg.

<sup>561</sup> A. PILATI, *Recesso dal rapporto di lavoro e danni*, cit., pag. 108.

le sue esigenze primarie, che per le ripercussioni della perdita del posto di lavoro in sé, intese come venir meno di quello che aveva caratterizzato sino a quel momento la vita quotidiana del lavoratore, nonché ripercussioni sulla vita relazionale, intesa sia all'interno del luogo di lavoro che all'esterno<sup>562</sup>, e che il verificarsi di questo tipo di danno si possa ritenere conseguenza diretta ed ordinaria – e quindi ampiamente prevedibile – del recesso<sup>563</sup>.

Se, infatti, si tiene a mente l'elaborazione sviluppatasi nella storia, che vede il rapporto di lavoro non solo come coinvolgente l'avere, ma anche, e soprattutto, l'essere del lavoratore<sup>564</sup>, per cui il valore della persona è parte del contenuto del contratto di lavoro<sup>565</sup>, si coglie appieno come tutti i diritti della persona che in esso sono coinvolti meritino un'autonoma considerazione ove vengano lesi dal licenziamento. La scelta della Cassazione, tuttavia, non è nel senso di valorizzare tali diritti, e se può trovare una spiegazione<sup>566</sup> nella necessità di controllare gli abusi dell'utilizzo dello strumento risarcitorio<sup>567</sup>, sembra purtuttavia chiudere in maniera eccessiva.

L'auspicato mutamento di giurisprudenza, comunque, non potrebbe che trovare applicazione nell'ambito della tutela c.d. forte. Invero nell'ambito della tutela c.d. attenuata la scelta legislativa di introdurre una limitazione al risarcimento del danno, fissando il massimale delle dodici mensilità mostra chiaramente l'intento di forfettizzare il risarcimento, sebbene questo non venga esplicitato dal legislatore<sup>568</sup>; si deve ritenere pertanto che in tale area non sussistano spazi per la risarcibilità di danni ulteriori della

---

<sup>562</sup> In tal senso anche C. CESTER, *Danno esistenziale e licenziamento*, cit., pag. 502, individua attraverso il nesso con il tenore di vita, connesso alla retribuzione, una ricaduta del licenziamento sull'agire della persona e nella sua dimensione esistenziale e di vita.

<sup>563</sup> Secondo P. CHIECO, intervento al convegno Aidlass su *Il danno alla persona del lavoratore*, svoltosi a Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006, è l'implicazione nel rapporto di lavoro della persona che rende i danni conseguenti ad inadempimenti datoriali lesivi di diritti costituzionali della persona prevedibili, e quindi risarcibili.

<sup>564</sup> L. NOGLER, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pag. 962; L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, pagg. 181 e segg.; R. SCOGNAMIGLIO, *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pagg. 376 e segg.

<sup>565</sup> A. TURSI, *Il danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pag. 294.

<sup>566</sup> Così E. FIATA, *Licenziamento illegittimo e danno biologico*, cit., pagg. 1472 e segg.

<sup>567</sup> Non è forse casuale che la sentenza menzionata sia stata resa nella stessa epoca in cui le stesse Sezioni Unite sentivano l'esigenza di intervenire per limitare l'esplosione di richieste di risarcimento del danno, formulate per le voci più disparate.

<sup>568</sup> Che in altri casi, come nell'area di tutela obbligatoria di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 18 St. Lav., espressamente definisce "onnicomprensiva" l'indennità.

specie di quelli descritti<sup>569</sup>.

Discorso a sé, invece, dev'essere fatto con riferimento al risarcimento del danno occorso al lavoratore a causa della mancata ottemperanza all'ordine di reintegrazione: in questo caso, infatti, si registrano ben più ampie aperture dalla giurisprudenza, che considera risarcibile il più delle volte il danno alla professionalità causato dal comportamento datoriale successivo alla sentenza e, talora, anche il danno ulteriore, morale o esistenziale, derivante dalla mancata reintegrazione, subito dal lavoratore<sup>570</sup>.

In questo caso la giurisprudenza valorizza il fatto che si tratti di un danno derivante da una condotta solo eventuale del datore di lavoro, è una sua scelta, infatti, quella di ottemperare o meno all'ordine di reintegra<sup>571</sup>. Ciò comporta che non si assista ad una duplicazione di danni, in quanto il risarcimento prestabilito dalla norma, si afferma<sup>572</sup>, non copre anche tale danno, meramente eventuale.

Tale tipo di danno risulta altresì sottratto alla limitazione costituita dal tetto massimo di dodici mensilità e quindi risarcibile anche nell'ambito della tutela reale c.d. attenuata in considerazione di quanto si è detto circa l'inoperatività del tetto massimo per il periodo successivo alla sentenza e della diversità del suo titolo.

A tale danno, come si è accennato, fa riferimento anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 86/2018, peraltro aggiungendo un requisito, quello della messa in mora da parte del lavoratore, che non tutte le sentenze che riconoscono tale tipo di danno richiedono<sup>573</sup>.

Con riferimento al contenuto del danno risarcibile, in molte pronunce viene riconosciuto il danno derivante dalla perdita dei compensi connessi all'effettivo svolgimento dell'attività, che il lavoratore avrebbe potuto percepire se fosse stato ottemperato l'ordine di reintegra<sup>574</sup>; per lo stesso titolo si riconosce altresì il danno alla

---

<sup>569</sup> M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, cit., pag. 128; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., pag. 58, ritiene che l'indennità sia onnicomprensiva e quindi assorba ogni tipo di danno subito dal lavoratore per effetto del licenziamento.

<sup>570</sup> Così, per esempio, Cass. 15 aprile 2013, n. 9073, in *Ragiusan* 2013, 354-356, 387 che riconosce il danno prodotto dalla situazione di stress e di perdita di fiducia, oltreché dalla diffusione nell'ambiente della notizia del licenziamento.

<sup>571</sup> Anche considerati i vantaggi già esaminati della "scommessa" che effettua.

<sup>572</sup> Cass. 15 aprile 2013, n. 9073, cit.

<sup>573</sup> Per un'analisi della giurisprudenza sul tema cfr. E. PASQUALETTO, *La scommessa (legittima) del datore di lavoro che non ottempera all'ordine di reintegrazione ex art. 18 l. n. 300 del 1970*, cit., pagg. 1095 e segg., in particolare par. 4.

<sup>574</sup> Cass. 15 aprile 2013, n. 9073, cit. riconosce la risarcibilità dei danni prodotti per non aver potuto svolgere l'attività lavorativa, danno individuato nella mancata percezione dei compensi per indennità di



professionalità in sé considerato, come pregiudizio di tipo non patrimoniale risarcibile<sup>575</sup>. In questi casi, tuttavia, a differenza che per il danno patrimoniale consistente nei compensi, nelle retribuzioni perse, per il quale opera la presunzione *iuris tantum* di cui all'art. 18 o all'art. 2 e 3 co. 2 d. lgs. n. 23/2015, il lavoratore è onerato della dimostrazione di tale tipo di danno, che non è in *re ipsa*<sup>576</sup>; il danno alla professionalità non si ritiene sussistere, per esempio, ove il lavoratore abbia sofferto solo di un periodo breve di inattività o qualora la specifica professionalità del lavoratore non subisca un danno dalla mancata reintegra, per il tipo di compiti a cui è addetto ovvero per la possibilità che lo stesso ha di svolgere il medesimo lavoro altrove.

Anche in questo caso la giurisprudenza, in ragione delle difficoltà di una simile prova, ammette il ricorso alla prova per presunzioni e recepisce i principi elaborati in tema di danno da demansionamento<sup>577</sup>; vengono così considerati fatti rilevanti al fine di desumere la sussistenza del danno la lunga inattività, una particolare collocazione lavorativa che richieda un «continuo, costante aggiornamento di cognizioni e conoscenze incompatibili con uno stato di inoperosità»<sup>578</sup>.

## 7. L'IMPUTABILITÀ DEL DANNO

Infine, merita qualche breve notazione il tema delle conseguenze dell'illegittimità del licenziamento non imputabile al datore di lavoro. È noto che dottrina e giurisprudenza, nonostante l'art. 18 St. Lav. non fornisca alcuna indicazione a proposito, ritengono da sempre che il risarcimento dettato dalla norma sottostia alle regole ordinarie civilistiche, e quindi ad esso vada applicato l'art. 1218 c.c., che comporta l'esenzione da responsabilità del debitore quando l'inadempimento dipenda da un fatto non imputabile. Si ritiene invece sottratta all'operatività di tali regole, come già visto<sup>579</sup>, esclusivamente la somma

---

disponibilità, indennità notturna, indennità festiva, maggiorazioni per straordinario, quantificati sulla base del confronto tra gli statini.

<sup>575</sup> V., in dottrina, L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, pag. 102.

<sup>576</sup> Così, chiaramente, Cass. 20 settembre 2010, n. 19831 in *Resp. civ. e prev.* 2011, 4, 819; Cass. 11 luglio 2002, n. 10116, in *Dir. lav.* 2002, II, 313 ma il principio è sotteso anche alle altre pronunce.

<sup>577</sup> Cass. 7 luglio 2009, n. 15915 in *Dir. giust. online* 2009.

<sup>578</sup> Cass. 7 luglio 2009, n. 15915, cit.; Cass. 13 luglio 2002, n. 10203 in *Dir. lav.* 2002, II, 313.

<sup>579</sup> Cfr. cap. I, par. 4.1.2.

minima di cinque mensilità, per la quale è ormai pacifico<sup>580</sup> sussista una forma di responsabilità oggettiva del datore di lavoro.

Le ipotesi prese in considerazione a ben vedere sono piuttosto circoscritte, e si risolvono essenzialmente nelle fattispecie in cui il licenziamento sia stato disposto a seguito di plurimi certificati medici provenienti da strutture pubbliche attestanti l'inidoneità fisica del lavoratore alle mansioni<sup>581</sup>; sia stato intimato in base ad una disposizione successivamente dichiarata incostituzionale<sup>582</sup>; sia stato determinato da giustificazioni fornite dal lavoratore durante il procedimento disciplinare «erronee e fuorvianti» e tali da indurre in errore il datore, salvo poi essere rimodulate nel corso del processo ed accolte dal giudice<sup>583</sup>, e in cui il licenziamento sia stato intimato a seguito di un provvedimento dell'autorità amministrativa attestante un'ipotesi di incompatibilità ambientale nella protrazione del lavoro, poi rivelatasi infondata.

Nell'ambito della tutela reale, si afferma in questi casi che il lavoratore, in quanto destinatario di un licenziamento illegittimo, abbia il diritto di essere reintegrato, e che tuttavia il datore di lavoro sia esentato dalle conseguenze di carattere risarcitorio, salvo il minimo di legge, per il periodo precedente alla sentenza, non sussistendo l'elemento soggettivo del dolo o della colpa nel suo inadempimento all'obbligo di licenziare solo nei casi previsti dalla legge; per il risarcimento per il periodo successivo ad essa, invece, non sembra possa valere lo stesso esimente<sup>584</sup>, posto che la sentenza, accertando l'illegittimità

---

<sup>580</sup> In dottrina in senso contrario, S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 52-53, secondo cui risulta «quantomeno difficile individuare il fondamento di una plausibile distinzione fra la misura minima dell'indennità [...] ed il risarcimento del danno vero e proprio», ed è pertanto difficile affermare che il risarcimento nella parte eccedente al minimo sia dovuto solo in presenza di tutti i presupposti richiesti dalla disciplina generale. L'Autore sostiene, inoltre, che dato che nemmeno per le cinque mensilità il legislatore esplicita che si debba utilizzare un criterio di imputazione della responsabilità diverso da quello utilizzato per il risarcimento in genere, l'alternativa sia tra l'utilizzo dei normali presupposti dell'inadempimento e l'utilizzo dei criteri della responsabilità oggettiva per l'intero importo; ID, *Risarcimento del danno per illegittimità del licenziamento e responsabilità dell'imprenditore*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, III, pagg. 650 e segg.

<sup>581</sup> Cass. 3 giugno 2015, n. 11477, cit.; Cass. 10 novembre 2003, n. 16849, cit.; Cass. 15 luglio 2002, n. 10260, cit.; Cass. 21 settembre 1998, n. 9464, in *Resp. Civ.*, 1999, 643.

<sup>582</sup> Cass. 26 luglio 1996, n. 6744, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 87 e Cass. 3 febbraio 1999, n. 941, in *Orient. giur. lav.*, 1999, 192.

<sup>583</sup> Cass. 30 maggio 2005, n. 11401 in *Riv. it. dir. lav.* 2006, 3, II, 640; Cass. 1 ottobre 2013, n. 22398 in *Guida dir.* 2013, 43, 64; Cass. 27 febbraio 2004, n. 4050 in *Riv. it. dir. lav.* 2004, II, 896; Cass. 12 agosto 2008, n. 1538; Cass. 1 dicembre 2009, n. 25308 in *www.dejure.it*.

<sup>584</sup> G. VIDIRI, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, cit., pag. 213.

del recesso, fa venir meno l'eventuale assenza di colpa datoriale nel perpetrare l'illecito non reintegrando il lavoratore.

Si deve ritenere che lo stesso regime valga anche a seguito della riforma dell'art. 18 e dell'introduzione del d. lgs. n. 23/2015<sup>585</sup>, pur rilevando che si assiste oggi, in questi casi, ad un ulteriore *vulnus* del lavoratore. Infatti, se in precedenza era comunque fermo il diritto alle cinque mensilità, che assolveva in questi casi proprio all'esigenza di ripartire, in un certo qual modo, le conseguenze di un licenziamento sì incolpevole ma che non per questo risulta improduttivo di danni a carico del lavoratore, oggi, con il venir meno della presunzione assoluta di danno nell'area di tutela reale c.d. attenuata, il lavoratore vedrà addossato a sé ogni rischio.

Avendo riguardo ai singoli casi, infatti, rientrano nell'area di applicabilità della tutela reale c.d. attenuata sia i casi di licenziamento intimato per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, per i lavoratori soggetti all'applicazione dell'art. 18<sup>586</sup>, sia i casi di licenziamento disciplinare qualora sia successivamente accertata l'insussistenza del fatto (con le diverse formulazioni adottate dalle due norme, art. 18, co. 4 St. Lav. e art. 3, co. 2, d. lgs. n. 23/2015 e quindi il diverso campo di applicazione delle stesse); più complesso è, invece, l'inquadramento della tutela in caso di licenziamento dichiarato illegittimo in base ad una norma dichiarata incostituzionale, nel quale bisognerà verificare qual è la norma in questione e quindi che causale è stata utilizzata per motivare il licenziamento.

In particolare suscita perplessità non tanto quel che accade nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, ove anzi la possibilità per il lavoratore di mutare in giudizio la difesa rispetto a quanto addotto nel procedimento disciplinare aveva sollevato svariate critiche<sup>587</sup>, ma il caso dell'erronea dichiarazione di inidoneità alle mansioni, in cui l'errore che ha dato luogo al licenziamento è interamente imputabile ad un organo terzo. In tale

---

<sup>585</sup> Così C. CESTER, *Le tutele*, cit., pag. 850, in giurisprudenza App. Bologna 6 maggio 2016, n. 514, con nota di G. CENTAMORE, *Licenziamento incolpevole e risarcimento del danno: quando la reintegrazione ex art. 18, comma 4, St. lav. resta priva di indennità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, pagg. 3 e segg.

<sup>586</sup> Nel d. lgs. n. 23/2015, invece, a tale causa di illegittimità del licenziamento consegue l'applicazione della tutela reale c.d. forte.

<sup>587</sup> L. MONTUSCHI, *Effetti di una « nevrosi fobica » del lavoratore, allegata tardivamente, sul provvedimento disciplinare e sull'obbligo di sicurezza del datore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, IV, pagg. 897 e segg.; A. CROSTA, *Licenziamento disciplinare e giustificazioni erronee fornite dal lavoratore: la rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, I, pagg. 191 e segg.

ipotesi sembrava invero rispondere a ragioni di equità<sup>588</sup> la scelta di ripartire il rischio di tale errore, e della situazione di incertezza che ne deriva, individuando nel datore di lavoro colui che doveva risponderne perlomeno nella misura delle cinque mensilità, sia in quanto soggetto forte del rapporto che in quanto è su questi che grava il rischio d'impresa<sup>589</sup>. Con l'applicazione delle disposizioni attuali, invece, sarà il lavoratore a dover subire interamente le conseguenze dell'errore commesso da un organo terzo.

Questione differente, ma in parte connessa, è quella relativa alla rilevanza dell'elemento soggettivo nella quantificazione del risarcimento. Si legge in una pronuncia della Cassazione<sup>590</sup>, in un caso in cui era stato chiesto di escludere la spettanza del risarcimento, che, stante la giurisprudenza che esclude completamente la risarcibilità del danno quando il datore di lavoro sia stato indotto al licenziamento da giustificazioni fuorvianti od erronee del lavoratore, analogo ragionamento può essere applicato qualora il licenziamento sia stato emesso in presenza di mancanze in parte confermate all'esito del giudizio, seppur non così gravi da legittimare il licenziamento, al fine di ridurre il risarcimento a misura inferiore alla retribuzione globale di fatto spettante al lavoratore. In primo luogo va fatta una considerazione di ordine pratico: si può dubitare che, stante il tetto massimo di dodici mensilità operativo nel caso di licenziamento disciplinare ingiustificato, ci sia ancora spazio per un giudizio di questo tipo in caso di licenziamento disciplinare; anche a voler tacere di questo, in ogni caso, l'utilizzo di un simile criterio nella liquidazione del danno non sembra affatto condivisibile. Un conto, infatti, è escludere completamente il risarcimento in quanto il fatto non è imputabile al datore di lavoro: mancano, in questo caso, i presupposti per addossare le conseguenze risarcitorie dell'illecito allo stesso; un altro è, invece, considerare il grado di colpa datoriale per determinare il *quantum* del risarcimento, posto che una modulazione dell'entità<sup>591</sup> del risarcimento sulla base dell'elemento soggettivo, come si è visto, è totalmente estranea ai principi che regolamentano il risarcimento del danno.

---

<sup>588</sup> L. LAZZERONI, *Risarcimento del danno oltre le cinque mensilità nel campo di applicazione della tutela reale: una questione di imputabilità del vizio del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, pagg. 387 e segg., definisce un principio di civiltà giuridica la ripartizione delle conseguenze negative venutesi a creare dal licenziamento in cui entrambe le parti sono sostanzialmente incolpevoli.

<sup>589</sup> Così Corte Cost. 23 dicembre 1998, n. 420, cit.

<sup>590</sup> Cass. 1 dicembre 2009, n. 25308, cit.

<sup>591</sup> Aspetto diverso è, invece, l'individuazione della tipologia di danno risarcibile in base alla presenza – o meno – del dolo in capo al danneggiante, ex art. 1225 c.c.

## CAPITOLO IV

### I CRITERI LEGALI DI DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ ALL'INTERNO DELL'AREA DI TUTELA OBBLIGATORIA E GLI ESITI DI CORTE COST. N. 194/2018

#### 1. LE DIFFERENTI AREE DI TUTELA OBBLIGATORIA

Allo stato attuale coesistono, per effetto degli interventi normativi susseguitisi a partire dal 2012, che hanno introdotto nuove ipotesi ulteriori rispetto a quelle già previste dalla l. n. 604/1966, tre macro aree di tutela obbligatoria, aventi caratteristiche tra loro differenti.

La prima è quella di cui alla l. n. 604/1966, applicabile a tutti i lavoratori<sup>592</sup> assunti prima del 7 marzo 2015 alle dipendenze delle imprese sotto soglia, in ogni caso in cui questi siano risultati destinatari di un licenziamento ingiustificato. In tale area i lavoratori hanno diritto ad un'indennità risarcitoria compresa tra due virgola cinque e sei mensilità della retribuzione globale di fatto, limite elevabile nel caso di aziende di maggiori dimensioni e lavoratori con un'anzianità elevata; tale tipo di tutela, monetaria, risulta alternativa rispetto alla riassunzione del lavoratore<sup>593</sup>, sebbene la possibilità prevista dalla norma sia sempre rimasta sulla carta, posto che la scelta spetta al datore di lavoro e che l'alternativa monetaria risulta economicamente vantaggiosa.

La seconda macro area è quella rappresentata dai lavoratori egualmente assunti prima del 7 marzo 2015 ma dipendenti da datori di lavoro sopra soglia, e a sua volta si distingue, sia per i valori, minimi e massimi, che per i criteri sulla cui base il giudice viene chiamato a determinare il *quantum* dell'indennità, in base al tipo di vizio che inficia il licenziamento. Le diverse ipotesi sono costituite da una tutela più forte, seppur esclusivamente monetaria, per i licenziamenti, sia per giustificato motivo oggettivo che disciplinari, ingiustificati, nei casi in cui non si applichi la tutela reale di cui all'art. 18 co. 4 o 7, e quindi al di fuori delle ipotesi di ingiustificatezza "qualificata", consistente nell'attribuzione al lavoratore di un'indennità compresa tra le dodici e le ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, e da una tutela di contenuto più ridotto

---

<sup>592</sup> Rimane ferma, come noto, l'eccezione rappresentata dai lavoratori licenziabili *ad nutum*, per i quali l'unica tutela, al di fuori dei casi di licenziamento nullo, è quella codicistica, cfr. cap. I, par. 1.

<sup>593</sup> Che darebbe luogo, con gli opportuni distinguo, ad una sorta di tutela in forma specifica a favore del lavoratore.

applicata ai licenziamenti viziati nella motivazione o in cui vi siano stati vizi nelle procedure preventive, che comporta il diritto per il lavoratore ad un'indennità compresa tra sei e dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La terza area è caratterizzata da un'applicazione generale, a tutti i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015 in poi, ma risulta differenziata nei minimi e nei massimi in base sia al classico parametro delle dimensioni occupazionali dell'azienda che al tipo di vizio che colpisce il licenziamento; risulta inoltre anch'essa differenziata, dopo l'intervento della Corte costituzionale, ancora in base al tipo di vizio che colpisce il licenziamento, nei criteri di determinazione. Così, il lavoratore dipendente da un datore di lavoro sotto soglia in ogni caso in cui sia colpito da un licenziamento ingiustificato ha diritto ad un'indennità compresa tra le tre<sup>594</sup> e le sei mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto; qualora, invece, sia stato destinatario di un licenziamento affetto da vizi formali e procedurali<sup>595</sup>, ha diritto ad un'indennità compresa tra una e sei mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, calcolata secondo i criteri di legge. Nelle imprese sopra soglia, invece, nei casi di licenziamenti ingiustificati la tutela obbligatoria c.d. forte, che si applica in ogni caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e nei licenziamenti disciplinari in cui non trovi applicazione la tutela reale ex art. 3 co. 2 d. lgs. n. 23/2015, comporta che al lavoratore spetti un'indennità di importo compreso tra le sei e le trentasei mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto; quella c.d. debole, relativa a licenziamenti affetti da vizi formali o procedurali, comporta invece il diritto ad un'indennità compresa tra due e dodici mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

Le tre ipotesi, pur differenziate per gli elementi descritti, presentano alcuni caratteri comuni: in tutte si riscontra la previsione di un valore minimo, che risulta essere sempre dovuto, e di un valore massimo dell'indennità. Inoltre, in tutti i casi il legislatore utilizza il termine "indennità" per definire tali voci, sebbene in alcuni casi la qualifichi risarcitoria<sup>596</sup> ed in altri no, e solo nell'art. 18 definisca la stessa espressamente onnicomprensiva. Inutile dire, infine, che, trattandosi di tutela obbligatoria, in tutti i casi

---

<sup>594</sup> Posto che si sta dando atto della situazione attuale, sono stati riportati solo i valori degli importi come modificati dal d.l. n. 87/2018.

<sup>595</sup> Così la rubrica dell'art. 4 d. lgs. n. 23/2015.

<sup>596</sup> Così, per esempio, nell'art. 18 St. Lav.

il licenziamento risulta idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro<sup>597</sup>, con la conseguenza che tale tipo di tutela risulta l'unica di cui beneficia il lavoratore.

Quel che appare è un panorama piuttosto vasto e contraddistinto da marcate differenze all'interno delle diverse aree<sup>598</sup>, che danno luogo ad un ginepraio in cui risulta difficile orientarsi ed in relazione al quale sembra complesso sostenere che siano state soddisfatte le esigenze di prevedibilità dei costi per i datori di lavoro richieste e auspiccate dai legislatori delle ultime riforme, mossi dal dichiarato obiettivo, tra le altre cose, di favorire attraverso tale via gli investimenti delle imprese e le nuove assunzioni.

Per comprendere le caratteristiche delle diverse forme di tutela obbligatoria risulta quindi opportuno analizzare le distinte ipotesi avendo riguardo sia agli elementi di continuità che a quelli di discontinuità.

## 2. I CRITERI DI CUI ALL'ART. 8 L. N. 604/1966

Analizzando quindi singolarmente i criteri di determinazione dell'indennità previsti nelle diverse macro aree di tutela obbligatoria, nel testo dell'art. 8 l. n. 604/1966<sup>599</sup> troviamo i criteri relativi al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti.

Come si è visto, l'art. 8 è stato sottoposto a modificazioni ad opera della l. n. 108/1990, che ha mutato radicalmente il suo ambito di applicazione; divenendo in questo passaggio una tutela riservata alle imprese di medio-piccole dimensioni, il legislatore ha modificato anche i criteri ivi indicati per la determinazione dell'indennità: così, il numero dei dipendenti occupati è stato inserito tra i criteri utili a quantificare l'entità di essa, laddove, precedentemente, veniva utilizzato solo per modificare la soglia massima

---

<sup>597</sup> Anche in questo caso, però, non mancano i dubbi derivanti dalla formulazione adottata sia nell'art. 18 St. Lav. che nel d. lgs. n. 23/2015, nei quali si stabilisce che il giudice dichiara risolto il rapporto: invero se la sentenza dichiarativa fa pensare ad un atto già produttivo di effetti, il riferimento alla risoluzione crea confusione; a far propendere per l'effetto estintivo del licenziamento dalla sua intimazione è però la parte della disposizione in cui si esplicita che l'effetto di tale dichiarazione di risoluzione decorre dalla data del licenziamento.

<sup>598</sup> I confini delle quali, peraltro, sono tutt'altro che ben definiti, basti pensare al dibattito tutt'ora aperto sull'ampiezza del concetto di "insussistenza del fatto", da cui deriva l'applicazione della tutela indennitaria o reale.

<sup>599</sup> Tali criteri, invero, sono stati ampliati con la l. n. 183/2010, su cui v. *amplius*, che non ha inciso però sul testo dell'art. 8.



dell'indennità<sup>600</sup>; è stato aggiunto, inoltre, il criterio delle condizioni delle parti.

Con il criterio del numero dei dipendenti occupati il legislatore ha inteso fare riferimento al numero di lavoratori subordinati occupati, indipendentemente dal tipo di contratto stipulato con l'azienda<sup>601</sup>. Le ragioni della scelta legislativa di enucleare distintamente tale criterio sono state individuate<sup>602</sup> nella necessità di porre rimedio al problema di stimare il reale spessore delle imprese, determinato anche da una «smodata tendenza a semplificare anche a costo di falsificare<sup>603</sup>» quale esso sia.

Sempre sul piano delle caratteristiche del datore di lavoro, considerato nella veste di soggetto che dovrà subire le conseguenze economiche derivanti dal licenziamento illegittimo, si pone il criterio delle dimensioni dell'impresa, attraverso il quale si è inteso fotografare, anche indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati, le reali dimensioni dell'impresa sul mercato<sup>604</sup>.

Attraverso esso, infatti, si possono considerare altri elementi dell'organizzazione datoriale, quali il capitale investito, il fatturato, il volume d'affari, la capacità produttiva, le strutture, gli impianti<sup>605</sup>, in modo tale da determinare l'indennità in base alla «vitalità economica» del datore di lavoro<sup>606</sup>.

Infine, a completare i criteri attinenti alla situazione del datore di lavoro si inserisce quello delle condizioni delle parti, ove a questi riferito. Attraverso tale parametro, invero, possono emergere ulteriori elementi<sup>607</sup> di valutazione della capacità economica del datore di lavoro non apprezzabili tramite gli altri parametri di legge, tra cui, per esempio, la situazione di crisi dell'impresa<sup>608</sup>, tale da mettere in dubbio la stessa sopravvivenza della

---

<sup>600</sup> D. NAPOLETANO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 175, sottolinea che il criterio espressamente introdotto dalla l. n. 108/1990 non si possa considerare “nuovo”, atteso che la formulazione originaria già prevedeva che la misura dell'indennità fosse dimezzata per i datori di lavoro che occupassero fino a sessanta dipendenti.

<sup>601</sup> A. BOSCATI, *I regimi di tutela contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 301; chiarisce che in questo caso è sufficiente considerare in modo generico la consistenza dell'organico, a differenza di quel che si fa nella scelta della tutela applicabile, A. NICCOLAI, *Sub art. 8*, cit., pag. 519.

<sup>602</sup> A. NICCOLAI, *Sub art. 8*, cit., 519.

<sup>603</sup> G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Addenda*, a *Il diritto del lavoro*, Bologna, 1990, pag. 19

<sup>604</sup> G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pag. 54.

<sup>605</sup> F. MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11 maggio 1990, n. 108*, cit., pag. 146; P. SANDULLI, A. VALLEBONA, C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 52.

<sup>606</sup> D. NAPOLETANO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 175.

<sup>607</sup> Critico sull'eccessiva discrezionalità nella determinazione di tali criteri R. DE LUCA TAMAJO, *Disciplina dei licenziamenti individuali, L. 11 maggio 1990, n. 108, art. 2*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1991, pag. 191.

<sup>608</sup> P. SANDULLI, A. VALLEBONA, C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 53.

stessa in caso di una condanna troppo elevata<sup>609</sup>, o, di converso, la floridità dell'impresa<sup>610</sup>, che sembrerebbe giustificare la condanna ad un'indennità di importo maggiormente elevato.

Attengono invece al lavoratore i soli criteri dell'anzianità di servizio e delle condizioni delle parti, ove riferiti allo stesso.

Per quanto riguarda il criterio dell'anzianità di servizio si era posto inizialmente il dubbio se si trattasse di anzianità specifica<sup>611</sup> o generica, ossia se si dovesse aver riguardo all'anzianità maturata presso il datore di lavoro interessato o anche a quella acquisita presso i precedenti datori di lavoro. A favore della seconda tesi, seppur minoritaria<sup>612</sup>, militerebbe la necessità di valorizzare il pregiudizio subito dal lavoratore che possedendo un'anzianità maggiore sconterà maggiori difficoltà nel reinserirsi nel mercato del lavoro.

La *ratio* del criterio, in ogni caso, consiste nel tutelare il lavoratore, in quanto rientra tra i dati di comune esperienza che tanto più elevata sia l'anzianità di servizio del lavoratore, maggiore sia il danno che questi subisce, sia per la perdita della retribuzione connessa all'anzianità (scatti di anzianità, superminimi), sia per le difficoltà a reperire una nuova occupazione derivanti dall'essere rimasto lungamente inserito nella medesima realtà aziendale<sup>613</sup>. Inoltre, al di là delle perdite di carattere più strettamente patrimoniale, si presume che ad un'elevata anzianità consegua una perdita di professionalità specifica<sup>614</sup> del lavoratore, quella acquisita negli anni presso l'azienda.

Risponde alla medesima finalità di adattare il valore dell'indennità al pregiudizio subito dallo stesso<sup>615</sup> il criterio delle condizioni delle parti, ove riferito al lavoratore. In tal modo possono essere valorizzati i più svariati elementi attinenti alla sua situazione, e può darsi luogo, ad esempio, ad una valutazione avente ad oggetto le sue condizioni socio-

---

<sup>609</sup> G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., 54.

<sup>610</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, L. 11 maggio 1990, n. 108, art. 2, cit., pag. 191.

<sup>611</sup> M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., pag. 137.

<sup>612</sup> V. CERRITELLI, A. PICCININI, *Il licenziamento individuale*, cit., pag. 200.

<sup>613</sup> M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., pag. 215.

<sup>614</sup> V. CERRITELLI, A. PICCININI, *Il licenziamento individuale*, cit., pag. 201.

<sup>615</sup> Secondo M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., pag. 215, si tratta piuttosto di adattare il valore dell'indennità alle necessità del lavoratore a seguito del licenziamento, ma a ben vedere i due concetti non confliggono affatto, infatti la maggiore entità del danno, del pregiudizio, è determinata proprio dal fatto che le conseguenze prodotte da esso in capo al lavoratore siano più o meno facilmente eliminabili.

economiche<sup>616</sup>, quelle familiari, la capacità di reperire una nuova occupazione in base alla situazione del locale mercato del lavoro<sup>617</sup> ed anche più in generale le conseguenze dello stato di disoccupazione in considerazione della condizione economica dei soggetti<sup>618</sup>. Ancora, attraverso tale criterio si potrà tener conto dell'anzianità, questa volta non di servizio ma anagrafica<sup>619</sup>, considerate le crescenti difficoltà di inserimento nel mercato del lavoro legate ad essa, ma anche, per converso, la professionalità del lavoratore, ove questa sia tale da assicurargli la possibilità di trovare un'occupazione alternativa entro un breve tempo<sup>620</sup>.

Come si può vedere dall'elenco non esaustivo che si è tentato di tracciare, il criterio delle condizioni delle parti risulta molto ampio, potendo trovare apprezzamento suo tramite una pluralità di caratteristiche attinenti al lavoratore come anche al datore di lavoro<sup>621</sup>, motivo per il quale esso è stato oggetto di critica da parte di chi teme che in tal modo, facendo rientrare elementi extragiuridici nella valutazione giudiziale, si pervenga ad un appiattimento verso l'alto dell'indennità realizzando un «contrasto con le finalità di gradazione della penale perseguite dalla norma»<sup>622</sup>.

Infine si pone, sia con riferimento al datore di lavoro che al lavoratore, il criterio del comportamento delle parti, parametro che permette di dare rilievo al comportamento di entrambi precedente e successivo al licenziamento<sup>623</sup>. Tramite esso sono apprezzate eventuali circostanze relative alla condotta del lavoratore che conducano a considerare ingiustificato il licenziamento, ma anche atteggiamenti processuali nella sede conciliativa, in genere la lealtà delle parti, in fase pre e post processuale<sup>624</sup> e financo la valutazione di un eventuale concorso di colpa del dipendente nell'originare la scelta di

---

<sup>616</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, L. 11 maggio 1990, n. 108, art. 2, cit., pag. 191.

<sup>617</sup> P. SANDULLI, A. VALLEBONA, C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 53.

<sup>618</sup> A. NICCOLAI, *Sub art. 8*, cit., pag. 519.

<sup>619</sup> V. CERRITELLI, A. PICCININI, *Il licenziamento individuale*, cit., pag. 200.

<sup>620</sup> P. SORDI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuovo dir.*, 1991, pag. 22; G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pag. 54, che sembra considerare automatico che ad un'elevata professionalità consegua la possibilità di trovare rapidamente un'altra occupazione.

<sup>621</sup> M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991, pag. 110 rimarca il fatto che attraverso tale criterio possono trovare spazio un'ampiezza di situazioni apprezzabili, e che tuttavia, considerando i valori comunque modesti dell'indennità, tali elementi non potranno essere realmente valutati nel loro spessore.

<sup>622</sup> A. NICCOLAI, *Sub art. 8*, cit., pag. 519.

<sup>623</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, L. 11 maggio 1990, n. 108, art. 2, cit., pag. 191

<sup>624</sup> M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., 215.

licenziarlo<sup>625</sup>.

Si nota come, più marcatamente nella formulazione originaria, ma anche in quella risultante dalla modifica del 1990, sia l'anzianità di servizio che le dimensioni occupazionali assumano un ruolo di rilievo nella determinazione dell'indennità: se è vero, infatti, che i criteri indicati nella norma si considerano posti sullo stesso piano, negandosi la prevalenza di uno sugli altri<sup>626</sup>, questi hanno la particolarità di rilevare due volte: unitamente agli altri nella quantificazione che opera il giudice e già in precedenza<sup>627</sup>, come pre-criterio di determinazione delle soglie numeriche dell'indennità<sup>628</sup>.

Sui criteri di cui all'art. 8 è intervenuto successivamente l'art. 30, co. 3, l. 4 novembre 2010, n. 183, introducendo, al fianco<sup>629</sup> di quelli già previsti, i parametri costituiti dagli «elementi e parametri eventualmente fissati dai contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi o dai contratti individuali stipulati con l'assistenza e la consulenza delle Commissioni di certificazione, di cui il giudice «tiene conto» e «le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento».

Il legislatore del 2010, quindi, interviene sia specificando alcuni dei criteri preesistenti, che introducendone di nuovi. Si deve intendere, infatti, che il riferimento all'attività esercitata dal datore di lavoro abbia ad oggetto l'attività economica di questi che, venendo meno lo specifico riferimento all'impresa, può essere apprezzato come attore sul mercato

---

<sup>625</sup> G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pag. 54, fa riferimento al caso in cui «in una valutazione complessiva il licenziamento è ingiustificato ma non si può negare che il dipendente ha per qualche verso dato motivo alla drastica reazione padronale».

<sup>626</sup> D. NAPOLETANO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 175.

<sup>627</sup> Anche se secondo l'opinione, espressa da M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, cit., pag. 111, la possibilità di elevare le soglie opera solo in quanto il giudice sia già orientato a concedere un'indennità che arriva al massimo della «forbice».

<sup>628</sup> Questo accadeva maggiormente nella prima formulazione della norma, nella quale, come visto, era previsto l'automatico dimezzamento dell'importo per i datori di lavoro di dimensioni inferiori, l'abbassamento della soglia minima per i lavoratori con anzianità di servizio inferiore ai 30 mesi e l'innalzamento del limite massimo per quelli con anzianità superiore a 20 anni. Anche oggi, però, seppur in misura più attenuata, posto che devono operare congiuntamente, tali criteri conservano una marcata importanza, considerato che il limite massimo di sei mensilità viene innalzato a dieci in quando l'anzianità di servizio superi i dieci anni e a quattordici mensilità quando superi i venti anni, purché l'azienda occupi più di quindici dipendenti.

<sup>629</sup> Critico sulla tecnica normativa utilizzata, per cui l'art. 30 non modifica ma si sovrappone all'art. 8, A. TAMPIERI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. La tutela obbligatoria*, in G. PELLACANI, *I licenziamenti individuali e collettivi*, cit., pag. 507. Sulla coesistenza tra le due diverse regolamentazioni sono stati avanzati inizialmente i dubbi di parte della dottrina, che tuttavia sembrano essere ormai superati.

indipendentemente dal possesso, o meno, della qualifica di imprenditore.

Con riguardo al criterio dell'anzianità del lavoratore è stato affermato che, stante la mancata riproposizione del riferimento all'anzianità di servizio, contenuta nell'art. 8, il legislatore abbia voluto fare espressamente riferimento sia all'uno che all'altro tipo di anzianità, dando maggior rilievo all'anzianità anagrafica, prima considerabile solo sotto il profilo delle condizioni delle parti<sup>630</sup>; d'altro canto, però, se si considera che come anzianità era stata sempre considerata quella di servizio<sup>631</sup>, è difficile sostenere che la mera scomparsa del riferimento testuale sia sufficiente ad indicare un rovesciamento di non poco conto dell'impostazione precedente.

Innovativa è poi la specificazione del criterio delle condizioni del mercato del lavoro locale, già in precedenza considerato all'interno di quello avente ad oggetto le "condizioni delle parti", ma al quale viene dato autonomo risalto<sup>632</sup>; con esso si valorizza il pregiudizio subito dal lavoratore, che si presume maggiore quando questi risieda in una zona più svantaggiata, in cui le prospettive occupazionali sono inferiori. Di tale criterio è stata fornita un'interpretazione, condivisibile, volta a valorizzare le specificità del rapporto di lavoro, per cui l'analisi non dev'essere semplicemente mirata a verificare le prospettive occupazionali generali nell'area, ma si deve avere riguardo alla specifica professionalità del lavoratore<sup>633</sup>.

Il riferimento alle disposizioni dei contratti collettivi, infine, ha sollevato qualche perplessità, posto che le attribuzioni in favore della contrattazione collettiva erano state inserite nella norma in questione per valorizzare le tipizzazioni di giusta causa o giustificato motivo, ma la portata del contenuto della contrattazione collettiva è stata poi estesa anche alla quantificazione dell'indennità che pure, come è stato notato, si pone in un momento diverso, quello in cui è necessario quantificare un danno derivante da un illecito già acclarato<sup>634</sup>.

---

<sup>630</sup> M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, pag. 4, che rileva come a tale conclusione si pervenga anche sulla base dell'analisi del dato testuale della norma, laddove considera l'anzianità accanto alle condizioni del lavoratore.

<sup>631</sup> Addirittura, come visto, esclusivamente l'anzianità lavorativa specifica.

<sup>632</sup> G. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro* in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pag. 248.

<sup>633</sup> L. NOGLER, *Opinioni sul «collegato lavoro»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pag. 133, che limita l'esame allo specifico mercato del lavoro dei soggetti che hanno le caratteristiche, anagrafiche e professionali, del lavoratore licenziato; per la giurisprudenza di merito recente cfr. Trib. Teramo 20 giugno 2018, n. 495 in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>634</sup> A. TAMPIERI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. La tutela obbligatoria*, cit., pag. 507.

Si tratta però di competenze che le parti sociali ben potrebbero esercitare<sup>635</sup> e che invero sono state esercitate anche in assenza di un'espressa previsione in altri settori, quali, tipicamente, la contrattazione collettiva dei dirigenti.

### 3. I CRITERI DI CUI ALL'ART. 18 ST. LAV.

I criteri di determinazione dell'indennità contenuti nell'art. 18 St. Lav. risultano parzialmente differenziati in base al tipo di vizio del licenziamento. Nel licenziamento disciplinare il comma quinto della disposizione prevede che il giudice dovrà determinare l'indennità «in relazione» all'anzianità del lavoratore, e «tenuto conto» del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica e del comportamento e delle condizioni delle parti. Si ripropongono, quindi, almeno in parte, i criteri di cui all'art. 8 l. n. 604/1966, con alcune variazioni.

Innanzitutto appare posto in rilievo il criterio dell'anzianità e si ripropone il problema, già presente nella norma del 2010, di comprendere quale significato attribuire all'espressione “tener conto”, che sembra voler indicare la volontà di individuare elementi utili ma secondari, accessori, rispetto al criterio da tenere in considerazione primaria<sup>636</sup>.

Anche in questo caso compare il riferimento all'anzianità senza ulteriori specificazioni, il che induce taluni ad intendere in senso ampio tale criterio, che sarebbe comprensivo quindi anche dell'anzianità anagrafica<sup>637</sup>, interpretazione che però non sembra essere stata fatta propria né dalla giurisprudenza né dalla dottrina maggioritaria<sup>638</sup>.

Per la prima volta, poi, il legislatore definisce chiaramente che si debbano tenere in considerazione le dimensioni dell'attività economica, criterio volto a misurare il livello di solidità sul mercato del datore di lavoro attraverso parametri che possono essere

---

<sup>635</sup> Sebbene allo stato non risulta che la competenza attribuita dalla norma sia mai stata esercitata; in tal caso rimarrebbe da chiarire il nodo irrisolto circa la vincolatività delle previsioni contrattual-collettive, questione che attiene in genere alle tipizzazioni di cui all'art. 30 l. n. 183/2010, v. M. TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e limiti al potere di accertamento del giudice*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO, a cura di, *Il collegato lavoro*, Milano, 2011, pag. 173 e segg., e ancor più alle previsioni in questione, stante il non chiaro significato da attribuire all'espressione “tiene conto”.

<sup>636</sup> A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., pag. 431, P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, cit., pag. 317; V. VALENTINI, *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, cit., pag. 455.

<sup>637</sup> Nuovamente in tal senso M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, cit., pag. 4.

<sup>638</sup> P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, cit., pag. 318; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO, a cura di, *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Bari, 2013, pag. 357; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., pag. 94.

identificati nel fatturato, nel capitale investito, nell'eventuale valore aggiunto<sup>639</sup>.

Quanto agli altri criteri, la norma ripropone quanto già presente nelle precedenti disposizioni, per cui si ritengono applicabili le considerazioni svolte a proposito di queste<sup>640</sup>.

Con riferimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, invece, si ripropongono i criteri menzionati ai quali viene aggiunto il riferimento alle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione ed il criterio del comportamento delle parti nell'ambito della procedura *ex art. 7 l. n. 604/1966*. Quest'ultimo chiaramente viene menzionato solo con riferimento a tale tipo di licenziamento in quanto solo per esso è prevista la procedura in questione. In senso critico è stato affermato che in tal caso viene sanzionata non la perpetrazione in sé di un illecito ma «piuttosto l'indisponibilità della parte all'accordo conciliativo»<sup>641</sup>; sembra però di potersi ritenere che non sia questo ciò che debba essere considerato, ma l'atteggiamento delle parti (e così comportamenti come il rifiuto assoluto di discutere) nell'ambito della procedura<sup>642</sup>.

Non del tutto chiara è, invece, la scelta di limitare al licenziamento per giustificato motivo oggettivo la valutazione delle iniziative assunte dal lavoratore per ricercare una nuova occupazione, che sembra introdurre anche nell'area della tutela obbligatoria la valutazione dell'*aliunde percipiendum*<sup>643</sup> ma confinandola a questo caso, come a voler intendere che il vizio sia meno grave<sup>644</sup>, in modo simile a quanto avviene tra tutela reale forte ed attenuata.

Infine, nell'ipotesi del licenziamento viziato proceduralmente o nella "forma",

---

<sup>639</sup> M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, cit., pag. 5.

<sup>640</sup> Secondo M. GAMBACCIANI, op. loc. ult. cit., tuttavia, il fatto che il legislatore abbia predisposto una griglia di tutele differenziate in base al vizio del licenziamento depotenzia tale criterio.

<sup>641</sup> E. BALLETTI, *Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro*, cit., pag. 13.

<sup>642</sup> Per esempio Trib. Ancona, 13 luglio 2017, n. 320, in *Redazione Giuffrè* 2018, ha valutato leale l'offerta datoriale di una somma pari a dodici mensilità.

<sup>643</sup> Cfr. cap. III, par. 5; anche se in alcuni casi sembra che la valutazione sia di contenuto più ampio, così v. per esempio App. Bari 27 aprile 2017, n. 1159, in *Redazione Giuffrè* 2017, nella quale si ritiene che il rifiuto di riassunzione del lavoratore vada apprezzato in relazione a tale criterio.

<sup>644</sup> C. CESTER, *Le tutele*, cit., pag. 885, che cerca di trovare così una spiegazione della scelta legislativa, nel senso che chi è stato licenziato con licenziamento disciplinare illegittimo ha subito un torto maggiore, per cui non può essere imposta la ricerca di una nuova occupazione.



l'indennità spettante al lavoratore viene calcolata esclusivamente<sup>645</sup> «in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro». Questo rappresenta l'unico caso in cui il criterio della gravità costituisce il solo sulla cui base si determina l'indennità, mentre, come visto, detto criterio è apprezzato insieme a svariati altri nelle altre norme. La scelta legislativa può trovare una spiegazione nel fatto che quando si tratta di violazioni di questo tipo sussiste effettivamente una differenza quanto agli effetti tra quelle più gravi e quelle minori<sup>646</sup>; sul tema si tornerà comunque più avanti, per capire se l'utilizzo di questo solo criterio faccia sì che all'indennità in questione vada attribuita una funzione prettamente sanzionatoria o meno.

#### 4. I CRITERI DETTATI DAL D. LGS. N. 23/2015

Il legislatore del d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23 compie una scelta in totale controtendenza rispetto a quella dei suoi predecessori e, nell'esigenza di assicurare certezza e prevedibilità ai costi del licenziamento, eliminando così ogni tipo di discrezionalità giudiziale, prevede che l'indennità, sia nel caso di licenziamento ingiustificato che in quello di licenziamento viziato proceduralmente o nella motivazione, sia calcolata con esclusivo riferimento all'anzianità di servizio del lavoratore.

Viene quindi previsto che il giudice determini l'indennità nella misura di due mensilità per ogni anno di servizio prestato presso lo stesso datore di lavoro, e di una mensilità nel caso di datori di lavoro di dimensioni inferiori<sup>647</sup>, valori riproporzionati per le frazioni di anno di anzianità di servizio, computando le frazioni uguali o superiori ai quindici giorni come mese intero<sup>648</sup>, nel rispetto delle soglie, minime e massime, individuate dalle norme. Si elimina, così, ogni spazio all'apporto creativo del giudice<sup>649</sup> oltreché delle parti, laddove l'organo giudiziale diviene, nella fase di determinazione dell'indennità<sup>650</sup>, un

---

<sup>645</sup> Qualche dubbio era sorto in ragione del richiamo operato nel comma sesto al regime del quinto comma, che però non sembra sufficiente a superare la chiara indicazione dei criteri contenuta nella norma.

<sup>646</sup> C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pag. 561.

<sup>647</sup> Secondo il classico parametro di delimitazione dell'applicazione dell'art. 18 St. Lav.

<sup>648</sup> Così in base al disposto dell'art. 8 d. lgs. n. 23/2015.

<sup>649</sup> Parla proprio di «ossessione di lasciar al giudice la minor discrezionalità possibile» F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI, a cura di, *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, ADAPT University Press, 2015.

<sup>650</sup> Rimane fermo invero, e altrimenti non potrebbe essere, pena il contrasto con la Costituzione, v. M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a*

mero ragioniere chiamato a compiere un calcolo di tipo aritmetico<sup>651</sup>.

È in tale automatismo, e nell'aumento dell'indennità in modo proporzionale all'anzianità, che si riducono, invero, le c.d. "tutele crescenti", ossia la tipologia contrattuale che nella propaganda che ha accompagnato la riforma del c.d. *Jobs act* sarebbe dovuta divenire la nuova ed unica tipologia contrattuale applicabile a tutti i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore della nuova normativa e caratterizzata dall'aumento progressivo della tutela in relazione alla crescente anzianità di servizio.

Un tale meccanismo, nel quale l'unico elemento rilevante, oltre alla retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, è costituito dall'anzianità di servizio, è stato sin da subito oggetto di critica, in quanto eccessivamente riduttivo rispetto all'interesse del lavoratore, che sarebbe stato nel senso di vedere apprezzati anche ulteriori elementi incidenti sul pregiudizio derivante dal licenziamento<sup>652</sup>. La rigidità nel calcolo dell'indennità è stata inoltre criticata in quanto, essendo nel regime del c.d. *Jobs act* la tutela obbligatoria la tutela principale, l'indennità così determinata, di importo molto basso nel caso di lavoratori con scarsa anzianità, risulta fortemente sproporzionata rispetto alla tutela reale attenuata egualmente prevista in ipotesi di licenziamenti disciplinari ingiustificati<sup>653</sup>.

In effetti il metodo di determinazione dell'indennità previsto dalla norma rappresenta un caso isolato nel panorama normativo generale, nel quale se è vero che esistono criteri di forfettizzazione del risarcimento del danno<sup>654</sup>, per effetto dei quali talora il risarcimento viene differenziato in base a parametri variamente individuati (si pensi al più frequente, costituito dalle percentuali di invalidità, in relazione alle quali viene calcolato l'indennizzo INAIL, ma anche ad ipotesi più classiche, come quella degli interessi

---

*tutele crescenti*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 256/2015, pag. 2, il controllo giudiziale sulle motivazioni poste alla base del licenziamento.

<sup>651</sup> V. FILÌ, *Tutele risarcitoria e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, in E. GHERA, D. GAROFALO, *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel jobs act*, Bari, 2015, pag. 187.

<sup>652</sup> V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, cit., pagg. 135 e segg.; secondo M. MARAZZA, *il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, II, pagg. 326 e segg., ripreso anche da V. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, a cura di, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, Torino, 2015, pag. 145, sarebbe stato utile scindere in una componente fissa ed in una variabile l'indennizzo, proprio per rispettare le esigenze di necessaria personalizzazione in base alle circostanze concrete.

<sup>653</sup> Stante il confine labile tra l'insussistenza materiale del fatto contestato e altre ipotesi M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, cit., pagg. 326-327.

<sup>654</sup> Cfr. G. VILLA, *La forfettizzazione legale del danno contrattuale*, cit., pagg. 111 e segg.

moratori sulle obbligazioni pecuniarie, in cui a ben vedere il meccanismo è il medesimo, essendo essi predeterminati in una misura fissa per ogni giorno di mora<sup>655</sup>), è altrettanto vero che viene fatto salvo, di norma, il diritto di provare il maggior danno o comunque viene concesso un margine di variabilità rispetto alla predeterminazione effettuata in base alla norma. D'altro canto si è visto che il principio di proporzionalità è uno dei principi cardini nell'ambito della responsabilità civile, ed è questo che spiega come il legislatore faccia salva in ogni caso una "via di uscita" consistente, appunto, nella possibilità di uscire dalla forfettizzazione operata a priori.

Ci si può chiedere, allora, se più che alle forme di risarcimento forfettizzato menzionate non sia il caso di ricondurre l'indennità in questione ad altre ipotesi tipiche, tra le quali viene subito da pensare alla clausola penale<sup>656</sup>; il parallelismo tra tale figura e la tutela indennitaria, infatti, non costituisce certo una novità<sup>657</sup>. In entrambe le ipotesi si è in presenza di una predeterminazione rigida del risarcimento del danno, non suscettibile di variazione salvo che questo sia espressamente previsto<sup>658</sup>, e che prescinde dall'accertamento concreto di un danno<sup>659</sup>. La disciplina della clausola penale prevede però un'importante possibilità, consistente nella diminuzione giudiziale secondo equità in caso di manifesta eccessività della penale. L'importanza della previsione risiede non tanto in sé stessa – posto che difficilmente si sentirà la necessità di proporla un'applicazione per analogia per ridurre un'indennità di importo già molto modesto, né si potrebbe facilmente sostenere che l'interesse del lavoratore al mantenimento del posto di lavoro sia sproporzionato rispetto ad essa – ma in quanto attraverso tale previsione sembra realizzarsi il principio di proporzionalità proprio del risarcimento<sup>660</sup>, seppur

---

<sup>655</sup> A. DE CUPIS, *Il danno*, vol. I, cit., pagg. 469 e segg.

<sup>656</sup> In tal senso v. anche M. TREMOLADA, *intervento*, in "La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 e il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti", seminario svoltosi presso l'Università di Padova il 14 dicembre 2018.

<sup>657</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2017, pag. 372; M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., pag. 198; D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, pag. 78; M. D'ANTONA, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 163, seppur arrivando a negare la possibilità di assimilare le figure.

<sup>658</sup> V. art. 1382 co. 1.

<sup>659</sup> Nonché dall'esistenza di un danno, cfr. L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954, vol. III, pag. 481.

<sup>660</sup> Ciò non è però pacifico nemmeno nell'ambito del diritto civile, nel quale la possibilità di incrementare una penale irrisoria è oggetto di discussione, tanto che essa viene concessa dalla giurisprudenza per altra via, ossia attraverso il ricorso alla nullità per frode alla legge individuata nella volontà di aggirare il divieto di patti di esonero della responsabilità ex art. 1229 c.c., cfr. S. MAZZARESE, *Clausola penale, sub art. 1382*, in P. SCHLESINGER, *a cura di, Commentario del codice civile italiano*, Milano, 1999, pag. 613; Cass. 8

declinato in modo differente, posto che l'interesse a cui il giudice deve aver riguardo è quello che il creditore aveva all'adempimento.

Le differenze, tuttavia, sono di non poco conto. Innanzitutto per il titolo, cioè l'accordo tra le parti, che sembra proprio ciò che giustifica la rigidità della penale, essendo questa negoziabile al momento della sottoscrizione del contratto e non predeterminata *ex ante* e da terzi. Inoltre la spettanza della penale è subordinata all'accertamento dell'inadempimento, in tutte le sue forme, comprensivo quindi dell'imputabilità di esso al debitore<sup>661</sup>, ciò che non avviene nell'ambito della tutela obbligatoria. Sembra pertanto difficile assimilare, anche parzialmente, l'indennità in questione alla clausola penale.

#### 5. L'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE E L'ACCERTATO CONTRASTO TRA L'ART. 3 CO. 1, D. LGS. N. 23/2015 E L'ART. 3 DELLA COSTITUZIONE

Proprio le particolari caratteristiche dell'indennità previste dal d. lgs. n. 23/2015, unitamente all'esiguità degli importi disposti a favore dei lavoratori in sua applicazione, hanno condotto la Corte Costituzionale a dichiarare la parziale incostituzionalità della normativa.

La pronuncia, infatti, non si sofferma in modo particolare sui limiti, né minimo, né massimo, della "forbice" prevista dalla disposizione ma censura il meccanismo di predeterminazione automatico e, così facendo, riesce a superare, in via indiretta, il problema costituito dal limite minimo, dal quale il giudice può ora liberamente discostarsi. È stato quindi rilevato, in modo condivisibile, che si tratta di una pronuncia che, abrogando una parte della norma ritenuta fondamentale dal legislatore del c.d. *jobs act*, ha dato vita, nei fatti, ad una nuova norma<sup>662</sup>.

Il ragionamento svolto dalla Corte nello scrutinio di legittimità di tale parte della normativa si sostanzia in due parti: viene rilevato, innanzitutto, come il meccanismo di quantificazione dell'indennità la connota come «rigida, in quanto non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio, e la rende uniforme per tutti i

---

aprile 1998, n. 3641, in *Foro it., Rep.*, 1998, pag. 418.

<sup>661</sup> R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed, Torino, 2016, pag. 1094, secondo i quali altrimenti si risolverebbe in una clausola di assunzione del rischio.

<sup>662</sup> Ciò risulta l'inevitabile risultato di una sentenza di annullamento parziale, cfr. M.V. BALLESTERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *Lav. dir.*, 2019, I, pag. 247; in senso fortemente critico rispetto alla scelta di emettere una sentenza più che manipolativa o additiva "creativa" G. VIDIRI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018: tra certezza del diritto e ordinamento complesso (tanto rumore per nulla)*, in *Lav. dir. eur.*, 2019, I, pagg. 8 e segg.

lavoratori con la stessa anzianità<sup>663</sup>», cosicché essa assume i connotati di una «liquidazione legale forfetizzata e standardizzata», «ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio» e che «non risulta incrementabile, pur volendone fornire la relativa prova»<sup>664</sup>. Tali caratteristiche, afferma la Corte, fanno sì che le modalità di calcolo dell'indennità contrastino con il principio di eguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse.

Il primo aspetto che viene considerato è quindi la lesione del principio di eguaglianza e così dell'art. 3 Cost. nella parte in cui il legislatore ha previsto l'applicazione della stessa tutela per tutti i lavoratori aventi la stessa anzianità di servizio, trattando nello stesso modo situazioni differenziate<sup>665</sup>.

Invero la portata dell'art. 3 della Costituzione non è limitata al precetto di eguaglianza formale, secondo cui non possono essere imposte differenziazioni sulla base del sesso, della razza, della lingua, della religione, di opinioni politiche e di condizioni personali e sociali, ma contiene un altro importantissimo principio, speculare, quello per cui situazioni differenti devono ricevere un trattamento differenziato, pena il realizzarsi, anche in questo caso, della lesione del principio di eguaglianza<sup>666</sup>.

Sulla scorta di queste considerazioni la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha da sempre, ed in tempi recenti in maniera ancor più accentuata<sup>667</sup>, manifestato un netto sfavore verso i c.d. automatismi legislativi, ossia nei confronti delle norme che predeterminano in modo rigido le conseguenze, senza lasciare margini di apprezzamento rispetto alle situazioni concrete, giudicando che tali norme ledano i principi di ragionevolezza<sup>668</sup> e proporzionalità.

Chiamata a verificarne la legittimità costituzionale, invero, la Corte è pervenuta nella quasi totalità dei casi a dichiarare l'incostituzionalità delle norme nella parte in cui queste precludono al giudice di tener conto delle peculiarità del caso concreto anche al fine di

---

<sup>663</sup> Concetto viene ribadito anche nel punto 11 del considerato in diritto.

<sup>664</sup> Punto 10 del *considerato in diritto*.

<sup>665</sup> Punto 11 del *considerato in diritto*; *contra*, nel senso che la discrezionalità del giudice non sembra costituire una scelta obbligata per il legislatore, C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, cit., par. 3.

<sup>666</sup> A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005, pag. 32.

<sup>667</sup> M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, Roma, 2013.

<sup>668</sup> Cfr. Corte cost. 21 marzo 1996, n. 89, in *Not. giur. lav.* 1996, 510, che esplicita come il principio di uguaglianza sia un principio relazionale, la cui applicazione porta ad un giudizio di ragionevolezza della norma.

modulare gli effetti della norma<sup>669</sup>.

Esempi di questi tipi di decisione sono quelli relativi al superamento della rigida imposizione legislativa di limiti di età tra adottando e adottato<sup>670</sup>, i frequentissimi casi in cui è stata dichiarata incostituzionale una disposizione che prevedeva l'applicazione automatica di sanzioni amministrative e disciplinari che non consentissero di verificare il principio di proporzionalità della sanzione all'addebito<sup>671</sup>, ma la casistica risulta molto vasta<sup>672</sup>. Tra le sentenze emesse in tempi più recenti si annovera quella con cui è stata dichiarata incostituzionale<sup>673</sup>, ancora sulla base degli stessi principi, la disposizione dell'art. 92 c.p.c. che prevedeva la possibilità di compensazione delle spese processuali solo in determinate ipotesi e non in presenza di «altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni».

Dalla giurisprudenza riportata si evince la necessità di assicurare un margine di discrezionalità al giudice, necessità che risulta ancor più marcata quando si tratta di risarcimento; si ricordano, infatti, gli insegnamenti contenuti nella giurisprudenza relativa alle tabelle di determinazione del risarcimento dovuto a seguito di sinistri<sup>674</sup>, ma la conferma arriva anche dalla sentenza n. 303/2011. In essa la Corte ritiene sì legittimo il meccanismo di forfettizzazione, predeterminato dal legislatore, ma in quanto la tutela monetaria forfettizzata non è l'unica forma di tutela apprestata dal legislatore, posto che essa si accompagna a quella ben più forte costituita dalla conversione del contratto<sup>675</sup>; sembra quindi che sia proprio questo ciò che salva la legittimità della norma ed il motivo per cui la Corte non ritiene di addentrarsi oltre nel giudizio di costituzionalità.

Se la Corte lo avesse ritenuto, quindi, avrebbe potuto limitarsi a tale rilievo nella motivazione della sentenza e sarebbe probabilmente pervenuta comunque ad un giudizio di illegittimità costituzionale della disposizione, rilevando egualmente il contrasto con l'art. 3 Cost.<sup>676</sup> nella parte in cui l'art. 3, co. 1, sottrae al giudice la discrezionalità nella

---

<sup>669</sup> È interessante notare come spesso in questi casi si pervenga ad una sentenza additiva, che dichiara l'incostituzionalità della norma «nella parte in cui non prevede che...».

<sup>670</sup> Corte cost. 24 luglio 1996, n. 303, in *Giust. civ.* 1996, I, 2175, 3107.

<sup>671</sup> Corte cost. 1 luglio 1993, n. 297, in *Foro it.* 1994, I, 385; Corte cost. 1 giugno 1995, n. 220, in *Giur. cost.* 1995, 1642; Corte cost. 21 gennaio 1999, n. 2, in *Rass. forense* 1999, 435.

<sup>672</sup> Solo per menzionare alcune delle sentenze, C. Cost. 24 settembre 2015, n. 192, in *Foro it.* 2016, 3, I, 739, avente ad oggetto la disposizione che prevedeva la riduzione per un terzo dei compensi ai CTU.

<sup>673</sup> Corte cost. 19 aprile 2018, n. 77, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 3, II, 702.

<sup>674</sup> Cass. 18 luglio 2012, n. 12408, in *www.dejure.it*, e Cass. SS.UU. 11 novembre 2008, cit.

<sup>675</sup> Punto 3.3.1. del *considerato in diritto*.

<sup>676</sup> C. MUSELLA, *Prime considerazioni sulla questione di costituzionalità del Jobs act sollevata dal Tribunale di Roma con ordinanza del 26.7.2017*, in *Lav. dir. eur.*, 2017, I, par. 7; in tema di pene accessorie

determinazione dell'importo dell'indennità<sup>677</sup>.

Ma nella motivazione viene aggiunto dell'altro, e risulta significativa la scelta della Corte di inserire tali affermazioni: si enuncia, infatti, che «è un dato di comune esperienza, ampiamente comprovato dalla casistica giurisprudenziale, che il pregiudizio prodotto, nei vari casi, dal licenziamento ingiustificato dipende da una pluralità di fattori. L'anzianità nel lavoro, certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti»<sup>678</sup>, che «in una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio [...] non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionalità del giudice [...] per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto», che «la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza», mentre «la previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un'indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell'esperienza concreta – diverse» e, passaggio che risulta molto significativo, che «Il legislatore finisce così per tradire la finalità primaria della tutela risarcitoria, che consiste nel prevedere una compensazione adeguata del pregiudizio subito dal lavoratore ingiustamente licenziato».

Tali affermazioni, con le quali si evidenzia l'importanza della funzione dell'indennità di compensazione del pregiudizio subito dal lavoratore derivante dal licenziamento, devono essere lette unitamente alla parte della pronuncia nella quale la Corte riconosce, fugando ogni dubbio, la valenza risarcitoria dell'indennità<sup>679</sup>, ed infatti è probabilmente<sup>680</sup> proprio l'inquadramento dell'indennità all'interno del risarcimento del danno a motivare

---

automatiche C. Cost. 222 del 2018 e C. cost. n. 253 del 2003.

<sup>677</sup> A. TOPO, *Polifunzionalità delle sanzioni per il licenziamento ingiustificato e l'autonomia del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, II, pagg. 624 e segg. inserisce tra gli elementi che segnano il carattere del diritto del lavoro il «potere dell'organo giudicante di determinare in via di principio, tranne specifiche eccezioni, la sanzione per il licenziamento ingiustificato, sanzione caratterizzante della disciplina lavoristica», potere che evidentemente risultava compreso dalla formulazione originaria del d. lgs. n. 23/2015.

<sup>678</sup> *Considerato in diritto* punto 11.

<sup>679</sup> *Considerato in diritto*, punto 10.

<sup>680</sup> *Contra* M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. Dir.*, 2019, II, pag. 298 secondo il quale dalla qualificazione di risarcimento non sembra discendere necessariamente il principio di personalizzazione del danno.



la presa di posizione della Corte<sup>681</sup>.

Enunciati come questi, di indubbia forza, porterebbero quindi a ritenere che la Corte intenda concludere con l'affermare che il giudice, nella determinazione dell'indennizzo, per rispondere all'esigenza di «personalizzazione del danno subito dal lavoratore» debba considerare il pregiudizio concreto subito dal ricorrente<sup>682</sup>, ed invece, in maniera veramente poco comprensibile<sup>683</sup>, la Corte si sofferma sulla normativa in materia di licenziamento nell'ambito della tutela obbligatoria, vecchia e nuova (artt. 8 l. n. 604/1966 e art. 18 St. Lav.), affermando che in questi casi il legislatore ha «sempre valorizzato la molteplicità dei fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento»<sup>684</sup>.

Tale affermazione non risulta affatto condivisibile: è financo superfluo ribadire che i criteri dettati dalle disposizioni di legge menzionate, e sopra analizzati, considerano una moltitudine di fattori, la maggior parte dei quali, tuttavia, prescinde e si discosta totalmente da ciò che caratterizza il pregiudizio subito dal lavoratore<sup>685</sup>. L'introduzione di tali criteri è stata infatti guidata dalla volontà, anche in questo caso, di contemperare i contrapposti interessi delle parti<sup>686</sup>, ed è la Corte stessa a dare atto di ciò laddove afferma che il legislatore abbia inteso, attraverso essi, rispondere all'esigenza di calare nell'organizzazione aziendale la misura risarcitoria<sup>687</sup>.

Detti criteri, pertanto, non risultano idonei a fungere da parametro per il pregiudizio

---

<sup>681</sup> Motivo per cui si sono espressi in senso critico vari autori, tra i quali C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, cit., pagg. 149 e segg., A. TURSI, *Note critiche a Corte Costituzionale n. 194/2018*, cit., pagg. 9 e segg.

<sup>682</sup> *Contra*, A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in corso di pubblicazione in *Treccani – Il libro dell'anno del diritto 2019*, Roma, par. 5, pag. 346, secondo il quale la Corte si è limitata a rilevare l'«irragionevolezza intrinseca» della norma, in quanto essa dispone un trattamento differenziato rispetto a quello apprestato dal legislatore in altre fattispecie che presentano caratteri di analogia con essa (gli artt. 8 l. n. 604/1966 e 18 St. Lav.).

<sup>683</sup> Come sottolineato da M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, cit., pag. 295, secondo il quale «il ragionamento della Corte sembra zoppiare» e, pag. 296 «la conclusione raggiunta convince solo in parte»; anche P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *Lav. dir. eur.*, 2019, I, pag. 5, rileva che sebbene la Corte abbia concluso nel senso che il giudice deve determinare l'indennizzo in modo che risarcisca il danno patito in ciascun caso concreto, successivamente non abbia menzionato alcuno dei possibili motivi di pregiudizio.

<sup>684</sup> *Considerato in diritto*, punto 11.

<sup>685</sup> Come afferma A. TURSI, *Note critiche a Corte Costituzionale n. 194/2018*, cit., pag. 10, «l'indennità da "tutela obbligatoria" segna il punto di massima distanza del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo rispetto alla ordinaria responsabilità da violazione contrattuale».

<sup>686</sup> A. BOSCATI, *I regimi di tutela contro il licenziamento illegittimo*, cit., pag. 301.

<sup>687</sup> *Considerato in diritto* punto 11.

subito dal lavoratore, e così a valorizzare la molteplicità dei fattori che connotano le diverse vicende e da cui origina la diversità del pregiudizio subito dal lavoratore: il pregiudizio subito da un lavoratore dipendente da un'impresa di grandi dimensioni a seguito della perdita di lavoro, infatti, sarà del tutto analogo a quello subito da un dipendente di una piccola azienda. Anzi, com'è stato rilevato, risulterebbe maggiormente lesiva del principio di eguaglianza una differenziazione del risarcimento operata sulla base delle diverse dimensioni dell'attività aziendale e del numero dei dipendenti occupati dall'azienda, a parità di anzianità di servizio<sup>688</sup>.

Emerge, quindi, l'inidoneità dei criteri di legge rispetto al fine di valorizzare il «concreto pregiudizio subito dal lavoratore»<sup>689</sup> ad eccezione di solo due<sup>690</sup> di essi: le condizioni delle parti, ove il parametro sia inteso con riferimento al lavoratore, e, paradossalmente, l'anzianità di servizio, sebbene anche questo sia un parametro che apprezza un dato comune alla generalità dei casi, il maggior pregiudizio subito dal lavoratore con una più alta anzianità di servizio, che però nel caso concreto può rivelarsi non corrispondente alla realtà dei fatti<sup>691</sup>.

Qual è quindi il significato da attribuire alla pronuncia della Corte costituzionale?

Il primo interrogativo a cui occorre dare risposta è quello relativo al valore, vincolante o meno dell'affermazione contenuta nel dispositivo della sentenza. Sulla tipologia di sentenza emessa dalla Corte sono state avanzate due letture contrapposte che vedono da un lato coloro che ritengono si tratti di una sentenza di contenuto meramente ablativo<sup>692</sup>

---

<sup>688</sup> M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, cit., pag. 295; P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, cit., pag. 5, il quale evidenzia che proprio in ragione di ciò il *Conseil constitutionnel* francese, con sentenza del 5.08.2015, ha soppresso la differenziazione dell'indennizzo in base al numero dei dipendenti nella disposizione legislativa che ricalcava il senso del c.d. *Jobs act*.

<sup>689</sup> Il rilievo è diffuso in pressoché tutti i commenti a C. cost. n. 194/2018, cfr. C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, cit., pagg. 149 e segg.; M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, cit., pag. 294; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *Dir. merc. lav.*, 2019, pag. 639.

<sup>690</sup> O meglio, per essere precisi, uno e mezzo, visto che con il criterio delle condizioni delle parti si valutano quelle del datore di lavoro, oltre che del lavoratore.

<sup>691</sup> Condivisibile, infatti, il rilievo di G. FERRARO, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, I, pag. 20 e segg., secondo il quale in molti i casi il licenziamento ingiusto produce maggiori pregiudizi nel lavoratore giovane rispetto a quelli prodotti nel lavoratore con una maggiore anzianità di servizio che può eventualmente fruire della pensione anticipata.

<sup>692</sup> A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, I, pagg. 214 e segg.; M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della*

e dall'altro chi ritiene, invece, che la Corte abbia inteso vincolare l'interprete nella lettura della norma, con una sentenza interpretativa-additiva<sup>693</sup>.

In effetti dal testo della sentenza non risulta semplice evincere quale sia stata la volontà della Corte: nella motivazione, invero, la stessa offre una chiara indicazione al giudice, che dovrà tener conto «innanzi tutto dell'anzianità di servizio [...] nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)», ma nel dispositivo si limita a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».

È proprio la mancata inserzione dei criteri nel dispositivo che porta a ritenere che la Corte abbia inteso offrire un'indicazione all'interprete ma l'abbia fatto senza volerlo vincolare<sup>694</sup>, altrimenti, infatti, non si spiegherebbe la scelta di non inserire il medesimo rimando anche in essa<sup>695</sup>.

Non solo, ma anche l'indicazione offerta non è particolarmente chiara ed è quindi inidonea a fungere da rinvio a determinate norme di legge, laddove la Corte menziona una non meglio definita possibilità di dedurre i criteri «in chiave sistematica dalla

---

*reintegrazione nel posto di lavoro (note a margine della sentenza della CC n. 194/2018, in WP-CSDLE, pag. 15; M.V. BALLESTRERO, La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?, cit., pag. 247; P. SARACINI, Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela, in Dir. lav. merc., 2018, III, pag. 651; C. CESTER, Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?, in Lav. giur., 2019, II, pagg. 153 e segg.*

<sup>693</sup> 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, pagg. 14 e segg.; V. SPEZIALE, La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti, in A. ANDREONI, L. FASSINA, a cura di, La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?, Roma, 2019, pagg. 43 segg.; O. MAZZOTTA, Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti, in Labor, 2018, VI, pag. 5.*

<sup>694</sup> In tal senso anche A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg., secondo il quale si tratta di mere indicazioni interpretative, per quanto autorevoli e M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 15, che afferma che «la Corte non potrebbe, all'evidenza, stabilire in positivo – con pronuncia palesemente additiva – limiti vincolanti alla discrezionalità del giudice»; secondo C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, cit., pagg. 149 e segg., la scelta si pone in linea con l'esaltazione della discrezionalità giudiziale operata dalla Corte.

<sup>695</sup> Secondo M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, cit., pag. 247, infatti, sembra che «la Corte sia stata ben attenta ad evitare una sentenza additiva»

evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti», senza individuare in modo inequivoco determinati criteri e creando pertanto non poche difficoltà nell'interpretazione, posto che, come s'è visto, i parametri utilizzati nelle diverse norme di legge sono tra loro differenti<sup>696</sup>. Inoltre non è chiaro il motivo per cui il rinvio sia stato limitato a solo alcune delle disposizioni legislative che prevedono parametri per il calcolo dell'indennità e sia stato omissivo, in particolare, il rimando ai criteri specificamente dettati dall'art. 18, co. 7, in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, considerato che impugnato nel giudizio *a quo* era proprio tale tipo di licenziamento.

Gli argomenti a favore, invece, della qualificazione della sentenza come additiva vengono rinvenuti nel fatto che anche per le sentenze della Corte costituzionale vige il principio per cui il dispositivo dev'essere letto unitamente alla motivazione, che andrebbe così ad integrare lo stesso<sup>697</sup>; sembra tuttavia che si possa avanzare qualche dubbio sul fatto che tale principio faccia sì che addirittura dal testo della motivazione si possano trarre indicazioni per mutare il valore complessivo della sentenza, trasformando il dispositivo di una sentenza ablativa in quello di una pronuncia additiva.

#### 5.1. IN PARTICOLARE SULLA NECESSITÀ DI PERSONALIZZARE IL RISARCIMENTO DEL DANNO CON RIFERIMENTO AL PREGIUDIZIO SUBITO DAL LAVORATORE

Per capire, quindi, quale lettura attribuire alla pronuncia e quale sia il modo più corretto di quantificare l'indennità, in assenza di un'indicazione vincolante circa i criteri da utilizzare, occorre fare un passo indietro, soffermandosi sull'importanza e sul valore del principio enunciato dalla Corte per cui l'indennità deve compensare il concreto pregiudizio subito dal lavoratore.

Alcuni Autori hanno contestato l'affermazione della Corte, in quanto nella sentenza non sarebbe stata considerata adeguatamente la specificità dell'indennità e del pregiudizio che essa copre<sup>698</sup>, mentre si sarebbero dovuti valorizzare il suo titolo e le sue

---

<sup>696</sup> In tal senso C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, cit., pagg. 149 e segg., che si sofferma in particolare sul differente meccanismo di calcolo in ragione dell'anzianità previsto dall'art. 8 l. n. 604/1966, con l'elevazione automatica del limite massimo, assente invece nelle altre disposizioni di legge. *Contra* M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act"*, e oltre, cit., pag. 15 secondo la quale sono sostanzialmente sovrapponibili.

<sup>697</sup> V. SPEZIALE, relazione presentata al convegno *Le conseguenze del licenziamento illegittimo dopo la sentenza della corte costituzionale*, svoltosi a Roma il 12 novembre 2018.

<sup>698</sup> A. TURSI, *Note critiche a Corte Costituzionale n. 194/2018*, cit., pagg. 7 e segg. sostiene che i criteri di determinazione dell'indennità siano del tutto estranei dai criteri di quantificazione del danno codicistici,

caratteristiche, che la sottraggono all'applicazione degli ordinari principi in tema di risarcimento del danno<sup>699</sup>.

In effetti la sentenza n. 194/2018 costituisce la prima pronuncia in cui la Corte costituzionale si sia espressa chiaramente attribuendo la natura di risarcimento all'indennità dovuta in ipotesi di licenziamento illegittimo, oltretutto la prima occasione in cui sia stato enunciato in relazione ad essa il principio di necessaria compensazione del pregiudizio subito dal lavoratore<sup>700</sup>.

Il principio espresso costituisce però il necessario corollario del riconoscimento del diritto al lavoro come bene tutelato dalla Costituzione, non solo nel momento in cui il rapporto di lavoro sia in atto ma anche nel momento della cessazione, quando questa sia stata causata da un licenziamento privo di giustificazione. Se infatti tale bene deve considerarsi protetto dalla Costituzione, e di questo troviamo da ultimo una forte conferma nella pronuncia n. 194/2018<sup>701</sup>, allora dev'essere garantito al lavoratore, nell'ipotesi di una sua lesione, un risarcimento adeguato, e tale è il risarcimento che miri alla compensazione del danno subito dal lavoratore<sup>702</sup>.

Diversamente opinando, infatti, ci troveremmo dinnanzi ad un diritto costituzionalmente tutelato il cui contenuto risulta però, di fatto, svuotato, non essendo assicurato, nell'eventualità della sua lesione, il ristoro del danno subito dalla vittima, e ciò è sempre stato ritenuto in contrasto con la Costituzione<sup>703</sup>. Invero nella giurisprudenza

---

trattandosi di un bene, quello alla continuità del posto di lavoro, «il cui contenuto e ammontare tendono ad identificarsi, nella prospettiva giuslavoristica, col valore economico del posto di lavoro».

<sup>699</sup> P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, cit., pag. 7, censura la sentenza in quanto non offre una spiegazione del perché non si sono tenuti in considerazione i «molteplici argomenti di ordine macro e micro-economico che militano in senso contrario all'idea della "personalizzazione del danno" e dell'indennizzo come «risarcimento su misura». Anche C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, cit., pagg. 153 e segg. afferma che l'esigenza di personalizzazione si attaglia meglio ai danni alla persona e ai suoi diritti fondamentali che non ai danni di natura essenzialmente patrimoniale, come sono quelli derivanti dalla "perdita" del posto di lavoro.

<sup>700</sup> Anche V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, cit., pag. 58, rileva che mai in precedenza la Corte si fosse espressa per valutare l'adeguatezza dell'importo dell'indennità ai sensi delle norme costituzionali in materia di lavoro.

<sup>701</sup> Come riconosciuto anche da V. SPEZIALE, op. ult. cit., pagg. 51 e segg.

<sup>702</sup> Sebbene, come meglio si vedrà, cfr. capitolo V, par. 3, sia possibile che il legislatore preveda un limite massimo al risarcimento.

<sup>703</sup> V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, VI, pag. 661, parla di una «clausola generale» che impone la risarcibilità di ogni illecito lesivo di un «interesse fondamentale della comunità giuridica». Nello stesso senso A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., pag. 170, che definisce il risarcimento compensativo come «tutela minima».

della Corte costituzionale, come anche in quella di legittimità<sup>704</sup>, si trova cristallizzato il principio secondo il quale dev'essere assicurato al danneggiato il diritto al risarcimento<sup>705</sup> quando ci si trovi al cospetto di diritti di rilevanza costituzionale. Tale principio è stato affermato in particolare con riferimento al danno non patrimoniale<sup>706</sup> derivante, tipicamente, dalla lesione del diritto alla salute, proprio in ragione del valore assegnato dalla Costituzione a tale bene. Si può affermare, quindi, che in relazione ai diritti costituzionalmente garantiti sussiste un diritto al risarcimento in capo al soggetto leso e che tale diritto sussista sempre<sup>707</sup>, dovendosi ritenere illegittime eventuali previsioni legislative<sup>708</sup> che neghino o limitino eccessivamente il risarcimento.

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto, ad ulteriore conferma del fatto che all'indennità dovuta al lavoratore ingiustamente licenziato si applichino i principi propri del risarcimento del danno – con funzione quindi compensativa –, si deve notare che nella sentenza n. 194/18 la Corte, nel valutare l'adeguatezza dell'indennità, richiama nuovamente i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale in merito alla limitazione o forfettizzazione del danno<sup>709</sup>.

Tutto ciò considerato, si può affermare la sussistenza in capo al lavoratore ingiustamente licenziato del diritto ad ottenere un risarcimento del diritto leso, che, nel rispetto dei principi che lo informano<sup>710</sup>, miri alla compensazione del pregiudizio subito per effetto della perdita del posto di lavoro; si ricorda, infatti, che è questa la primaria

---

<sup>704</sup> Corte cost. 18 luglio 1991, n. 356 in *Foro it.* 1992, I, 2340; Corte cost. 11 luglio 2003, n. 223 in *Giur. cost.* 2003, 3; Corte cost. 26 luglio 1979, n. 87 in *Giust. civ.* 1979, III, 123; Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184 in *Foro it.* 1986, I, 2053; Cass. 12 maggio 2003, nn. 7281 e 7282, in *Giust. Civ.* 2004, I, 2377.

<sup>705</sup> Ovviamente si tratta di un diritto che sussiste in tanto in quanto la lesione abbia provocato un danno nel danneggiato.

<sup>706</sup> Si segnala come analoga ricostruzione dei principi in materia sia stata effettuata da M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, cit., pag. 19, secondo la quale, però, un diritto al risarcimento sussiste solo in presenza di danni non patrimoniali; ed infatti il ragionamento dell'Autrice è sviluppato in relazione ai soli c.d. danni ulteriori. La ricostruzione appare però eccessivamente limitante: in primo luogo le sentenze menzionate hanno ad oggetto il risarcimento dei danni non patrimoniali perché era in tale ambito che si poneva il problema della risarcibilità dei diritti violati, in ragione dell'atteggiamento della giurisprudenza che tendeva a ricondurre la lesione del diritto ai soli riflessi patrimoniali (così tutta l'elaborazione giurisprudenziale sul danno alla salute, ricondotto alla lesione risarcibile ex art. 2043 c.c.), in secondo luogo con questa ricostruzione sembra affermarsi che il diritto al lavoro sia da considerare prioritariamente dal punto di vista dei riflessi patrimoniali, ma così non è, stante il forte coinvolgimento della persona nel rapporto.

<sup>707</sup> Dato che si tratta, appunto, di risarcimento, esso comunque spetta solo in tanto in quanto la lesione produca un danno nel danneggiato.

<sup>708</sup> Cfr. in particolare Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, cit.

<sup>709</sup> Cfr. *Considerato in diritto*, punto n. 12.1.

<sup>710</sup> Cfr. cap. II, par. 3.



funzione svolta dal risarcimento, mentre l'attribuzione di altre, ulteriori, funzioni costituisce un'eccezione.

A tali affermazioni si potrebbe obiettare facilmente che analoghe considerazioni potevano essere svolte da più di quarant'anni con riferimento alla tutela obbligatoria di cui alla legge n. 604/1966, nonché, in tempi più recenti, a proposito dell'art. 18, co. 5 e 6 St. Lav. Ciò corrisponde sicuramente al vero, ed infatti la dottrina espressasi in riferimento all'art. 8 l. n. 604/1966 è stata critica nel valutare l'adeguatezza della tutela, tanto che dubbi di compatibilità costituzionale rispetto alla scelta legislativa di comprimere il pregiudizio subito dal lavoratore sono stati avanzati da più di qualche autore, dubbi che si sono tentati di superare ora valorizzando la possibilità di richiedere il risarcimento del danno ulteriore<sup>711</sup>, ora valorizzando la funzione sanzionatoria<sup>712</sup>, in luogo di quella risarcitoria, dell'indennità, ora affermando che la scelta rientri tra quelle spettanti al legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità<sup>713</sup>. Sul punto, comunque, si tornerà in seguito, e nulla vieta di pensare che la Corte sia stata mossa anche da simili considerazioni, e abbia limitato l'oggetto della propria censura anche al fine di evitare che fosse travolto il meccanismo previsto dalla legislazione speciale precedente, con una scelta per certi versi simile a quella che sembra aver guidato la pronuncia nella parte in cui dichiara la legittimità del differente trattamento tra vecchi e nuovi assunti.

Per dare una risposta alle problematiche relative all'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 sembra però sufficiente rilevare che si tratta di una tutela che, per come sono delineati i regimi di tutela contenuti nel c.d. *Jobs act*<sup>714</sup>, risulta quella "standard", ossia quella comunemente applicabile in caso di licenziamento<sup>715</sup>, ed è proprio questo che segna il punto di distacco rispetto alle precedenti elaborazioni giurisprudenziali e giustifica vieppiù l'esigenza di una tutela effettiva del lavoratore<sup>716</sup>.

Rimane, tuttavia, l'indicazione della Corte riferita ai criteri di cui all'art. 8 l. n.

---

<sup>711</sup> M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., pagg. 198 e segg., M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla natura dei limiti obiettivi al licenziamento e sulla responsabilità del datore in caso di recesso ingiustificato*, cit. pag. 213.

<sup>712</sup> M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., pagg. 9 e segg.

<sup>713</sup> G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pag. 54.

<sup>714</sup> Non è nemmeno un caso la scelta legislativa di collocare nel primo comma dell'art. 3 la tutela obbligatoria e di presentare quella reale attenuta come eccezione alla regola, applicabile «esclusivamente nelle ipotesi...».

<sup>715</sup> Come nota la Corte, *Considerando in diritto*, punto n. 12

<sup>716</sup> M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, cit., pag. 259, secondo la quale se la sostituzione della tutela reale è possibile ciò richiede quantomeno che si dia luogo ad una tutela realmente per equivalente.



604/1966 e all'art. 18, co. 5, St. Lav., che, seppur non vincolante, è comunque contenuta nella pronuncia, con il valore che ne discende, derivante dall'autorevolezza dell'organo giudicante, e l'inevitabile necessità di confrontarsi con essa.

Le possibilità, pertanto, sono due: o si attribuisce valore primario all'indicazione della Corte e quindi nella determinazione dell'indennità si ritengono utilizzabili tutti i criteri di legge, senza valorizzare adeguatamente la funzione di compensazione del pregiudizio subito dal lavoratore, posto che i diversi criteri, che attengono a fattori anche del tutto estranei al danno subito dal lavoratore, vengono usualmente considerati sullo stesso piano<sup>717</sup>, o, al contrario, si attribuisce valore preponderante al fatto che l'indennità abbia valore di risarcimento, e miri quindi a compensare il danno: il giudice, in tale ipotesi, risulterebbe quindi libero di apprezzare tutti gli elementi a sua disposizione applicando la regola contenuta nell'art. 1223 c.c.; in questo caso, comunque, l'utilizzo dei criteri di legge, o quantomeno, come si vedrà, di quelli, tra di essi, idonei a parametrare il danno, risulterebbe possibile, anche se non necessitato, qualora il giudice ritenesse di attingervi<sup>718</sup>.

Mi pare che la soluzione preferibile, alla luce di quanto sino a questo momento esposto, sia quest'ultima, sebbene sembri che la dottrina maggioritaria e le prime pronunce di merito<sup>719</sup> emesse a seguito della sentenza della Corte costituzionale si stiano assestando verso la prima soluzione. A favore di tale impostazione, o per meglio dire a sfavore dell'applicabilità diretta dei criteri di legge, si può inoltre portare un'ulteriore argomentazione, connesse alla natura di detti criteri: se ad essi, infatti, ad eccezione di quelli attinenti direttamente al pregiudizio subito dal lavoratore, viene attribuita una

---

<sup>717</sup> M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, cit., pag. 12.

<sup>718</sup> M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale*, cit., pag. 14 ritiene che essi possano essere utilizzati quando il giudice ritiene di quantificare l'importo dell'indennità risarcitoria in via equitativa.

<sup>719</sup> Così Trib. Alessandria, 29 novembre 2018, n.282, nella quale vengono considerati i soli elementi della gravità del comportamento del lavoratore e delle ridotte dimensioni del datore di lavoro, nonché l'anzianità del lavoratore; Trib. Foggia, 21 marzo 2019, n.1625, Trib. Rieti 21 marzo 2019, n.108 e Trib. Roma, 23 novembre 2018, n.9079 nelle quali si considera solo l'anzianità di servizio, specificando anzi, nell'ultima pronuncia, che non possono essere addossate al datore di lavoro le conseguenze dello stato di disoccupazione del lavoratore; Trib. Pesaro, 15 marzo 2019, in cui si considera l'anzianità di servizio e le ridotte dimensioni del datore di lavoro; Trib. Sassari, 29 gennaio 2019, n. 14; Trib. Roma, 06 febbraio 2019, n. 1131; Trib. Roma, 20 febbraio 2019, n. 1667, tutte in *www.dejure.it*, nelle quali l'indennità si determina sulla base dell'anzianità di servizio, delle ridotte dimensioni dell'impresa e del comportamento del datore di lavoro e Trib. Velletri, 26 marzo 2019, n. 520, in *www.dejure.it*, in cui si dichiara di fare applicazione dell'art. 8 l. n. 604/1966 ma senza altro specificare.

funzione sanzionatoria, si devono ritenere applicabili i principi che regolano il risarcimento del danno, per cui altre funzioni di esso, diverse da quella compensativa, costituiscono un'eccezione che, come tale, deve trovare quantomeno un espresso riferimento normativo.

Le Sezioni Unite, invero, hanno chiarito, sottolineando ciò che già si doveva desumere dai principi dell'ordinamento<sup>720</sup>, che le prestazioni patrimoniali imposte a titolo differente dalla compensazione del danno risarcibile secondo i principi ordinari debbano necessariamente essere sorrette da un'esplicita previsione normativa, in quanto solo in questo modo si rispetterebbero i principi di cui agli artt. 23, 24 e 25 della Costituzione e di cui all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione<sup>721</sup>. Non sembrano poter sussistere dubbi sul fatto che tali principi trovino applicazione anche nell'ambito del diritto del lavoro e della disciplina dei licenziamenti, sia perché si tratta di principi di derivazione costituzionale, che in considerazione del fatto che le Sezioni Unite hanno analizzato nel loro pronunciamento ipotesi indistintamente provenienti dal diritto civile o dal diritto del lavoro, anche relative ai licenziamenti; da ciò si può desumere che tali previsioni possano essere latamente assimilate, almeno sotto questo punto di vista, con la prima conseguenza di ritenere applicabili anche alle ipotesi di risarcimento previste nella legislazione lavoristica i medesimi principi.

Rispettando le chiarissime indicazioni fornite dalle Sezioni Unite della Cassazione, non è allora possibile ipotizzare l'applicazione dei criteri di legge che abbiano una valenza anche latamente sanzionatoria, o che comunque prevedano l'imposizione di una prestazione differente dal risarcimento compensativo, in assenza di una normativa che ciò espressamente preveda; posto che all'esito dell'intervento della Corte Costituzionale non risulta che l'attuale formulazione dell'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 contenga una simile indicazione, deve ritenersi che, in assenza del necessario referente normativo, non possa essere imposta una prestazione avente carattere sanzionatorio, limite che invece non opera per il risarcimento con funzione compensativa, dovuto in base alle norme codicistiche.

Nel silenzio della norma, siccome incisa dal giudizio di costituzionalità, circa i criteri

---

<sup>720</sup> Cfr. quanto affermato da A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, cit., pag. 1793, secondo il quale non serviva nemmeno il referente costituzionale menzionato dalle Sezioni Unite, in quanto è un principio generale quello secondo cui ogni misura a carattere afflittivo debba essere sorretta da una fonte legale o convenzionale.

<sup>721</sup> «Ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost., che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario», punto 6 del *Considerato in diritto*.

da utilizzare, pertanto, risulta che possano trovare apprezzamento solo quelli idonei a parametrare il risarcimento sul pregiudizio sofferto dal lavoratore.

È inoltre la stessa eccezionalità della previsione contenuta negli artt. 8, l. n. 604/1966 e 18 St. Lav. rispetto ai principi che informano il risarcimento del danno che porta ad escludere la possibilità di ricorrere ad un'interpretazione analogica<sup>722</sup>.

In senso contrario a quanto si prospetta è stato affermato che i criteri contenuti nell'art. 8 l. n. 604/1966 hanno già superato il vaglio di legittimità, in quanto la Corte Costituzionale<sup>723</sup> con la pronuncia n. 303/2011 ha ritenuto legittimi i criteri posti dall'art. 32 l. n. 183/2010 nella determinazione dell'indennità dovuta al lavoratore assunto con contratto a termine concluso in assenza dei presupposti. Ciò, tuttavia, non sembra sufficiente, in quanto valgono anche in questo caso le considerazioni già svolte a proposito della menzionata pronuncia, segnatamente relative al fatto che in essa sia stata attribuita una forte valenza alla tutela costituita dalla conversione del contratto. Conseguentemente non è possibile desumere da detta pronuncia un principio generale per cui il risarcimento previsto dall'art. 32 l. n. 183/2010 (e quindi i criteri di cui all'art. 8 l. n. 604/1966) debba ritenersi espressione di un risarcimento adeguato, ed infatti, trattandosi di una tutela accessoria, la Corte non ha nemmeno ritenuto di soffermarsi sulla natura di tale indennità, se non ove afferma che alcune sue particolari caratteristiche fanno sì che vada ad essa attribuita natura sanzionatoria<sup>724</sup>. Inoltre, in tal caso, la presenza di un'espressa previsione legislativa determinava la legittimità della previsione sanzionatoria.

Quanto esposto sino ad ora si fonda sul presupposto che la Corte non abbia fornito indicazioni vincolanti all'interprete; tuttavia le considerazioni svolte in ordine alla necessità di valorizzare la primaria funzione compensativa del risarcimento non perderebbero fondamento anche qualora la giurisprudenza finisse per aderire alla diversa interpretazione della sentenza della Corte costituzionale: in tal caso per assicurare il rispetto di tali principi potrebbe essere attribuito un maggior rilievo ai criteri, come l'anzianità e le condizioni delle parti, ove riferito al lavoratore, che offrono la possibilità di parametrare l'indennità sul pregiudizio subito dallo stesso.

Peraltro in tal caso, ove si leggesse l'intervento della Corte come una sentenza

---

<sup>722</sup> Cfr. art. 14 preleggi.

<sup>723</sup> V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, cit., pag. 66.

<sup>724</sup> Cfr. *Considerato in diritto* punto n. 3.3.1. in riferimento alla mancata detrazione dell'*aliunde perceptum*.

additiva, sempre alla luce dei principi esposti contenuti nella pronuncia n. 16601/2017 si potrebbero avanzare dei dubbi sulla legittimità della scelta di sostituirsi al legislatore ed individuare nuove ipotesi di risarcimento con funzione sanzionatoria, posto che anche la Corte costituzionale è un organo giudiziale, seppur investito dell'importantissima funzione di giudicare della legittimità delle leggi, ed è quindi soggetto agli stessi divieti vigenti per gli altri organi giudiziali<sup>725</sup>.

Sembrano sussistere quindi seri argomenti a favore dell'applicazione dei principi generali sulla quantificazione dell'indennità, che si ritiene debba essere quindi calcolata considerando il pregiudizio subito dal lavoratore, il danno emergente, che non può che consistere nelle retribuzioni che questo perde per effetto del licenziamento<sup>726</sup> che, pur illegittimo, estingue il rapporto. Posto che però il giudice dovrà valutare l'entità dell'indennità conoscendo la realtà dei fatti in un momento non troppo distante dal licenziamento, è comprensibile che dovrà essere operata una valutazione di tipo presuntivo sul pregiudizio che effettivamente subisce il lavoratore<sup>727</sup>. Possono, quindi, soccorrere altri elementi che risultino utili per valutare l'entità del pregiudizio subito dal lavoratore.

Sicuramente risulterà adatto a tal fine il criterio dell'anzianità di servizio, che rimane uno di quelli idonei a parametrare l'entità del danno, anche se l'insegnamento della Corte costituzionale porta a relativizzare la sua importanza. Ci si è chiesti, considerato l'utilizzo da parte della Corte dell'avverbio "innanzitutto" se a tale criterio debba tutt'ora essere assegnata una valenza prioritaria<sup>728</sup>; la risposta pare dover essere negativa<sup>729</sup>, anche

---

<sup>725</sup> In tal senso M. PERSIANI, *la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes* in *Arg. dir. lav.*, 2019, II, pag. 130.

<sup>726</sup> M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 15; P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, cit., pag. 655, che però apprezza tale dato solo ai fini della valutazione di adeguatezza del tetto massimo; A. TURSI, *Note critiche a Corte Costituzionale n. 194/2018*, cit., pag. 10, nt. 31 compie un'accurata disamina delle situazioni paragonabili a quella del licenziamento e del tipo di tutela che il diritto civile appresta in tali casi.

<sup>727</sup> Sulla necessità di utilizzare criteri di tipo presuntivo, definiti dall'A. indiziari, nella liquidazione di danni futuri, in particolar modo ove si tratti della prova dell'entità dei futuri guadagni, della retribuzione di lavoro persa, cfr. A. DE CUPIS, *Il danno*, vol. I, cit., pagg. 578 e segg.

<sup>728</sup> G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della corte costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, I, pagg. 197 e segg.

<sup>729</sup> Parlano di priorità in senso logico più che di importanza P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, cit., pag. 653; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act"*, cit.,

perché altrimenti la Corte rischierebbe di entrare in contraddizione con sé stessa<sup>730</sup>, avendo negato nel resto della motivazione l'idoneità di tale criterio, in sé considerato, a parametrare il pregiudizio del lavoratore; una spiegazione della scelta di considerare detto criterio in modo distinto rispetto agli altri di legge sembra rinvenibile piuttosto sia nel fatto che esso sia previsto dalla legge delega<sup>731</sup>, che non è stata incisa dalla dichiarazione di incostituzionalità, sia nel fatto che era previsto, come sappiamo con una rilevanza assoluta, dall'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015.

Risultano pertanto prive di fondamento le interpretazioni che vorrebbero porre l'importo dell'indennità come una base di partenza rispetto alla quale sia possibile operare in senso migliorativo apprezzando gli altri fattori<sup>732</sup>.

Ciò comunque non toglie che nei fatti, nell'operazione di quantificazione dell'indennità, detto criterio presumibilmente continuerà ad essere largamente utilizzato, così com'è sempre stato fatto in ragione dei suoi pregi<sup>733</sup>, essendo esso di comodo utilizzo e permettendo, inoltre, di considerare un dato oggettivo e facilmente accertabile; si deve tuttavia ritenere che gli altri fattori, qualora dimostrati, debbano essere considerati sullo stesso piano.

Tornando all'individuazione dei possibili elementi presuntivi idonei a descrivere il pregiudizio subito, ed apprezzabili quindi unitamente all'anzianità di servizio, si potrebbe pensare di attribuire rilevanza a fattori come l'età del lavoratore<sup>734</sup>, la sua professionalità, nel senso di valutare la richiesta di altre occupazioni nelle quali possa essere impiegata la medesima professionalità, in genere le condizioni del mercato del lavoro nel quale lo

---

pag. 15; in senso negativo altresì F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2019, II, pag. 275.

<sup>730</sup> Come rilevato anche da G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della corte costituzionale*, cit., pagg. 197 e segg., che, ritenendo che la Corte assegni una valenza prioritaria all'anzianità di servizio qualifica questo come uno dei "paradossi" della sentenza.

<sup>731</sup> C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, cit., pagg. 153 e segg.

<sup>732</sup> Così S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, 378/2018, pag. 3, A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo Corte cost. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, I, pagg. 228 e segg.; M. PALLINI, *Intervento*, in A. ANDREONI, L. FASSINA, a cura di, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, cit., pag. 174.

<sup>733</sup> Di questo dà atto A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg.

<sup>734</sup> Sebbene non sia sempre certo che anche oggi l'età più avanzata costituisca un ostacolo alla rioccupazione, v. C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, cit., pagg. 153 e segg.

stesso opera, i carichi di famiglia, la quantità e qualità dell'assistenza di cui essa può disporre nella ricerca di una nuova occupazione, l'entità del sostegno del reddito assicurato e comunque delle tutele previdenziali di cui il lavoratore può godere durante il periodo di disoccupazione<sup>735</sup>, inoltre potrebbero essere valorizzate condizioni soggettive costituite da eventuali menomazioni fisiche/malattie del lavoratore, che possano incidere sulle possibilità di reperire una nuova occupazione<sup>736</sup> criteri sui quali, in parte, ci si è già soffermati in quanto sussunti sotto i criteri di legge, ed in specie sotto quello delle condizioni delle parti.

Sull'applicazione di questi criteri sono state tuttavia sollevate alcune critiche, così, in riferimento al fattore costituito dalle condizioni del mercato locale è stato osservato che si darebbe luogo ad una «inopportuna regionalizzazione del meccanismo sanzionatorio»<sup>737</sup>, con la conseguenza di aumentare il *severance cost* in alcune regioni rispetto ad altre, rischiando, così facendo, di diminuire gli investimenti e le possibilità di assunzione proprio nelle regioni più bisognose<sup>738</sup>. Analoghi rilievi sono stati effettuati, inoltre, a proposito del criterio dei carichi di famiglia, in quanto esso ugualmente ridurrebbe le possibilità di assunzione dei lavoratori con maggiori carichi di famiglia e, in ogni caso, comporterebbe la trasformazione dell'indennità in una prestazione di tipo assistenziale<sup>739</sup>.

Inoltre è stato censurato proprio l'eccesso di discrezionalità di cui godrebbe il giudice nel valutare nel caso concreto fattori quali le condizioni del mercato del lavoro o comunque ciò che rientra nel vasto parametro delle "condizioni delle parti", in quanto

---

<sup>735</sup> A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg.; P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, cit., pag. 5, il quale menziona anche altri criteri che si possono però considerare più lontani dalla finalità compensativa, quali l'ampiezza della disponibilità del lavoratore ad accettare occasioni di lavoro diversa da quella perduta.

<sup>736</sup> Cass. 23 novembre 1987, n. 8646, in *Giust. civ. mass.* 1987, 11.

<sup>737</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, cit., pag. 640.

<sup>738</sup> P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, cit., pag. 6.

<sup>739</sup> C. ROMEO, *Licenziamento illegittimo - La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità per il licenziamento illegittimo*, in *Giur. It.*, 2018, 12, pagg. 2710 segg.; A. MINERVINI, *Dalla prevedibilità dell'indennità risarcitoria alla personalizzazione del risarcimento del danno al lavoratore secondo la Corte Costituzionale*, in *Working paper, Adapt University press*, 2019, pag. 15.

caratteristiche difficilmente accertabili in modo oggettivo<sup>740</sup>. Tali osservazioni sono parzialmente condivisibili, ma costituiscono delle valutazioni di opportunità, che quindi difficilmente possono portare a superare la logica risarcitoria di cui sono espressione i menzionati criteri; inoltre non va dimenticato che i parametri enucleati andrebbero considerati in maniera combinata tra loro, per cui risulta difficile pensare che l'esistenza di un singolo fattore possa assumere un peso tale da influenzare la scelta datoriale di assumere un lavoratore piuttosto che un altro.

Ancora, possono costituire oggetto dell'apprezzamento del giudice per valutare la misura del pregiudizio subito dal lavoratore altri fattori riscontrabili nel caso concreto che incidono sul danno subito per effetto del licenziamento: tra questi si ritiene che possano venire in rilievo il danno derivante dalla necessità di ricorrere a mutui o il danno connesso ad un eventuale sfratto subito dal lavoratore non più in grado di fronteggiare il pagamento del canone, come danni patrimoniali connessi al licenziamento.

Inoltre non sembrano esservi ragioni per escludere la possibilità di valorizzare l'eventuale danno subito dal lavoratore attinente alla sfera non patrimoniale, danno derivante dall'illegittimo licenziamento che, in quanto tale, abbia leso la sua salute o abbia causato un danno di tipo relazionale od esistenziale, nei limiti, però, in cui sia provato. Invero recuperando una logica risarcitoria, sebbene con le limitazioni costituite dal tetto massimo posto dalla norma, non v'è motivo di ritenere che un tale danno sia escluso: il carattere onnicomprensivo dell'indennità, esplicitato nel testo dell'art. 18 St. Lav. ma chiaramente presente, anche se non menzionato, nel d. lgs. n. 23/2015, pena il privar di effetti il meccanismo rigido di (pre)determinazione dell'indennità<sup>741</sup>, infatti, ha il significato di escludere la richiesta di ulteriori danni, diversi da quelli determinabili attraverso i parametri di legge, e far sì che la quantificazione forfettizzata esaurisca l'intero risarcimento derivante dall'illegittimo licenziamento. Se però la questione si sposta sul modo in cui l'indennità dev'essere calcolata, e quindi sugli elementi che debbono essere valutati nella quantifica-

---

<sup>740</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, cit., pag. 640; G. VIDIRI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018: tra certezza del diritto e ordinamento complesso (tanto rumore per nulla)*, cit., pag. 13.

<sup>741</sup> Come afferma la stessa C. cost., punto 10 del considerato in diritto.



zione del danno da risarcire, in un'ottica, come si è visto, di ristoro del danno effettivamente sofferto dal lavoratore, non sembra fuori luogo ipotizzare l'ingresso anche di tali voci di danno<sup>742</sup>.

Quanto alla prova dell'esistenza di tali pregiudizi, non c'è motivo per non ritenere applicabili le regole ordinarie, per cui onerato dalla prova sarà il soggetto che ha interesse a far valere la circostanza<sup>743</sup> e quindi il lavoratore fintantoché si tratti di circostanze ad esso favorevoli, con il possibile temperamento costituito dall'utilizzo di presunzioni o del ricorso al fatto notorio<sup>744</sup>.

Ulteriore problematica derivante dal recupero della logica risarcitoria compensativa è quella relativa all'applicabilità anche a tale indennità delle detrazioni dell'*aliunde perceptum* e dell'*aliunde percipiendum*, detrazione che nel regime di tutela reale viene storicamente giustificata proprio come applicazione dei principi civilistici<sup>745</sup>. La risposta a tale interrogativo sembra dover essere negativa, quantomeno con riferimento all'*aliunde perceptum*, in base al rilievo per cui ci si trova dinnanzi ad un licenziamento sì illegittimo ma, ciononostante, idoneo ad estinguere il rapporto<sup>746</sup>. Proprio l'idoneità del licenziamento ad estinguere il rapporto fa sì che non possa essere portato in detrazione rispetto al risarcimento spettante al lavoratore quanto egli abbia percepito impiegando le proprie energie lavorative, essendo queste rimaste libere dal momento e per effetto del licenziamento, senza che la pronuncia giudiziale abbia un'efficacia ripristinatoria del rapporto di lavoro.

---

<sup>742</sup> In tal senso G. ZILIO GRANDI, *Le tutele contro i licenziamenti illegittimi*, relazione al Convegno "Le tutele contro i licenziamenti illegittimi", Benevento, 1 febbraio 2019. *Contra*, facendo salva solo la possibilità di risarcire il danno ulteriore derivante da un titolo diverso, come quello da reato, C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, cit., pagg. 153 e segg. e M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, cit., pagg. 18 e segg., secondo la quale rimangono risarcibili i danni derivanti da licenziamento ingiurioso.

<sup>743</sup> In applicazione del principio di cui all'art. 2697 c.c., cfr. F. ROSELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018. Tra discrezionalità del legislatore e principio di ragionevolezza*, in *Lav. dir. eur.*, 2019, I, pag. 8 e M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale*, cit., pag. 15.

<sup>744</sup> F. ROSELLI e M. DE LUCA, op. loc. ult. cit.

<sup>745</sup> Cfr. *ex multis* V. VALENTINI, *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, cit., pagg. 458 e segg.

<sup>746</sup> F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, cit., pag. 276; in senso dubitativo A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg.

Tuttavia il reperimento di una nuova occupazione che si ponga in una posizione di equivalenza rispetto a quella persa, e che pertanto garantisca al lavoratore le stesse condizioni e l'esercizio della medesima professionalità, assume una rilevanza nella determinazione del risarcimento, posto che il danno prodotto dal licenziamento ingiustificato sussiste in tanto e in quanto il licenziamento determini degli effetti pregiudizievoli sul lavoratore, che di norma cessano nel momento in cui questi reperisce una nuova occupazione. È allora in questo senso che sembra ipotizzabile che la nuova occupazione possa essere apprezzata nella determinazione dell'indennità<sup>747</sup>, non quindi con un calcolo aritmetico in cui vengono scomutate dall'indennità le retribuzioni percepite, analogamente a quanto avviene nella determinazione dell'*aliunde perceptum*, ma come un dato che il giudice può considerare<sup>748</sup>.

Sembra invece che possa trovare spazio nella determinazione dell'indennità l'*aliunde percipiendum*<sup>749</sup>: l'impegno profuso dal lavoratore nella ricerca di una nuova occupazione risulta già contemplato in maniera esplicita dal legislatore nell'art. 18, co. 7, e comunque anche in precedenza si riteneva costituisca un criterio idoneo a parametrare il risarcimento spettante al lavoratore, valutato tramite il criterio del "comportamento delle parti", considerando l'eventuale aggravamento del danno cagionato dal suo comportamento.

Un'ultima questione ha ad oggetto la possibilità di utilizzare la valutazione della gravità del comportamento del datore di lavoro, il grado di illiceità del licenziamento, per parametrare il valore del risarcimento<sup>750</sup>. Tale soluzione avrebbe il pregio di rispondere all'esigenza di minimizzare l'effetto dei non pochi problemi nascenti dalle sempre più rigide previsioni legislative che delimitano l'applicazione della tutela reale ai soli casi di insussistenza del fatto, variamente declinati, prevedendo invece, per i licenziamenti

---

<sup>747</sup> Questo peraltro è un dato già acquisito dalla giurisprudenza, che riconduce al parametro delle condizioni delle parti lo sfruttamento di altre occasioni di lavoro, v. Cass. Tribunale Roma 19 ottobre 2017, n. 8562 e, in tema di risarcimento del danno derivante da illegittima apposizione del termine, Cass. 31 gennaio 2018, n. 2442; Cass. 1 giugno 2017, n. 13898, tutte in *www.dejure.it*.

<sup>748</sup> C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, cit., pagg. 153 e segg.

<sup>749</sup> A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg.; P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, cit., pag. 5.

<sup>750</sup> M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 14 che connette l'applicazione di tale criterio alla funzione dissuasiva richiamata dalla Corte nella pronuncia.

esclusi da tale area, una tutela fortemente deteriore e non declinata in considerazione della gravità dell'illecito datoriale<sup>751</sup>.

Tuttavia se appare apprezzabile l'obiettivo di ridurre una disparità di trattamento tra i lavoratori che risulta fortemente marcata in ragione dell'applicazione di un criterio, appunto quello dell'insussistenza del fatto, molto labile, si deve però rilevare che l'utilizzo del criterio della gravità del fatto risulta estraneo alla logica risarcitoria che dovrebbe permeare l'indennità.

Invero tale criterio permette di apprezzare un dato che, in sé, non determina un maggiore o minore pregiudizio nel lavoratore destinatario del licenziamento: non serve ribadire che il danno subito dallo stesso consiste sempre ed egualmente nelle conseguenze della perdita del posto di lavoro, e che il datore di lavoro si sia scostato in modo più o meno marcato dalle previsioni legali che pongono le causali per il licenziamento risulta del tutto ininfluenza per valutare l'entità della lesione del diritto del lavoratore; la valenza di tale aspetto, pertanto, si deve ritenere propria esclusivamente di una sistema di tipo sanzionatorio<sup>752</sup>.

Inoltre anche in questo caso, se ci si rifà all'insegnamento delle Sezioni Unite contenuto nella pronuncia n. 16601/2017, si deve escludere la possibilità di procedere all'applicazione di una misura sanzionatoria in assenza di una previsione di legge. L'applicazione del criterio della gravità del comportamento datoriale, pertanto, non sembra poter trovare applicazione nemmeno in un eventuale giudizio di tipo equitativo nel quale il giudice si appoggiasse ai criteri di legge nella determinazione dell'indennità<sup>753</sup>, posto che, com'è stato efficacemente sottolineato<sup>754</sup>, non si può ritenere che il giudizio secondo

---

<sup>751</sup> Ed invero C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, cit., pagg. 153 e segg., esclude tale possibilità proprio in quanto ritiene che la valutazione della gravità del vizio da cui il licenziamento è affetto sia già stata operata a monte dal legislatore, con la collocazione in uno dei quattro livelli sanzionatori.

<sup>752</sup> In tal senso V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, di prossima pubblicazione in *Riv. giur. lav.*, pag. 66. Il disvalore espresso dal danneggiante con il proprio comportamento è, infatti, uno dei criteri tipicamente utilizzati nella determinazione del risarcimento punitivo.

<sup>753</sup> Secondo quanto prospettato da M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., pag. 14.

<sup>754</sup> C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziavivile.com*, 2018, I, pag. 4.

equità possa costituire un modo per lasciar spazio, in assenza di una previsione normativa<sup>755</sup>, al giudizio sulla gravità del comportamento del danneggiante o ad altre forme di risarcimento finalizzate a sanzionare il danneggiante.

A ben vedere, peraltro, risulta dubbio che anche il criterio del comportamento delle parti contenuto nelle diverse norme di legge, così com'è formulato, sia idoneo a fornire la copertura legislativa richiesta per le domande di risarcimento punitivo; invero dalle indicazioni contenute nella sentenza menzionata si evince la necessità di una previsione specifica, funzionale a consentire al danneggiante la conoscenza anticipata della possibilità di vedersi applicata una sanzione. Sembra difficile considerare tale anche la generica previsione riferita al comportamento delle parti che, come si evince dall'interpretazione che è stata fornita di essa da dottrina e giurisprudenza, è idonea a comprendere una serie di aspetti, e non rimanda in modo univoco alla gravità del vizio che inficia il licenziamento.

#### 6. IL GIUDIZIO DI (IR)RAGIONEVOLEZZA DELLA PREVISIONE SOTTO IL PROFILO DELL'ADEGUATEZZA

Ulteriore giudizio a cui la Corte sottopone la norma censurata è quello di ragionevolezza, avente ad oggetto l'adeguatezza<sup>756</sup> dell'indennità sia a consentire il «ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore» – e qui riemerge nuovamente il profilo su cui ci si è ampiamente soffermati – sia a costituire una forma di dissuasione del datore di lavoro a licenziare illegittimamente.

L'adeguatezza del risarcimento è un limite, come ricorda la Corte, che dev'essere necessariamente rispettato quando il legislatore imponga una forfettizzazione del risarcimento, e non vi sono dubbi che l'indennità prevista dall'art. 3, co. 1, costituisca una forma, peraltro molto marcata, giacché non è possibile la variazione in aumento, né è consentita la valutazione di ulteriori fattori di danno, di forfettizzazione del risarcimento.

A parere della Corte, quindi, risulta che l'indennità, calcolata con i criteri previsti dalla norma, sia palesemente inadeguata nei casi di anzianità di servizio più bassa: invero in

---

<sup>755</sup> Ed invero nei casi in cui si è voluta attribuire la facoltà di utilizzare questo criterio nell'ambito della valutazione equitativa questo è stato previsto espressamente, come avvenuto nell'art. 187-undecies T.U.F.

<sup>756</sup> Come ricorda M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, cit., pag. 16, «il parametro dell'«adeguatezza» esprime, con parole più adatte alla valutazione della congruità di una somma monetaria, il principio di «ragionevolezza» che costituisce il criterio generale di bilanciamento fra principi costituzionali».

tali situazioni l'importo dell'indennità si attesta o sul limite minimo o comunque nell'equivalente di poche mensilità di retribuzione. Proprio l'esiguità dell'importo conduce quindi la Corte ad affermare che in questi casi non sia stato realizzato un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto ma che, evidentemente, sia stato considerato prioritario quello del datore di lavoro alla prevedibilità ed al contenimento dei costi<sup>757</sup> con un eccessivo sacrificio di quello del lavoratore.

Nella valutazione della Corte l'entità dei valori prescelti dal legislatore nel determinare la "forbice" entro cui calcolare l'indennità<sup>758</sup> ha sicuramente rivestito un'importanza notevole; è probabile, infatti, che se quantomeno la soglia minima fosse stata più alta, la decisione non sarebbe stata del medesimo tenore, se non altro sotto il profilo dell'adeguatezza e quindi della ragionevolezza della norma<sup>759</sup>.

Il ragionamento della Corte, però, appare di portata più ampia, ed invero nella parte di motivazione in cui si affronta tale questione l'interesse è sì focalizzato prevalentemente sui casi di anzianità di servizio più ridotta, e ciò è comprensibile, sia perché in questi casi la lesione del principio di adeguatezza è più evidente, sia perché tale era il problema presentatosi nella vicenda che ha portato il giudice *a quo* a sollevare la questione di legittimità costituzionale, ma si intravede un'apertura<sup>760</sup> anche con riferimento agli altri casi in cui, per la presenza di altre circostanze legate alla situazione del lavoratore o del contesto in cui questi si inserisce che influiscono sull'entità del danno, l'indennità calcolata con esclusivo riferimento all'anzianità di servizio non sia idonea a risarcire adeguatamente il pregiudizio sofferto per effetto del licenziamento.

Sembra quindi che si possa desumere che la Corte intenda in due sensi, necessariamente combinati tra loro, il concetto di adeguatezza: da una parte considera, in linea di massima, inadeguati importi particolarmente bassi, ossia vicini al minimo, operando una valutazione sulla misura dell'indennità e sulla sua adeguatezza in relazione a quel che

---

<sup>757</sup> In tal senso anche M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, cit., pag. 17

<sup>758</sup> A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg.; C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, cit., pagg. 153 e segg.

<sup>759</sup> Sarebbe però presumibilmente rimasta ferma la censura relativa alla violazione del principio di eguaglianza derivante dall'equiparazione operata dalla legge di situazioni diverse.

<sup>760</sup> La Corte afferma infatti che «la rigida dipendenza dell'aumento dell'indennità dalla sola crescita dell'anzianità di servizio mostra la sua incongruenza *soprattutto* nei casi di anzianità di servizio non elevata [...] in tali casi appare *ancor più inadeguato* il ristoro del pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo», *considerato in diritto*, n. 12.1.

può essere considerato il pregiudizio ordinariamente subito dal lavoratore per effetto del licenziamento illegittimo; dall'altra valorizza, al contrario, il concreto pregiudizio subito dal lavoratore, e rende il giudizio su di esso una componente di quello relativo all'adeguatezza dell'indennità. Così, pensando di applicare quanto esposto a situazioni concrete, si dovrebbe ritenere inadeguata, nella generalità dei casi, un'indennità liquidata nel minimo o in misura vicina al minimo; nei casi in cui invece il pregiudizio subito per effetto del licenziamento sia consistente vi è un'ulteriore conferma del fatto che il danno concretamente subito debba trovare spazio nell'apprezzamento del giudice, in quanto solo un'indennità che miri al «concreto ristoro del pregiudizio subito dal lavoratore» potrà essere considerata adeguata.

Risulta pertanto pressoché certo che la sentenza porterà ad un generale aumento dei valori delle indennità liquidate<sup>761</sup>.

Le affermazioni della Corte, comunque, non sembrano portare ad escludere totalmente la possibilità che l'indennità sia determinata nella misura minima<sup>762</sup>: essa rimarrà presumibilmente liquidabile ove particolari circostanze portino a determinare in una misura molto ridotta il risarcimento<sup>763</sup>. Mi pare, inoltre, che se si dovesse recuperare la logica risarcitoria, un'altra ipotesi di liquidazione del solo minimo stabilito dalla legge andrà individuata nei casi in cui l'inadempimento datoriale all'obbligo di licenziare in sola presenza dei presupposti di legge risulti del tutto incolpevole, i casi in cui, quindi, la misura dell'indennità dovuta dal datore di lavoro veniva limitata – almeno in via teorica, visto lo scarso numero di pronunce che hanno effettivamente riconosciuto tale possibilità – al minimo delle cinque mensilità, ove, ovviamente, trovi applicazione la tutela obbligatoria<sup>764</sup>.

---

<sup>761</sup> In tal senso anche A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg.; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, cit., pag. 7.

<sup>762</sup> Nel punto 12.1 del *considerato in diritto* si afferma, infatti, in relazione ai lavoratori con basse anzianità di servizio, che «in tali casi appare ancor più inadeguato il ristoro del pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo, senza che a ciò possa sempre ovviare la previsione della misura minima dell'indennità»; la Corte quindi, sembra fare salvi altri casi in cui l'applicazione della tutela minima risulti invece adeguata.

<sup>763</sup> P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, cit., pag. 8, che individua esempi di tali ipotesi nei casi di concorso di colpa del lavoratore o in cui il datore di lavoro abbia agito al fine di minimizzare il danno.

<sup>764</sup> Si potrebbe pensare ai casi di licenziamento disciplinare in cui il lavoratore abbia offerto nell'ambito della procedura preventiva giustificazioni fuorvianti che hanno condotto alla scelta di licenziarlo.

In senso critico rispetto alla decisione della Corte è stato affermato che la valutazione di adeguatezza in questo caso spetta solo al legislatore, giacché si tratta di quantificare, in sostanza, il valore del posto di lavoro<sup>765</sup>. L'argomentazione, tuttavia, non convince, perché ci troviamo di fronte ad un illecito datoriale estintivo del rapporto di lavoro; una considerazione in ordine al valore del posto di lavoro può essere fatta, piuttosto, in rapporto all'indennità sostitutiva della reintegra, fissata nella misura intangibile di quindici mensilità perché è il lavoratore a scegliere l'applicazione di tale tutela<sup>766</sup>, ma la fattispecie, come si nota chiaramente, è totalmente differente. Anche qui, invero, emerge l'importanza del chiarimento operato dalla Corte quando specifica, senza nemmeno volersi soffermare troppo sulla questione, che l'indennità è risarcimento; se così è se ne devono trarre tutte le conseguenze<sup>767</sup>, compresa l'impossibilità per il legislatore di operare una restrizione eccessiva del suo importo. Al contrario, un bilanciamento potrà essere operato solo in quanto necessario e salvaguardando il più possibile entrambi i valori in gioco, ma su questo punto si tornerà in seguito.

Il giudizio della Corte ha ad oggetto principalmente il meccanismo automatico previsto dal legislatore, ed è forse per tale motivo che l'attenzione si focalizza maggiormente sui valori dell'indennità di volta in volta così calcolata e sulla sua adeguatezza; in effetti il valore massimo di ventiquattro e poi trentasei mensilità risultava estraneo al giudizio operato dal giudice rimettente, ed esso non era stato fatto conseguentemente oggetto della questione di costituzionalità<sup>768</sup>. Ciononostante, la Corte sente il bisogno di esprimersi, in

---

<sup>765</sup> A. TURSI, *Note critiche a Corte Costituzionale n. 194/2018*, cit., pag. 10, parla di «valore obiettivamente assegnabile, in un dato contesto macro-economico e in una data situazione contrattuale, alla condizione occupazionale del singolo»; G. VIDIRI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018: tra certezza del diritto e ordinamento complesso*, cit., pag. 7, di «predeterminazione del bene lavoro», richiamando le analoghe e precedenti considerazioni sul punto di P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di un'ordinanza annunciata*, cit., pag. 2178; P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, cit., pag. 8, invece, evidenzia come la scelta legislativa di quel dato importo come valore minimo dell'indennità sia stata effettuata per non attrarre eccessivamente verso l'utilizzo del contratto a tempo determinato, all'epoca acausale, circostanza di cui avrebbe dovuto tener conto la Corte.

<sup>766</sup> Come riconosciuto anche da C. CESTER, *Osservazioni sull'indennità sostitutiva della reintegrazione*, in M. DE CRISTOFARO, a cura di, *I licenziamenti individuali dopo la l. n. 108/1990*, Padova, 1991, pag. 80.

<sup>767</sup> Contra A. TURSI, *Note critiche a Corte Costituzionale n. 194/2018*, cit., pag. 6, esclude che esista un nesso univoco tra natura risarcitoria e regime giuridico, sostenendo che il regime applicato si differenzia in base alle diverse finalità perseguite; di ciò tuttavia non v'è alcuna evidenza, né risulta che ci siano altri settori in cui le regole, i principi, propri del risarcimento siano derogati in modo così pesante, si sarebbe in presenza, quindi, di una particolarità del solo regime della tutela per i licenziamenti illegittimi.

<sup>768</sup> In tal senso si è espressa la maggioranza degli Autori; in senso contrario V. SPEZIALE, secondo il quale era stato censurato in linea generale il carattere irrisorio dell'indennità, ed era quindi possibile che la Corte estendesse il proprio giudizio anche a tale questione.



un *obiter dictum*, anche su di esso, ed afferma così, senza però offrire una motivazione sulle ragioni del suo convincimento, che il tetto massimo dell'indennità risulta adeguato, sia nella misura originariamente fissata dall'art. 3, co.1, che in quella attuale; anche questa questione, comunque, verrà ripresa successivamente.

#### 7. IL GIUDIZIO DI (IR)RAGIONEVOLEZZA DELLA PREVISIONE SOTTO IL PROFILO DELLA DISSUASIVITÀ: IL VALORE DELL'AFFERMAZIONE DELLA CORTE

Il secondo giudizio che opera la Corte ha ad oggetto la ragionevolezza della norma sotto il profilo della mancanza di dissuasività della previsione legislativa nei confronti del datore di lavoro che intenda licenziare illegittimamente, senza valida giustificazione.

Se, infatti, la tutela economica risulta inadeguata, perché insufficiente a ristorare il danno subito dal lavoratore, viene compromessa anche la sua funzione dissuasiva, e ciò assume un disvalore ancora maggiore alla luce del valore che la Costituzione assegna al diritto al lavoro. Si richiama, infatti, la giurisprudenza sulla decorrenza della prescrizione, a sottolineare come la tutela apprestata in caso di licenziamento illegittimo costituisca la protezione necessaria al lavoratore per far valere i propri diritti<sup>769</sup>; proprio per tale motivo, infatti, l'art. 18 era stato visto come una norma di chiusura a completamento dell'intero sistema di tutela del lavoratore.

Il giudizio della Corte circa l'assenza di dissuasività dell'indennità così come prevista dall'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 è sicuramente condivisibile, ed infatti, in considerazione della sua ridottissima entità, peraltro predeterminabile, nonché della massiccia riduzione dell'ambito di applicazione della tutela reale, era stato rilevato sin da subito che si fosse in sostanza introdotta una forma di recesso libero, condizionato solo dal pagamento di una somma di denaro<sup>770</sup>, con ripercussioni sulla possibilità di esercizio dei diritti attinenti al rapporto di lavoro<sup>771</sup>.

Vero è che è difficile ipotizzare una disciplina sanzionatoria tanto forte da comprimere totalmente il rischio che il datore di lavoro licenzi in modo ingiustificato e che, infatti, anche vigente il vecchio art. 18 venivano irrogati licenziamenti non rispettosi delle causali

---

<sup>769</sup> M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, cit., pag. 597; in tempi più recenti V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, cit., pag. 343.

<sup>770</sup> Si sofferma sulla questione F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, cit., pagg. 266 e segg.

<sup>771</sup> U. ROMAGNOLI, *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*, in *Lav. dir.*, 2015, pag. 227.

di legge, ma appare evidente che il rischio addossato in capo al datore di lavoro da quella disciplina e da quella del 2015 in caso di accertata ingiustificatezza fosse completamente differente, a tutto favore del datore di lavoro nel secondo caso.

Al di là di queste considerazioni, va detto, però, che l'attribuzione esplicita della funzione dissuasiva dell'indennità costituisce una novità nell'ambito della disciplina del licenziamento, che potrebbe portare a ricadute nell'intero sistema di calcolo dell'indennità.

Come si è visto, infatti, la funzione dissuasiva è una caratteristica che di norma è connessa al risarcimento o alle attribuzioni patrimoniali<sup>772</sup> con funzione sanzionatoria, in cui la minaccia dell'ulteriore prestazione addossata in capo al danneggiante è finalizzata a prevenire la commissione dell'illecito.

Se l'affermazione della Corte andasse così intesa si dovrebbe cogliere la volontà, da parte della stessa, di introdurre un risarcimento con funzione sanzionatoria; e se è vero che è stata sempre riconosciuta la polifunzionalità delle attribuzioni patrimoniali corrisposte in caso di licenziamento illegittimo, questo potrebbe aggiungere qualcosa in più. Se infatti dovesse essere considerata anche tale funzione nel calcolo dell'indennità, il giudice dovrebbe liquidare, in considerazione di ciò, una somma ulteriore rispetto a quella liquidata a titolo di compensazione del pregiudizio subito dal lavoratore.

Non solo, ma se è vero che alcuni tra i criteri di legge sembrano potersi ascrivere tra le espressioni della funzione sanzionatoria e quindi dissuasiva dell'indennità<sup>773</sup>, anch'essi andrebbero probabilmente riletti alla luce della funzione dissuasiva che l'indennità dovrebbe rivestire. È vero, infatti, che il criterio delle condizioni economiche del danneggiante è uno dei criteri comunemente utilizzati per determinare le prestazioni con funzioni dissuasive; tuttavia tale criterio, ove utilizzato a questo fine, determina un eventuale aumento del costo addossato al danneggiante per far sì che una sanzione puramente monetaria diventi temibile anche per chi ha più forti disponibilità economiche<sup>774</sup>.

Nel diritto del lavoro, invece, tale parametro viene utilizzato, più che a questo fine, al fine di adeguare l'importo dell'indennità alla capacità economica del datore di lavoro,

---

<sup>772</sup> Si pensi, ad esempio, alle sanzioni civili o alle sanzioni amministrative.

<sup>773</sup> Così da ultimo M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag., 15, M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, cit., pag., 299.

<sup>774</sup> In relazione all'uso del criterio delle condizioni economiche delle parti nell'ambito del risarcimento liquidato con funzione dissuasiva, v. E. NAVARETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., pag. 225.

assumendo, ove questa siano floride, una funzione latamente sanzionatoria, nel senso che in tal caso l'indennità può essere liquidata anche in un importo più elevato rispetto al pregiudizio effettivamente subito dal lavoratore in considerazione di tale elemento<sup>775</sup>; al contrario, però, tale aspetto viene apprezzato al fine opposto ove si tratti, invece, di un datore di lavoro di ridotte dimensioni: in tal caso assume la funzione di bilanciare gli interessi delle parti, e quindi far sì che il risarcimento sia calibrato in base alla capacità del danneggiante, di modo che esso possa sopportarne il costo senza rischiare di subire una compressione eccessiva della propria capacità economica, che potrebbe condurre in ipotesi alla cessazione dell'attività<sup>776</sup>.

Anche in questo caso, accedendo all'interpretazione prospettata dell'affermazione della Corte, l'operazione a cui sarebbe chiamato il giudice sarebbe quella di determinare una cifra ulteriore in ragione della capacità del datore di lavoro di subire il danno<sup>777</sup>, fissandola in una misura che possa essere considerata afflittiva per lo stesso.

L'impostazione avrebbe sicuramente dei pregi e la disciplina dei licenziamenti, proprio in ragione delle sue caratteristiche di disciplina "di chiusura" e delle sue finalità di tutela di un interesse generale, quello al lavoro e al corretto esercizio del potere di licenziare, costituirebbe un terreno fertile in cui sperimentare tale tipo di funzione del risarcimento. In tal modo, invero, si addosserebbe un onere in capo al datore di lavoro tale da far sì che in ogni caso, anche in assenza di un danno per il lavoratore, che per esempio avesse trovato immediatamente un'occupazione, magari addirittura a condizioni migliori,

---

<sup>775</sup> Non risulta però che venga effettuata un'operazione analoga a quella descritta, determinando l'importo dell'indennità in modo tale da renderla concretamente dissuasiva per il singolo datore di lavoro. La possibilità di effettuare tale operazione, peraltro, sarebbe preclusa in alcuni casi dalle previsioni legislative che fissano un limite massimo all'importo delle indennità; inoltre sembra difficile che attraverso gli elementi che il giudice valuta, che attengono sì alle condizioni del datore di lavoro, ma comprendono parametri anche solo indicativi di quali esse siano, possa essere effettuata una valutazione mirata a quantificare un importo che possa porsi come realmente e concretamente dissuasivo per lo stesso.

<sup>776</sup> G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, cit., pag. 54; D. NAPOLETANO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 175. Come affermato molto efficacemente da M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, cit., pag. 9 tali criteri sembrano far riferimento alla «capacità di espiazione del datore di lavoro».

<sup>777</sup> M. PERSIANI, *la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes*, cit., pag. 130; M. BIASI, *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte Cost. n. 194/2018*, in corso di pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2019, sottolinea che, se si prendesse ispirazione dalla più nota figura di risarcimento punitivo, i *punitive damages*, si dovrebbe trattare di un importo aggiuntivo rispetto a quello versato a titolo di compensazione, in quanto avente finalità nettamente distinte da questo.

questi venisse chiamato a subire delle conseguenze economiche pregiudizievoli<sup>778</sup> solo in ragione dell'illegittimità del licenziamento.

Emerge però chiaramente che un'interpretazione di tale tipo si porrebbe in netto contrasto con la finalità sino ad oggi perseguita dal legislatore, che si è mosso, al contrario, com'è noto, nel senso di prevedere dei limiti alle conseguenze economiche del licenziamento gravanti sul datore di lavoro e di rendere il più prevedibile possibile il costo legato al recesso; si sarebbe quindi in presenza di un'inversione di tendenza tanto marcata da scompaginare l'intera materia, e questo trascendendo totalmente dall'intento del legislatore del d. lgs. n. 23/2015 ed introducendo una novità senza precedenti in materia.

Tale lettura incontra inoltre altri limiti, tali da dubitare della sua bontà: il primo è che si sarebbe in presenza di una disciplina che pone un tetto massimo all'indennità, con il chiaro intento di considerare quindi l'interesse del datore di lavoro a non subire un onere eccessivo per effetto del licenziamento dichiarato illegittimo, e però, dall'altro lato, farebbe sì che nella determinazione dell'indennità venisse liquidata una cifra ulteriore, tale da dissuadere, sanzionandolo, il datore di lavoro dall'intento di licenziare illegittimamente, senza peraltro nemmeno dare indicazioni sui criteri di calcolo.

Appare evidente l'incongruenza e sembra difficile ritenere che l'intento della Corte costituzionale fosse questo.

Il secondo limite è costituito dal fatto che anche in questo caso si incontrerebbe il limite della riserva di legge di cui alle Sezioni Unite del 2017, e che pertanto, in assenza di una norma, sia difficile sostenere l'introduzione di una simile prestazione con finalità dissuasiva. Come già detto, infatti, non sarebbe nemmeno sufficiente a tal fine giustificare detta condanna con il richiamo ai criteri di legge, sia in quanto essi non fanno parte dell'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 che perché tali criteri, ed in ispecie quello delle condizioni delle parti ove riferito al datore di lavoro e quelli riferiti alle capacità economiche di questi, soprattutto se si accede all'interpretazione offerta sino ad oggi dalla giurisprudenza, non sono finalizzati ad introdurre una componente aggiuntiva nell'indennità ai fini di dissuasione.

---

<sup>778</sup> Con una valutazione, appunto, effettuata in relazione al caso concreto, e quindi in considerazione delle effettive condizioni economiche del danneggiante.

Sembra quindi più probabile che la Corte, parlando di funzione dissuasiva, non abbia inteso introdurre un elemento ulteriore e sanzionatorio nella determinazione dell'indennità<sup>779</sup>.

Piuttosto si potrebbe pensare che, facendo riferimento a tale funzione dell'indennità, la Corte abbia inteso portare un ulteriore argomento a favore della necessità che l'indennità sia adeguata; solo un valore dell'indennità adeguato, invero, è in grado di far percepire al datore di lavoro il disvalore del proprio atto e, soprattutto, di far sì che lo stesso debba temere le conseguenze dell'eventuale atto di recesso illegittimo.

Si può ritenere, quindi, che la Corte abbia inteso riferirsi al concetto di finalità dissuasiva attribuendovi l'accezione meno forte; si è già visto, infatti, che taluni Autori<sup>780</sup> sostengono che di dissuasione si possa parlare anche in relazione al risarcimento con funzione compensativa: anche la condanna al risarcimento, infatti, comporta per il destinatario di essa un impoverimento, ed è quindi anche solo il timore di dover restituire l'arricchimento ingiustificatamente ricevuto che rivestirebbe per il danneggiante una funzione di dissuasione.

Questa sembra l'interpretazione preferibile, e tuttavia anche in questo caso sorgono delle perplessità. Invero se una qualche funzione dissuasiva può essere attribuita al risarcimento con funzione compensativa, ed in tal caso si tratterà comunque di una forza di dissuasione minima<sup>781</sup>, sembra difficile sostenere che l'indennità spettante ex art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 possa rivestire la stessa finalità, stante la predeterminazione dell'importo massimo dell'indennità operata dal legislatore con la fissazione di un tetto massimo insuperabile di trentasei mensilità<sup>782</sup>. Il datore di lavoro, infatti, potrà sempre conoscere anticipatamente il costo – massimo, lo si rammenta – del licenziamento illegittimo<sup>783</sup> e cercare quindi di assorbirlo tra i costi dell'azienda.

---

<sup>779</sup> Con le parole di M. PERSIANI, op. ult. cit., pag. 129 sembrerebbe che il concetto di «danno punitivo» sia stato utilizzato «non senza qualche leggerezza».

<sup>780</sup> C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, cit., pag. 4.

<sup>781</sup> Con le parole delle S.U. n. 16601/2017 la «preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto ([che] immancabilmente lambisce la deterrenza)»

<sup>782</sup> M. PERSIANI, *la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes*, cit., pag. 129.

<sup>783</sup> Secondo A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo Corte cost. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, cit., pagg. 228 e segg., il tetto massimo di trentasei mensilità sarà in grado di per sé di rivestire una finalità di dissuasione rispetto all'intento datoriale di licenziare illegittimamente in quanto esso «costituisce un deterrente per qualsiasi datore di lavoro nel momento in cui si predispone ad esercitare il recesso».

È comunque innegabile che l'intervento della Corte abbia apportato significativi miglioramenti sotto questo punto di vista, infatti il costo che precedentemente il datore di lavoro poteva conoscere in anticipo non era solo il costo massimo, ma il costo esatto, potendo calcolare anticipatamente l'importo dell'indennità. Anche il recupero della discrezionalità del giudice, quindi, comporta un effetto positivo sotto questo punto di vista<sup>784</sup>, sembra tuttavia difficile sostenere che con esso si sia attribuito un valore dissuasivo all'indennità in questione.

Sembra pertanto, conseguentemente, che possano escludersi riflessi dell'intervento della Corte costituzionale sul regime della prescrizione.

La questione, invero, era stata sollevata all'indomani della riforma del 2012, in quanto per effetto della modifica legislativa e, successivamente, dell'introduzione del d. lgs. n. 23/2015<sup>785</sup>, risultava inapplicabile la distinzione tra lavoratori destinatari della tutela reale e destinatari della tutela obbligatoria, con la conseguenza di ritenere ragionevole che per tutti, perlomeno nel settore privato, la prescrizione non decorresse in costanza di rapporto<sup>786</sup>.

Il riferimento che la Corte opera alla giurisprudenza della Corte costituzionale in tale materia potrebbe indurre a pensare che, restituita la forza dissuasiva all'indennità per effetto della pronuncia di incostituzionalità, si producano effetti anche sul regime della prescrizione, che decorrerebbe quindi in costanza di rapporto almeno per i lavoratori destinatari del d. lgs. n. 23/2015. Ciò, tuttavia, non sembra assolutamente ipotizzabile, infatti, anche in presenza di una tutela di contenuto più forte, com'è quella attuale a seguito dell'intervento della Corte, il lavoratore non gode comunque di una tutela sufficiente a consentirgli di far valere i propri diritti senza timore di subire ripercussioni dal datore di lavoro.

In primo luogo la tutela in questione è comunque una tutela di contenuto meramente

---

<sup>784</sup> F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, cit., pag. 277.

<sup>785</sup> A. VALLEBONA, *La rifondazione del diritto del lavoro italiano: dal conflitto alla partecipazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, IV, pagg. 503 e segg.

<sup>786</sup> In giurisprudenza App. Milano 30 luglio 2019; Trib. Alessandria 9 gennaio 2019, n. 4, in *Redazione Giuffrè* 2019; Trib. Torino, 25 maggio 2016, n. 1021; Trib. Milano, 16 dicembre 2015, n. 3460; Trib. Padova, 4 maggio 2016; *contra*, Trib. Roma 21 maggio 2018, n. 4125, in *www.dejure.it* e, senza prendere però posizione specificamente sull'argomento, Trib. Velletri 29 maggio 2018; già sulla necessità che ai fini dell'accertamento del decorso del termine di prescrizione sia necessario verificare il concreto atteggiarsi del rapporto in relazione al *metus* del lavoratore, Cass. sez. un. 28 marzo 2012, n. 4942, in *Giust. civ. mass.* 2012, 3, 409.

obbligatorio, ed il lavoratore perderebbe quindi egualmente il posto di lavoro<sup>787</sup>, con tutte le implicazioni a ciò connesse<sup>788</sup>; in secondo luogo, come si è detto, sussistono seri dubbi sul carattere di dissuasività della tutela di cui all'art. 3, co. 1; l'ipotesi sembra pertanto senza dubbio da scartare.

## 8. GLI EFFETTI RIFLESSI DELLA DICHIARAZIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ

Sebbene il giudizio di costituzionalità abbia inciso solo sull'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015, si deve ritenere che le sue ripercussioni, dirette o indirette, abbiano ad oggetto anche altre norme contenute nel medesimo decreto.

In primo luogo saranno toccate senz'ombra di dubbio le disposizioni di cui agli artt. 9 e 10 del d. lgs. n. 23/2015, contenenti la disciplina rispettivamente applicabile in caso di licenziamento intimato in un'impresa sotto soglia o di licenziamento collettivo viziato<sup>789</sup>. Tali norme, invero, contengono un richiamo diretto all'art. 3<sup>790</sup>, e pertanto la modifica di esso opererà consequenzialmente sul loro contenuto.

Con riferimento alle piccole imprese si è posto, alla luce della prima pronuncia che a quanto consta sia stata emessa a seguito della sentenza della Corte costituzionale in relazione alle imprese sotto soglia, il problema del metodo di calcolo dell'indennità. Dovendo determinare l'importo dell'indennità dovuta ad una lavoratrice, il Tribunale di

---

<sup>787</sup> Sul concetto di "stabilità" del posto di lavoro e sull'insufficienza del risarcimento del danno cfr. Cass. 20 giugno 1997, n. 5494, in *Riv. it. dir. lav.* 1998, II, 165.

<sup>788</sup> Sottolinea, infatti, che i giudici costituzionali hanno mancato di comparare il contenuto dell'indennità in questione con la tutela reale, M. PERSIANI, *la sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes*, cit., pag. 129.

<sup>789</sup> P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, cit., pag. 658; S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, cit., pag. 10; M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pagg. 9 segg.; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, cit., pag. 641; *contra*, relativamente all'art. 10, A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg., il quale ritiene che nonostante la disposizione contenga un rinvio all'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 non si possa prescindere dalla considerazione del fatto che i vizi menzionati nell'art. 10 non attengano alla giustificazione del licenziamento, con la conseguenza che non si deve ritenere applicabile a tali casi la statuizione della Corte costituzionale.

<sup>790</sup> L'art. 9 prevede che «l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, [...] è dimezzato» e l'art. 10 che in caso di violazione delle procedure o dei criteri di scelta «si applica il regime di cui all'articolo 3, comma 1».



Genova<sup>791</sup> ha fatto applicazione del disposto della pronuncia di incostituzionalità, affermando, però, che nel caso dell'art. 9 d. lgs. n. 23/2015 il limite dettato dal legislatore per il calcolo dell'indennità è solo quello massimo. L'affermazione del Tribunale risulta contrastare con quanto previsto dalla norma in esame<sup>792</sup>, che considera come base di calcolo l'importo previsto dall'art. 3, co. 1, e lo dimezza.

La questione non è priva di rilievo, dato che la determinazione del giudice sarà diversa se questi pensa di poter spaziare tra il minimo di sei e il massimo di trentasei mensilità per poi dimezzare l'importo così determinato o se pensa di riferirsi ad una "forbice" da zero a sei mensilità: in primo luogo solo nel primo caso l'indennità sarà di importo minimo di tre mensilità, in secondo luogo essa si assesterà presumibilmente quasi sempre nell'importo massimo di sei mensilità o in una misura di poco inferiore, mentre se il parametro di riferimento massimo è di sei mensilità l'indennità verrà quantificata in tale importo solo ove si sia in presenza di una situazione particolarmente grave..

Non risulta invece direttamente incisa la norma di cui all'art. 6 del decreto, contenente la disciplina dell'offerta di conciliazione, giacché in tale caso la somma corrisposta non ha natura risarcitoria, e non ha quindi a che vedere con la riparazione del pregiudizio patito dal lavoratore<sup>793</sup>; non v'è però alcun dubbio sul fatto che la modifica dell'art. 3 comporterà una sensibile diminuzione dell'appetibilità di tale istituto<sup>794</sup>, che in precedenza, complice la totale defiscalizzazione degli importi corrisposti in sede conciliativa, risultava al contrario molto gradito ai lavoratori.

Una questione ancora aperta ha ad oggetto la tutela spettante al lavoratore destinatario di un licenziamento affetto da vizi formali o procedurali; in tal caso, infatti, il meccanismo previsto dall'art. 4 del d. lgs. n. 23/2015 è il medesimo di cui all'art. 3, co. 1, con la differenza che il moltiplicatore è costituito da una mensilità e non da due, e che i parametri, minimo e massimo, entro cui calcolare l'indennità sono più bassi.

---

<sup>791</sup> Trib. Genova, ord., 11 novembre 2018, in *Mass. giur. lav.*, 2019, con nota di A. INGRAO, *I primi effetti della sentenza della corte costituzionale n. 194/2018 sulla quantificazione dell'indennità da licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese*.

<sup>792</sup> M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 9.

<sup>793</sup> A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg., pag. 15.

<sup>794</sup> P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, cit., pag. 658; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, cit., pag. 641.

Manca, tuttavia, nella disposizione in esame, il rinvio all'art. 3 che permette negli altri casi di ritenere che la dichiarazione di incostituzionalità produca i propri effetti anche sulle disposizioni già menzionate<sup>795</sup>, né la Corte ha ritenuto di emanare una pronuncia di "illegittimità consequenziale" ex art. 27 l. n. 87/1953<sup>796</sup>; sembra, però egualmente, che, posto che il meccanismo di determinazione dell'indennità è identico a quello censurato dalla sentenza della Corte costituzionale, si debba ritenere che anche tale norma sia in contrasto con la Costituzione<sup>797</sup>.

Alcuni Autori hanno affermato che in questo caso, trattandosi di un vizio del licenziamento esclusivamente formale, e non quindi di vera e propria ingiustificatezza, non debbano trovare applicazione i principi sulla cui base la Corte si è espressa dichiarando incostituzionale l'art. 3, co. 1<sup>798</sup>.

L'argomentazione, tuttavia, non convince, ed invero come si è visto la Corte ha addotto, nel proprio giudizio, una serie di motivazioni che hanno condotto a dichiarare l'incostituzionalità della norma. Esaminandole brevemente in riferimento alla specifica situazione, si deve ritenere che il primo argomento, relativo alla necessità di rispettare il principio di eguaglianza e conseguentemente attribuire un trattamento differenziato ai lavoratori che abbiano subito un pregiudizio diverso per effetto del licenziamento, trovi

---

<sup>795</sup> Parla di «evidente impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente adeguata di fronte al chiarissimo tenore letterale della disposizione», S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, cit., pag. 10; auspica un intervento del legislatore ma ritiene possibili sentenze creative che operino un'interpretazione costituzionalmente orientata, G. SIGILLÒ MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della corte costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, pag. 6; non sembra scartare a priori tale ipotesi nemmeno M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 10 che perviene però poi alla medesima conclusione, dell'impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata, motivando con la diversa gravità del vizio che affligge il licenziamento, tale da non poter estendere anche a questo vizio del licenziamenti la stessa indennità risarcitoria che la Corte ha ritenuto adeguata per i licenziamenti ingiustificati.

<sup>796</sup> Dichiarando quali sono le altre disposizioni legislative la cui illegittimità discende come conseguenza della decisione adottata, M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 9; A. INGRAO, *I primi effetti della sentenza della corte costituzionale n. 194/2018 sulla quantificazione dell'indennità da licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese*, cit., pag. 3.

<sup>797</sup> P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, cit., pag. 658 spetterà alla Corte la valutazione sulla compatibilità.

<sup>798</sup> A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg., G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della corte costituzionale*, cit., pagg. 197 e segg.

applicazione anche in questo caso, in cui si possono ritenere sussistenti le medesime esigenze: così è sia per l'esigenza di garantire che il giudice possa esercitare la propria discrezionalità, evitando automatismi legislativi che rischiano altrimenti di appiattare la tutela fornita in situazioni che invece eguali non sono, sia per quella di assicurare che, nell'ambito dei licenziamenti individuali, si appresti una tutela congrua per il lavoratore, in grado cioè di fornire la concreta compensazione del pregiudizio subito dallo stesso, consistente nella perdita del posto di lavoro.

Nella motivazione, con riferimento a quest'ultimo aspetto, infatti, la Corte non si sofferma nemmeno sul legame tra la violazione dell'art. 3, co. 1, ed il principio di tutela del lavoro contenuto nella Costituzione; il tema al quale viene attribuita importanza centrale è la valorizzazione del pregiudizio causato nel lavoratore dal licenziamento, inteso come il «momento traumatico della sua espulsione dal lavoro», e sebbene anche in queste righe si richiami spesso il concetto di licenziamento ingiustificato<sup>799</sup>, il concetto non sembra rilevare nell'analisi della specifica censura di incostituzionalità. Il contrasto con il principio di eguaglianza è, quindi, qualcosa che prescinde dal fatto che si tratti di un licenziamento ingiustificato<sup>800</sup>, posto che la Corte focalizza la propria attenzione sul pregiudizio che l'atto di recesso produce sul lavoratore e questo, come già visto, prescinde dal tipo di vizio da cui il licenziamento è affetto.

Il contenuto della tutela avverso i licenziamenti ingiustificati, nel senso del legame tra la tutela fornita dall'ordinamento in queste ipotesi ed il diritto al lavoro, viene invece in gioco in maniera più significativa nella parte della pronuncia in cui la Corte esamina la questione relativa all'irragionevolezza della disposizione censurata. Anche in questo caso, tuttavia, non possono essere condivisi i rilievi di chi sostiene che per il licenziamento viziato proceduralmente non sia necessitato lo stesso tipo di tutela. Se infatti il legislatore del 2012 ed ancor più marcatamente quello del 2015 hanno inteso evidentemente attribuire un rilievo inferiore ai vizi di natura procedurale, ritenendoli molto meno gravi, non ci si può scordare che le procedure – perlomeno quella prevista dall'art. 7 St. Lav. – ed il requisito di motivazione del licenziamento a cui le norme in questione fanno riferimento possiedono una forte valenza proprio nella tutela del

---

<sup>799</sup> La Corte costituzionale, invero, nel punto 11 del *considerato in diritto* fa sempre riferimento al pregiudizio prodotto dal licenziamento ingiustificato.

<sup>800</sup> Anche lo stesso A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg., invero, argomenta nel senso che sia il principio di adeguatezza delle tutele in materia di licenziamento ad essere posto in connessione con il principio di necessaria giustificazione del recesso.

lavoratore<sup>801</sup>.

Non ci si può scordare il valore attribuito dalla Corte Costituzionale, con la celeberrima pronuncia n. 204 del 1992, alla procedura disciplinare preventiva al licenziamento, riconoscendo che costituisce «essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento, di quella forma cioè di produzione dell'atto che rinviene il suo marchio distintivo nel rispetto della regola del contraddittorio: audiatur – lo si ripete – et altera pars. Rispetto che tanto più è dovuto per quanto competente ad irrogare la sanzione è (non già – come avviene nel processo giurisdizionale – il giudice per tradizione e per legge "super partes", ma) la una pars».

Allo stesso modo si comprende facilmente come la necessità di una specifica motivazione del licenziamento costituisca un garanzia ai fini del diritto di difesa, e non sembra che in nessuno dei due casi la previsione che completa le norme<sup>802</sup>, per cui il lavoratore può far valere in giudizio l'eventuale ingiustificatezza del licenziamento, sia in grado di restituire allo stesso la possibilità di esercitare appieno il proprio diritto di difesa, tanto più se si considerano le rigide preclusioni che caratterizzano il processo del lavoro<sup>803</sup>.

In conclusione, sebbene la pronuncia della Corte non abbia inciso direttamente sulla disposizione in questione, sembra che anche l'art. 4 d. lgs. n. 23/2015 debba ritenersi esposto ad una dichiarazione di incostituzionalità, quantomeno per quanto riguarda il metodo di calcolo dell'indennità ivi prescritto.

---

<sup>801</sup>M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse* in M. BARBIERI, D. DALFINO, a cura di, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, p. 45; R. GALARDI, *Il licenziamento inefficace*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, a cura di, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, p. 306 e segg.; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 St. Lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, a cura di, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, cit., pag. 239; M. D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. CHIECO, a cura di, *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, pag. 374; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'Unione Europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, n. 136, pag. 641.

<sup>802</sup> Ci si riferisce alla parte finale del comma sei dell'art. 18 St. Lav. e dell'art. 4 d. lgs. n. 23/2015, nei quali si fa salva la possibilità di applicazione delle tutele per il licenziamento ingiustificato ove il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione di tali tutele.

<sup>803</sup> Come rileva M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. Lav.*, cit., pag. 57, il datore di lavoro che abbia omesso la procedura potrà dedurre per la prima volta in giudizio, ed essere ammesso a provare, la mancanza che pretende abbia giustificato il licenziamento.

## CAPITOLO V

### TUTELA INDENNITARIA E PRINCIPI COSTITUZIONALI

#### 1. TRA COMPENSAZIONE, SANZIONE E LIMITAZIONE DI RESPONSABILITÀ: LA POLIFUNZIONALITÀ DELL'INDENNITÀ RISARCITORIA SPETTANTE AL LAVORATORE LICENZIATO ILLEGITTIMAMENTE

Si è visto che alle indennità previste nelle diverse discipline in cui trovano regolamentazione le conseguenze dei licenziamenti illegittimi sono sempre state attribuite una pluralità di funzioni, tra le quali spicca, per la sua particolarità, quella sanzionatoria. L'attribuzione di una c.d. polifunzionalità veniva intesa come chiaro segno della volontà di agevolare il lavoratore, motivo per cui non è stata esente da critiche, segnatamente da parte chi ritiene che nell'ambito del risarcimento debbano essere rispettati i principi di compensazione, senza possibilità di attribuzioni ulteriori che rischiano di risolversi in un arricchimento ingiustificato<sup>804</sup>.

Espressioni dell'attribuzione di una funzione sanzionatoria vengono individuate, ricapitolando quel che si è fino ad ora visto, nella somma minima di cinque mensilità dovuta al lavoratore in ogni caso, oggi limitatamente ai casi di tutela reale c.d. forte; in senso più lato, dato che in queste ipotesi si tratta di un'agevolazione suscettibile, però, di prova contraria da parte del datore di lavoro<sup>805</sup>, nell'identificazione del danno subito dal lavoratore con le retribuzioni perse per effetto del licenziamento; nella somma attribuita al lavoratore in ipotesi di applicazione della tutela obbligatoria, in ragione sia della previsione di un minimo – e di un massimo – prestabiliti dalla norma, sia dei criteri utilizzati per quantificare il risarcimento, estranei al pregiudizio subito dal lavoratore. Ancora, si ritiene che assuma una natura polifunzionale, nel senso che persegue un effetto compulsivo oltreché compensativo, la previsione del risarcimento del danno, egualmente parametrato sulle retribuzioni, dovuto al lavoratore per il periodo successivo alla sentenza che ordina la reintegra.

Soffermandosi sulla prima ipotesi, quella della somma minima sempre dovuta, a

---

<sup>804</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del risarcimento danno nel disposto dell'art. 18 della l. n. 300/70*, cit., pag. 345.

<sup>805</sup> Anche l'utilizzo di presunzioni, infatti, caratterizza la funzione sanzionatoria, cfr. F. GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. crit. dir. prev.*, 1983, pag. 66.

prescindere dalla prova del danno ed anche eventualmente dall'esistenza di un danno<sup>806</sup>, possono essere esaminate unitamente sia la previsione del minimo di cinque mensilità di cui all'art. 18, co. 2, St. Lav. che le altre, proprie della tutela obbligatoria, in cui si stabilisce un minimo sempre dovuto nel momento in cui si pone la "forbice" entro la quale quantificare l'indennità, allo scopo di verificare se si tratti effettivamente di prestazioni aventi finalità sanzionatoria.

Anche in quest'ipotesi risulta utile richiamare, seppur con i debiti distinguo tra le fattispecie<sup>807</sup>, le ricostruzioni effettuate dalla dottrina sulla clausola penale e sulle figure ad essa assimilabili<sup>808</sup>, casi in cui sussiste il diritto per il creditore, in caso di inadempimento, a vedersi liquidata una somma predeterminata *ex ante* e che prescinde dal danno effettivamente subito<sup>809</sup>. In un caso come nell'altro, infatti, si prescinde dalla necessità della prova del danno, liquidando il risarcimento nella somma prestabilita dalle parti o direttamente dalla legge.

Proprio tale aspetto, ovvero sia il fatto che la penale sia dovuta indipendentemente dalla dimostrazione del danno, è stato da più parti letto come attribuzione di un carattere sanzionatorio all'istituto<sup>810</sup>, in quanto attraverso tale previsione si addossa al debitore inadempiente l'obbligo di corrispondere una data somma anche quando l'inadempimento sia stato per il creditore privo di conseguenze economiche<sup>811</sup>, o abbia comportato un pregiudizio per lo stesso più ridotto di quello che sarebbe compensato da tale somma. Il carattere sanzionatorio – ma si potrebbe piuttosto parlare in questo caso di funzione deterrente rispetto all'inadempimento – viene inoltre attribuito a tale prestazione quando la fissazione di un importo di notevole entità, o comunque superiore al danno che presumibilmente potrebbe derivare dall'inadempimento, abbia la funzione di indurre il

---

<sup>806</sup> *Contra*, ma risalente ed ormai superato dalla giurisprudenza costante, v. Cass. 23 dicembre 2011, n. 28703; Cass. 14 settembre 2009, n. 19770, U. ROMAGNOLI, *sub art. 18*, op. cit., pag. 132, secondo il quale «un danno, dunque, magari minuscolo, ha da esserci».

<sup>807</sup> Cfr. cap. IV, par. 4.

<sup>808</sup> Costituite anche da previsioni legislative con cui si stabilisce una misura del risarcimento, come gli artt. 1224 e 1518 c.c.

<sup>809</sup> Salvo il caso in cui le parti abbiano fatto espressa riserva di chiedere il danno ulteriore *ex art.* 1382 co. 1 c.c.

<sup>810</sup> M. FRANZONI, *La clausola penale*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO, a cura di, *Diritto Civile*, Milano, 2009, pagg. 673 e segg.

<sup>811</sup> È interessante notare come talvolta la penale venga apposta proprio per ovviare all'estrema difficoltà di provare la perdita derivante dalla lesione di interessi difficilmente quantificabili in danaro, ove il danno economico sia modesto, v. G. VILLA, *La quantificazione del danno*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto, V, Rimedi*, II, Milano, 2006, pag. IV.

debitore ad adempiere<sup>812</sup>.

È il caso però di considerare che l'inadempimento è causa, in genere, di un danno al creditore, e che quel danno trova riparazione mediante il pagamento di quanto previsto nell'ambito della forfettizzazione<sup>813</sup>. La previsione, legislativa o contrattuale, avvantaggia pertanto il creditore dal punto di vista probatorio, dando luogo a quella che può essere definita una presunzione assoluta di danno<sup>814</sup>, ma non costituisce titolo per una prestazione che altrimenti, in assoluto, non sarebbe dovuta.

Sembra, conseguentemente, corretta l'altra lettura che è stata operata, che attribuisce alla clausola penale ed in genere alle ipotesi di predeterminazione forfettizzata del danno una funzione mista<sup>815</sup>, sia risarcitoria<sup>816</sup> che sanzionatoria: la funzione prevalente tra le due andrà individuata di volta in volta in base al rapporto concretamente individuato tra l'importo determinato nella penale e l'entità del danno effettivamente subito. Di funzione penale, conseguentemente, potrà parlarsi solo ove la clausola penale importi una liquidazione del danno superiore a quello spettante secondo le comuni norme sul risarcimento; quando, viceversa, ciò non avvenga, deve attribuirsi ad essa carattere risarcitorio e compensativo, seppur forfettizzato<sup>817</sup>.

Allo stesso modo, sembra allora che alla somma minima di cinque mensilità o al minimo dovuto nella tutela obbligatoria vada attribuita una funzione sanzionatoria<sup>818</sup> nei

---

<sup>812</sup> A. MARINI, *Clausola penale*, in *Enc. Giur.*, VI, pag. 3; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, pag. 3332; *contra*, affermando che si tratta di una mera conseguenza indiretta, apprezzabile sul piano fattuale, della preventiva e forfettaria liquidazione del danno, C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., pag. 223.

<sup>813</sup> Questo anche nel caso in cui sia prevista la possibilità di chiedere il danno ulteriore, che infatti non può essere che costituito dalla differenza tra quanto dovuto a titolo di penale e il danno effettivo.

<sup>814</sup> Chi sostiene che la clausola penale abbia carattere sanzionatorio, però, considera la qualificazione come presunzione assoluta come una finzione finalizzata a mascherare la reale natura della prestazione, A. MARINI, *Clausola penale*, Napoli, 1981, pag. 56.

<sup>815</sup> Così L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., pag. 481 secondo il quale «cumula le due funzioni di pena e di indennizzo, in essa però fuse e indistinte»; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, pagg. 119 e segg.

<sup>816</sup> Altri Autori sostengono, invece, che la clausola penale abbia sempre natura esclusivamente risarcitoria, così C.M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., pagg. 221 e segg.

<sup>817</sup> A. DE CUPIS, *Il danno*, vol. I, cit., pagg. 521 e segg.; M. MAZZA, *Brevi cenni sulla clausola penale*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, pag. 132 il carattere sanzionatorio «viene meno ogni qualvolta la clausola importi una liquidazione del danno uguale o inferiore a quello spettante secondo le comuni norme sul risarcimento». In senso analogo F. GALGANO, *sub. Artt. 1382-1384*, in F. GALGANO, a cura di, *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, pag. 165, secondo il quale l'esonero della prova previsto dall'art. 1382, co. 2, c.c. è quindi suscettibile di essere inteso tanto come esonero dall'onere di provare l'entità del danno quanto come irrilevanza del danno.

<sup>818</sup> Così anche E. BALLETTI, *Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro*, cit., pagg. 11 e segg.



casi in cui il pregiudizio derivante dal licenziamento sia quantificabile in una cifra inferiore al loro importo mentre, qualora così non sia, una funzione sanzionatoria potrà essere riconosciuta latamente, in ragione dell'esonero dall'onere della prova<sup>819</sup>; quest'ultima risulta l'opzione più diffusa. considerando l'esiguità degli importi minimi fissati nelle disposizioni di legge, eccezion fatta per il limite di dodici mensilità previsto nell'area di tutela obbligatoria c.d. forte dell'art. 18 St. Lav.

C'è però un altro elemento che costituisce un vantaggio per il lavoratore, ed è la spettanza della somma minima prevista dalle norme indipendentemente dal fatto che l'inadempimento, e quindi l'illegittimità del licenziamento, sia imputabile al datore di lavoro, e ciò sia con riferimento alla previsione delle cinque mensilità che ai minimi previsti nelle aree di tutela obbligatoria<sup>820</sup>. Qui, come in alcune altre previsioni legislative alle quali le Sezioni Unite hanno attribuito una valenza sanzionatoria, si prescinde dalla verifica dell'elemento soggettivo, e la spiegazione risiede evidentemente, in un caso come nell'altro, in una scelta di redistribuzione dei rischi operata dal legislatore per cui sul datore di lavoro – come nelle altre ipotesi sul soggetto più forte nel rapporto, o comunque su colui che può gestire o può avvantaggiarsi del fattore di rischio – grava, seppur solo per la misura minima dell'indennità, il rischio derivante da un licenziamento illegittimo per fatto in qualche modo riconducibile ad un terzo. La funzione punitiva, quindi, si raccorda con l'intento di favorire il danneggiato, garantendo una risposta più ampia all'illecito, che caratterizza la responsabilità oggettiva, e si può affermare che la disposizione statutaria sia stata in questo precorritrice dell'evoluzione che ha portato anche nell'ambito della responsabilità civile a dar luogo a varie ipotesi di prestazioni sanzionatorie nelle quali si prescinde dell'elemento soggettivo facente capo al danneggiante.

Una funzione sanzionatorio-punitiva viene poi attribuita all'indennità prevista nell'ambito della tutela obbligatoria. Questo in ragione dell'utilizzo di criteri estranei rispetto al danno, al concreto pregiudizio, subito dal lavoratore: i parametri contenuti nell'art. 8 l. n. 604/1966 e nell'art. 18, co. 5, St. Lav. su cui ci si è lungamente soffermati, e della struttura della norma, in cui l'indennità viene determinata tra un minimo ed un massimo prefissati dal legislatore, con l'utilizzo di una tecnica normativa simile a quella

---

<sup>819</sup> In tal senso v. S. MAZZARESE, *Clausola penale*, cit., pagg. 164 e segg.

<sup>820</sup> Il discorso, per l'area della tutela obbligatoria, è però complesso, in quanto l'utilizzo di criteri avulsi dal pregiudizio subito dal lavoratore sia nell'art. 18 St. che nell'art. 8 l. n. 604/1966, porta a non considerare il problema dell'imputabilità al datore di lavoro del licenziamento nella determinazione dell'indennità.

utilizzata per le sanzioni penali.

Quanto al secondo aspetto, si è già esaminata la valenza della previsione di un minimo di legge, ed è sufficiente rilevare che il fatto che sia accompagnato alla previsione di un limite massimo egualmente prestabilito dalla norma, se comporta indubbiamente una limitazione del diritto del lavoratore, non altrettanto indubbiamente fa sì che la previsione possa essere ascritta tra quelle aventi natura sanzionatoria. È vero, infatti, che in alcune delle previsioni legislative aventi senz'ombra di dubbio tale natura, come l'art. 4 D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7<sup>821</sup>, si assiste all'utilizzo di tale tecnica normativa, probabilmente in ragione della diretta derivazione della disposizione dal diritto penale; è altrettanto vero, però, che in detto caso, diversamente da quanto accade nella tutela obbligatoria, si è di fronte ad una prestazione aggiuntiva rispetto al risarcimento del danno<sup>822</sup>, e che quindi non è solo la previsione di una soglia minima e massima, ma sono anche le altre caratteristiche della norma che portano a far propendere per tale natura.

Per capire, quindi, se ci si trova di fronte ad una disposizione avente natura sanzionatoria, si devono analizzare le modalità di determinazione dell'indennità fissate dalle diverse norme. Si è già detto che una natura sanzionatoria è stata attribuita in particolare ai criteri attinenti al datore di lavoro, sia con riferimento a quelli che considerano le caratteristiche del datore di lavoro<sup>823</sup> che a quelle che conferiscono un peso al comportamento delle parti, in particolar modo ove così si consideri la gravità del vizio che inficia il licenziamento. In un caso come nell'altro, infatti, si prescinde dall'indagine che tipicamente dev'essere effettuata nella liquidazione del risarcimento del danno<sup>824</sup>, indagine avente ad oggetto il pregiudizio subito dal danneggiato.

La polifunzionalità, e l'attribuzione di una natura sanzionatoria è stata confermata

---

<sup>821</sup> Che stabilisce che chi pone in essere alcuni comportamenti, menzionati nella norma, (chi offende l'onore o il decoro di una persona presente, ovvero mediante comunicazione telegrafica, telefonica, informatica o telematica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa; il comproprietario, socio o coerede che, per procurare a se' o ad altri un profitto, s'impossessa della cosa comune, sottraendola a chi la detiene, salvo che il fatto sia commesso su cose fungibili e il valore di esse non ecceda la quota spettante al suo autore... etc.) «Soggiace alla sanzione pecuniaria civile da euro cento a euro ottomila» o, per altri comportamenti giudicati dal legislatore più gravi, «Soggiace alla sanzione pecuniaria civile da euro duecento a euro dodicimila».

<sup>822</sup> Sebbene ci sia un'interferenza tra le due voci, posto che quanto liquidato a titolo di sanzione dev'essere considerato nel calcolo del risarcimento del danno.

<sup>823</sup> Come conferma la giurisprudenza, invero, nella quantificazione del risarcimento non può e non deve assumere rilievo la condizione economica del danneggiante, essendo il risarcimento determinato su basi oggettive, cfr. Cass. 16 marzo 2018, n. 6629, in *Dir. giust.* 2018, 20 marzo.

<sup>824</sup> Ed invero si afferma che quello così determinato è «un risarcimento *sui generis* che non compensa affatto il lavoratore della perdita subita», v. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 155.

anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 303/2011, sempre in riferimento ai medesimi criteri e ad un sistema di calcolo forfettizzato simile a quello utilizzato nelle norme sanzionatorie dei licenziamenti illegittimi. In tale occasione, infatti, la Corte ha riconosciuto che le modalità di quantificazione dell'indennizzo previsto dall'art. 32 l. n. 183/2010 assumono una valenza sanzionatoria, sia per la mancata detrazione dell'*aliunde perceptum* che per la previsione di un indennizzo che prescinde dal danno effettivamente subito dal lavoratore e che quindi, in ipotesi, comporta un vantaggio per lo stesso quando dall'illegittimo utilizzo di un contratto a termine non sia derivato un danno<sup>825</sup>.

E tuttavia è necessario fare qualche precisazione: innanzitutto i criteri di cui agli artt. 8 l. n. 604/1966 e 18 St. Lav. sono sì distinti da quelli tipici del risarcimento compensativo e però in questi casi, a differenza che nelle altre ipotesi legislative alle quali viene riconosciuta una funzione sanzionatoria, non mirano ad attribuire al danneggiato un *quid pluris* in ragione della particolare riprovevolezza della condotta o della necessità di superare i limiti del risarcimento perseguendo la finalità di assicurare una tutela adeguata al danneggiato rispetto all'interesse leso. Al contrario, i criteri contenuti nelle menzionate disposizioni di legge vanno apprezzati sullo stesso piano di quelli inerenti al lavoratore<sup>826</sup> e si inseriscono, quindi, in un sistema caratterizzato dal bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco<sup>827</sup>: quello del lavoratore a vedersi attribuito un risarcimento adeguato e proporzionato al danno subito e quello del datore di lavoro a non subire un costo eccessivo e tale da compromettere la sua vitalità economica.

Emerge pertanto chiaramente la differenza tra le diverse ipotesi, in quanto in quelle lavoristiche si prescinde dai criteri ordinari di determinazione del danno per alleviare in un certo qual modo, quando ne ricorrano le necessità, le conseguenze gravanti sul datore di lavoro.

Per altro verso è innegabile che l'utilizzo dei criteri di legge di cui agli artt. 8 l. n. 604/1966 e 18 St. Lav. avvantaggi il lavoratore che, innanzitutto, non è chiamato a provare il danno effettivamente subito ma, tutt'al più<sup>828</sup>, elementi più facilmente dimostrabili. In questo senso si realizza quindi un alleggerimento dell'onere probatorio altrimenti gravante sul creditore secondo le ordinarie regole civilistiche.

---

<sup>825</sup> Considerato in diritto, n. 3.3.1

<sup>826</sup> M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., pag. 128.

<sup>827</sup> Ciò viene riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 194/2018.

<sup>828</sup> La questione dell'onere probatorio, infatti, non trova una soluzione univoca, e spesso le pronunce utilizzano nella determinazione del danno le informazioni ricavate dagli atti processuali e dalle prove prodotte da entrambe le parti.

Inoltre tali criteri, come riconosce la Corte costituzionale nella sentenza n. 303/2011, prescindendo in larga parte dal danno effettivamente subito, possono comportare la liquidazione di cifre superiori a quello che sarebbe il suo ammontare avendo riguardo al solo pregiudizio del lavoratore, come potrebbe avvenire qualora il lavoratore avesse reperito subito un'altra occupazione ma il datore di lavoro fosse, per esempio, di grandi dimensioni e avesse posto in essere un licenziamento particolarmente spregiudicato, acquistando quindi una natura sanzionatoria<sup>829</sup> nei confronti del datore di lavoro a tutto vantaggio del lavoratore.

Tali aspetti non sembrano però sufficienti per poter affermare che alle previsioni in materia di tutela obbligatoria, o comunque a quelle che prevedono una forfettizzazione del risarcimento, debba essere riconosciuta una natura sanzionatoria.

Ed invero se ci si sofferma sull'evoluzione che ha portato nell'ultimo decennio il legislatore ad introdurre varie ipotesi di indennità forfettizzata, si ha la conferma che l'obiettivo perseguito non fosse certamente quello di avvantaggiare il lavoratore, ma che, al contrario si mirasse al contenimento dei costi legati alla gestione dei rapporti di lavoro<sup>830</sup>. A tale fine mira, infatti, la previsione dell'indennità a favore del lavoratore illegittimamente assunto a termine, nonché la successiva estensione di essa nei casi di illegittimo ricorso alla somministrazione di lavoro<sup>831</sup>; nella stessa logica si iscrive, inoltre, l'abbassamento di tutele derivante dalla modifica dell'art. 18 St. Lav. con l'introduzione delle diverse tipologie di tutela obbligatoria. È noto, infatti, come con l'art. 32 l. n. 183/2010, la prima di tali disposizioni, il legislatore abbia inteso rispondere alle incertezze derivanti dalla giurisprudenza che, in assenza di una disciplina legislativa sulla tutela monetaria che accompagna la conversione del contratto, era orientata nel liquidare

---

<sup>829</sup> M. TREMOLADA, *Il lavoro a termine e quello somministrato: condizioni di legittimità e sanzioni civili*, cit., pag. 324, definisce l'indennità dovuta in questo caso "penale" in quanto «spetta al lavoratore a prescindere dall'esistenza stessa del danno e dall'entità del medesimo».

<sup>830</sup> Alla base della scelta legislativa, secondo E. BALLETTI, op. ult. cit., pagg. 11 e segg. si pone «la valutazione dei previgenti moduli sanzionatori come eccessivamente gravosi per il datore di lavoro o comunque in qualche misura non al passo con i tempi, anche alla luce del surplus di tutele che può aversi in virtù dell'incidenza di fattori esterni, quali i tempi dilatati della giustizia, nonché sempre possibili comportamenti strumentali da parte dello stesso lavoratore», nello stesso senso ID, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in A.A. V.V., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, *Atti delle Giornate di Studio di Diritto del lavoro Aidlass, Napoli 16-17 giugno 2016*, Milano, 2017, p. 67 e segg. e G. FERRARO, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, I, pagg. 13 e segg.

<sup>831</sup> C. ZOLI, *L'evoluzione del sistema rimediabile: privato e pubblico a confronto*, cit., pag. 427; M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino, 2017, pagg. 208. Non è un caso che tali previsioni legislative si accompagnino ad una restrizione dei casi in cui all'illegittimità del contratto a termine consegua la conversione del contratto.

il risarcimento dovuto al lavoratore quantificandolo nelle retribuzioni che il lavoratore avrebbe maturato *medio tempore*<sup>832</sup>. La finalità perseguita, pertanto, dev'essere rinvenuta nella volontà di attenuare le conseguenze derivanti dalla lunghezza dei processi e dal lasso di tempo che può intercorrere tra la cessazione del rapporto e la sentenza, realizzando un bilanciamento tra tale interesse e quello del lavoratore<sup>833</sup>.

Più che ad un utilizzo delle tecniche sanzionatorie connesse al risarcimento del danno, si è in presenza, quindi, di una volontà di bilanciamento e contenimento dei costi<sup>834</sup>, tale da determinare un allontanamento dalla logica sanzionatoria nella quale l'intento perseguito è quello afflittivo del danneggiante<sup>835</sup>. Confrontando l'evoluzione che ha segnato queste materie con quella della responsabilità civile, si può affermare che il diritto del lavoro, che pure era stato precursore nell'attribuzione di una funzione addirittura sanzionatoria al risarcimento del danno, mirando al mai sopito bisogno di garantire l'effettività delle tutele, ha, quantomeno nelle materie che si sono esaminate e, molto significativamente, in quella dei licenziamenti, abbandonato tale intento, con la conseguenza che allo stato attuale il diritto civile, anche laddove si limita a prevedere il risarcimento compensativo del danno subito, risulta riconoscere una garanzia più forte<sup>836</sup>, che infatti viene talora invocata<sup>837</sup> per aspirare ad un aumento delle tutele.

Seguitando nell'analisi delle funzioni attribuite alle indennità previste in materia di

---

<sup>832</sup> Cass. 27 gennaio 2011, n. 1959, in *Rep. Foro it.* 2011, voce Lavoro (rapporto), n. 840; Cass. 13 luglio 2009, n. 16322, in *Mass. giur. lav.* 2011, 328. Se questo era l'orientamento prevalente assunto dalla giurisprudenza, sussistevano però delle discrepanze circa il *dies a quo* in relazione al quale calcolare tale diritto, e ciò acuiva l'incertezza del datore di lavoro nella valutazione preventiva dell'entità del risarcimento; inoltre risultava che la diversa durata dei processi desse luogo ad «esiti applicativi divaricati». cfr. A. BOLLANI, *Discrezionalità del legislatore e bilanciamento di interessi: il regime indennitario dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, legge n. 183/2010, supera il vaglio di costituzionalità*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, IV, pagg. 1103 e segg.

<sup>833</sup> R. ROMEI, *Il bilanciamento delle conseguenze dell'illegittima apposizione del termine dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2012, I, pagg. 555 e segg.

<sup>834</sup> V. anche quanto affermato da C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, cit., nt. 21 a proposito dell'indennità ex art. 28, co. 2, d. lgs. n. 81/2015 e da SS.UU. 15 marzo 2016, n. 5072, *Dir. rel. ind.* 2016, 3, 828, nella quale si afferma che «per il lavoratore privato l'indennizzo ex art. 32, comma 5, è in chiave di contenimento del danno risarcibile per essere - o poter essere - l'indennizzo meno del danno che potrebbe conseguire il lavoratore secondo i criteri ordinari».

<sup>835</sup> M. BIASI, *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte Cost. n. 194/2018*, cit., E. BALLETTI, *Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro*, cit., pagg. 11 e segg.

<sup>836</sup> E. BALLETTI, op. loc. ult. cit.

<sup>837</sup> F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 252/2012. Sull'auspicabile rivalutazione degli schemi del diritto civile, M. PERSIANI, *Ancora sul diritto civile e diritto del lavoro*, relazione presentata al convegno Diritto del lavoro e diritto civile di fronte alla "crisi dell'impresa", Verona, 4-5 maggio 2019.

licenziamento, si è già avuto modo di osservare come la recente sentenza della Corte costituzionale, n. 194/2018 abbia affermato che tra le funzioni che devono essere apprezzate per valutare la congruità dell'indennità vi è quella dissuasiva.

L'affermazione è importante, e sebbene sia stata resa in relazione alla fattispecie prevista dal d. lgs. n. 23/2015 sembra estensibile con riferimento a tutta la normativa che disciplina le conseguenze del recesso datoriale ingiustificato, dettando un principio il cui rispetto andrà verificato nelle diverse ipotesi in particolare nelle aree di tutela obbligatoria, posto che la tutela reale è il rimedio che per eccellenza garantisce l'effetto di deterrenza.

Ci si deve però intendere sul concetto di dissuasività e, senza ripetere le considerazioni già svolte<sup>838</sup>, non sembra che l'affermazione della Corte, quantomeno con riferimento alla disciplina da essa censurata, debba essere letta come volontà di introdurre una componente aggiuntiva nella liquidazione dell'indennità, specificamente mirante a dissuadere il datore di lavoro dall'intento di licenziare in modo illegittimo. Piuttosto con l'utilizzo del concetto di deterrenza sembra si sia fatto riferimento alla necessità di evitare che la previsione di una tutela meramente indennitaria, soprattutto ove di entità troppo modesta, si trasformi in un mero costo del licenziamento<sup>839</sup>, rendendo di fatto semplice e solo più costoso per il datore di lavoro l'esercizio del potere di recesso anche al di fuori dei limiti di legge e frustrando il diritto al lavoro in sé, nonché gli altri diritti connessi al rapporto di lavoro. Per questo motivo, in effetti, e per l'asserita assenza di una forza di dissuasione insita negli importi ivi previsti, troppo esigui sia nel minimo che nel massimo, la l. n. 604/1966 è da sempre stata oggetto di critica<sup>840</sup>.

E sebbene la previsione per cui il datore di lavoro è chiamato a corrispondere un'indennità al lavoratore anche nel caso in cui questi non abbia subito un danno per effetto del licenziamento sembri a prima vista costituire di per sé un deterrente rispetto all'intento di licenziare ingiustamente<sup>841</sup>, risulta però che così concretamente non sia in ragione del valore modesto delle indennità previste dalla legge: infatti perché la "sanzione" abbia una sufficiente forza di dissuasione, questa dev'essere determinata in

---

<sup>838</sup> Cfr. capitolo IV, par. 7.

<sup>839</sup> Secondo quello che prevede la teorica del c.d. *firing cost*, la cui legittimità è stata quindi esclusa.

<sup>840</sup> G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., pag. 154 afferma infatti che la norma non aveva eliminato il licenziamento abusivo, ma lo aveva solo reso più oneroso; similmente M. D'ANTONA, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, L. 11 maggio 1990, n. 108, art. 1, pag. 162, definisce l'indennità come un «prezzo prefissato per l'esercizio abusivo del potere di licenziare».

<sup>841</sup> L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento*, cit., pag. 36.

una misura sufficientemente alta da pregiudicare in qualche modo il datore di lavoro e quindi risultare temibile.

In tal senso un ostacolo risulta costituito, inoltre, dalle soglie massime previste legislativamente, che comportano che il datore di lavoro conosca anticipatamente il costo massimo che sarà chiamato a sopportare e che spesso, anche per effetto dei criteri utilizzati nella quantificazione di essa, fanno sì che l'importo dell'indennità sia inferiore rispetto al danno sofferto dal lavoratore. È proprio questo, invero, che rischia di compromettere la funzione dissuasiva dell'indennità; infatti non è la forfettizzazione del risarcimento in sé a costituire un ostacolo al perseguimento di tale funzione, ma è la determinazione di una somma che risulti inferiore rispetto al danno derivante dall'illecito che frustra la finalità di deterrenza<sup>842</sup>, ed è ciò che rischia di verificarsi nelle ipotesi di tutela obbligatoria<sup>843</sup>, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale.

Infine, ulteriore funzione che si è visto possa essere individuata con riferimento alle attribuzioni spettanti a titolo risarcitorio al lavoratore destinatario della tutela reale per il periodo successivo alla sentenza è quella compulsiva rispetto all'adempimento del datore di lavoro all'obbligo di reintegrazione<sup>844</sup>. Sebbene tra le ipotesi legislative a cui le Sezioni Unite della Cassazione nella pronuncia n. 16601/2017 abbiano attribuito natura sanzionatoria ne figurino diverse che hanno la medesima funzione, tra cui la più nota è costituita dalla misura di coercizione indiretta<sup>845</sup> di cui all'art. 614 bis c.p.c.<sup>846</sup>, si deve

---

<sup>842</sup> G. VILLA, *La forfettizzazione legislativa del danno risarcibile*, cit., pag. 621; V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?*, in *Lav. dir.*, 2017, III-IV, pag. 416

<sup>843</sup> Così M. PERSIANI, *Ancora sul diritto civile e diritto del lavoro*, cit., secondo il quale l'apposizione di un limite massimo pregiudica la funzione di dissuasione. Sull'estraneità rispetto alle istanze di effettività della tutela delle ipotesi di forfettizzazione del danno v. P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, cit., pag. 302.

<sup>844</sup> Cfr. in particolare capitolo III, par. 2.

<sup>845</sup> Fermo restando che la qualificazione di queste somme come "sanzione" rimane discussa, dato che in dottrina si evidenzia che la finalità di indurre ad adempiere, seppur con la minaccia di subire la condanna al pagamento di una somma, sia ben diversa da quella di sanzionare l'inadempimento, v. P. CENDON, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in S. MAZZAMUTO, a cura di, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, pagg. 293 e segg.

<sup>846</sup> «Art. 614 bis. *Misure di coercizione indiretta.*

*Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.»*



evidenziare come tra queste e la previsione dell'obbligo di risarcire il danno conseguente alla mancata reintegra vi sia una differenza di non poco conto che porta ad escludere la possibilità che a quest'ultima sia attribuibile una funzione di sanzione. Le ipotesi legislative di misure coercitive indirette, infatti, comportano che il debitore inadempiente rispetto all'obbligo sancito dalla pronuncia sia tenuto a versare una somma ulteriore rispetto a quella spettante al creditore per effetto dell'iniziale inadempimento; il risarcimento del danno derivante dalla mancata reintegra, invece, non viene liquidato in una cifra ulteriore rispetto al danno sofferto dal lavoratore; si è quindi in un'ipotesi propriamente intesa di polifunzionalità del risarcimento, nel senso che è la stessa somma ad assumere sia la funzione di risarcimento compensativo del danno sofferto che di compulsione all'adempimento<sup>847</sup>.

Risulta quindi conclusivamente che sebbene non vi sia dubbio che alle somme versate al lavoratore illegittimamente licenziato possa essere attribuita una pluralità di funzioni, rimanga prevalente la funzione di risarcimento compensativo dell'inadempimento dell'obbligo datoriale di non licenziare se non in presenza delle causali di legge; conseguentemente sorge la necessità di verificare se la disciplina dettata risponda ai valori costituzionali.

---

*Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.*

<sup>847</sup> Per certi versi, quindi, l'imposizione del risarcimento del danno per il periodo successivo alla sentenza avrebbe un effetto simile - ma più accentuato se si accolgono i principi contenuti nelle pronunce Corte Cost. n. 303/2011 e S.U. 2990/2018 in merito ad esempio all'irripetibilità delle somme - rispetto alla funzione di deterrenza che alcuni Autori attribuiscono al risarcimento del danno anche quando ad essere liquidata è una cifra equivalente al pregiudizio sofferto dal danneggiato (cfr. cap. II, par. 5).

## 2. LA TUTELA CONTRO I LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI ALLA LUCE DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

Considerato il valore centrale assegnato nella Costituzione al lavoro<sup>848</sup>, che si pone come principio fondante dello Stato<sup>849</sup>, legato indissolubilmente agli altri valori fondamentali, tanto che è stato definito alternativamente quale diritto di uguaglianza e di solidarietà e che, soprattutto, costituisce espressione della persona del lavoratore<sup>850</sup>, che attraverso tale strumento corregge le disuguaglianze di fatto che caratterizzano la società realizzando il disposto dell'art. 3, co. 2 Cost.<sup>851</sup>, acquista invero un rilievo di primo piano la tutela avverso il licenziamento illegittimo<sup>852</sup>.

Il diritto al lavoro, infatti, così come previsto dall'art. 4 Cost., comporta anche, nel suo ampio contenuto, la «protezione dell'interesse alla conservazione del posto»<sup>853</sup>, e quindi tutela la continuità del lavoro una volta che il rapporto sia costituito<sup>854</sup>, il che si traduce in un sistema necessariamente caratterizzato da un lato dalla tendenziale necessaria

---

<sup>848</sup> Sul tema v. C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA, a cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1975; ID, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, pagg. 149 e segg.; Come osserva M. LUCIANI, *Il lavoro nella Costituzione*, in B. PEZZINI, M. BARONCHELI, a cura di, *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, il cammino*, Bergamo, 2007, pagg. 139 e segg., come il lemma “lavoro” o i suoi derivati ricorrono in ben 23 commi della Costituzione.

<sup>849</sup> G. LOY, *Una repubblica fondata sul lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, II, pag. 203. Secondo M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Studi in onore di E. Ghera*, Bari, 2008, pag. 750, «è posto accanto al principio repubblicano, che identifica la forma dello Stato, e al principio democratico, criterio regolativo della sovranità».

<sup>850</sup> L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Ius*, 1998, pag. 7; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, pag. 157; M. LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2008, pag. 8.

<sup>851</sup> V. SPEZIALE, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea? Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs. n. 23/2015*, Università degli Studi di Ferrara, dipartimento di Giurisprudenza, 28.06.2018; nello stesso senso M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, III, Supplemento, pag. 23.

<sup>852</sup> R. FLAMMIA, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in R. SCOGNAMIGLIO, a cura di, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1979, pagg. 225 e segg.; M.V. BALLESTRERO, *La stabilità come valore e come problema*, Torino, 2007; V. SPEZIALE, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, cit., pagg. 33 e segg.

<sup>853</sup> V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pag. 377; concetto ripreso nell'omonimo scritto di M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, cit.

Fermo restando che sebbene a tale diritto sia attribuita valenza generale risulta comunque esclusa l'area di libera recedibilità.

<sup>854</sup> M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, pag. 345.

giustificazione dei licenziamenti<sup>855</sup> e dall'altro da adeguate tutele qualora il licenziamento sia intimato in carenza dei presupposti.

Ciò tuttavia non è sempre stato scontato e, ripercorrendo brevemente l'evoluzione che ha caratterizzato le pronunce della Corte costituzionale, emerge come a tale affermazione si sia arrivati con gradualità<sup>856</sup>.

Con la prima pronuncia resa in materia, la nota sentenza n. 45 del 1965<sup>857</sup>, la Corte affermava infatti, in relazione all'art. 2118 c.c. ed al sistema di libera recedibilità ivi previsto, che «l'art. 4 della Costituzione, come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto.», ma aggiungeva tuttavia che «con ciò non si vuol dire che la disciplina dei licenziamenti si muova su un piano del tutto diverso da quello proprio dell'art. 4 della Costituzione. Se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti», affermando, nell'occasione che «il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisce più un principio generale del nostro ordinamento.»

È noto come l'invito della Corte abbia condotto all'introduzione del regime di necessaria giustificazione dettato dalla l. n. 604/1966 e in seguito allo Statuto dei

---

<sup>855</sup> Sul diritto a non essere licenziati arbitrariamente come espressione del diritto di cui all'art. 4 Cost., A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, 2006, pag. 158.

<sup>856</sup> Sul punto v. M.V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in *Lav. dir.*, 2007, II, pagg. 395 e segg.

<sup>857</sup> C. cost., 9 giugno 1965, n. 45, in *Giur. cost.*, 1965, pag. 663.

lavoratori, e le successive pronunce hanno infatti affermato sempre più chiaramente l'esistenza di un principio di non arbitrarietà del licenziamento<sup>858</sup> (Corte cost. n. 541/2000, che afferma la «garanzia costituzionale del diritto di non subire un licenziamento arbitrario») e, successivamente, di «necessaria giustificazione del recesso» (Corte cost. n. 41/2003).

Quanto al contenuto della tutela necessaria in ipotesi, appunto, di licenziamento ingiustificato, emerge dalle menzionate pronunce l'ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nella scelta tra tutela reale ed obbligatoria, come sottolineato da ultimo anche in Corte cost., n. 194/2018. In quest'ultima pronuncia, tuttavia, la Corte compie anche importanti affermazioni di principio relative ai limiti che incontra il legislatore nell'esercizio di tale discrezionalità<sup>859</sup>, enunciando che «l'affermazione sempre più netta del «diritto al lavoro» (art. 4, primo comma, Cost.), affiancata alla «tutela» del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.), si sostanzia nel riconoscere, tra l'altro, che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro<sup>860</sup>. Il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele»; si afferma, inoltre, il «particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35 Cost.), per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana», tale da far ritenere irrispettosa degli artt. 4 e 35 Cost. una tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità che non costituisce «né un adeguato ristoro del danno prodotto, nei vari casi, dal licenziamento, né un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente» con un'affermazione di forte valore.

In tal modo, infatti, non solo la Corte offre importanti indicazioni sul contenuto della tutela minima necessaria che il legislatore deve apprestare, ma si oppone anche

---

<sup>858</sup> Tale da trovare attuazione anche nell'ambito dei licenziamenti *ad nutum*, cfr. M. TREMOLADA, *Il licenziamento libero*, in E. GRAGNOLI, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, cit., pag. 421.

<sup>859</sup> Come ricorda, infatti, V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, cit., pag. 53, anche la discrezionalità del legislatore trova limite nelle «garanzie», nei «principi» e nei «diritti» «sottratti alla disponibilità delle parti», come avviene per il tipo lavoro subordinato, notoriamente indisponibile da parte del legislatore, che non può negarne la qualificazione (Corte cost., 29 marzo 1993, n. 121, in *Giur. cost.* 1993, 1004).

<sup>860</sup> Tale affermazione è stata letta come conferma del valore del diritto alla stabilità del posto di lavoro in quanto garanzia dell'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica, sociale del Paese come previsto dall'art. 3 Cost., cfr. F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, cit., pag. 269.

all'impostazione assunta da parte della dottrina costituzionalista e giuslavorista che, in particolar modo nei tempi più recenti, sosteneva la necessità di rivedere la prevalenza da sempre attribuita al diritto al lavoro tra i diritti previsti dalla Costituzione<sup>861</sup> o, in ogni caso, proponeva una lettura del diritto al lavoro tale da superare la logica del singolo rapporto, spostandosi piuttosto in quella del mercato. Così, aderendo pienamente alla scelta legislativa contenuta nel c.d. *Jobs act* di rendere meno gravose e comunque prevedibili le tutele a favore del lavoratore licenziato, spostandosi dalla concezione della *property* alla *liability rule*, si è sostenuto che attraverso questo tipo di intervento si realizzassero pienamente i valori contenuti nella Costituzione ed in particolare nell'art. 3, co. 2, garantendo a tutti i lavoratori la possibilità di accedere ad un lavoro e a coloro che, invece, lo perdono, di essere tutelati attraverso gli interventi di *welfare*<sup>862</sup>; secondo tale impostazione, infatti, una diminuzione delle tutele degli occupati, ove necessaria al fine di rendere il mercato del lavoro più fluido, garantirebbe l'attuazione del diritto al lavoro di coloro che, al contrario, sono inoccupati, e risulterebbe quindi legittima<sup>863</sup>.

La Corte, quindi, respinge tale impostazione e si sofferma invece sul contenuto minimo necessario delle tutele che devono essere apprestate a favore del lavoratore illegittimamente licenziato, prendendo in esame l'area della tutela obbligatoria.

Il fatto che nella pronuncia n. 194/2018 la Corte abbia l'occasione di esprimersi per la prima volta sul sistema previsto dal d. lgs. n. 23/2015, e lo faccia senza nemmeno considerare la questione della regressione delle tutele ed in particolare la sempre più accentuata diminuzione dell'area di applicazione della tutela reale, costituisce il primo aspetto interessante su cui soffermarsi.

L'assunto su cui si basa la pronuncia, infatti, è quello secondo cui la tutela reale non risulta affatto necessitata, com'è stato chiarito in occasione della pronuncia di

---

<sup>861</sup> G. DI GASPARE, *Il lavoro quale fondamento nella Repubblica*, in *Dir. pub.*, 2008, pagg. 863 e segg.; G.U. RESCIGNO, *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, in E. GHERA, A. PACE, a cura di, *L'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, 2009, pagg. 105 e segg.

<sup>862</sup> R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, pagg. 560 e segg.

<sup>863</sup> M. CAVINO, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti al vaglio della Corte Costituzionale*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea? Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs. n. 23/2015*, cit., in particolare pag. 11. *Contra*, V. SPEZIALE, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, cit., pag. 37, afferma che tale interpretazione non è coerente con quanto previsto dalla Costituzione, in quanto le garanzie sul mercato del lavoro rientrano tra gli scopi perseguiti dal legislatore ma «si affiancano, senza escluderle, a quelle che sono appunto finalizzate a garantire i diritti fondamentali "nel contratto"».

ammissibilità del referendum abrogativo dell'art. 18 St. Lav. Nell'ammettere il quesito referendario<sup>864</sup>, invero, era stato affermato che se tale disposizione «è indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi d'attuazione», riprendendo quindi quanto affermato nella pronuncia n. 45/1965, «è da escludere, tuttavia, che la disposizione [...], per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi.»; e che, nell'ipotesi in cui fosse rimosso l'art. 18 St. Lav., non «verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto resterebbe, comunque, operante nell'ordinamento, anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea, ratificata e resa esecutiva con legge 9 febbraio 1999, n. 30, la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, la cui tendenziale generalità deve essere qui sottolineata.»

La Corte, quindi, riporta il contenuto di tale giurisprudenza senza nemmeno soffermarsi sulla questione. La scelta, d'altro canto, sembra oggi<sup>865</sup> quasi obbligata<sup>866</sup>,

---

<sup>864</sup> C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in *Giur. cost.* 2000, 360.

<sup>865</sup> Com'è noto ciò non è sempre stato pacifico: al contrario a seguito dell'introduzione dell'art. 18 St. Lav. molti Autori ritenevano che si fosse ormai attuata la massima garanzia della conservazione del posto di lavoro e che il legislatore non potesse quindi più abbassare il livello di tutela, così C. ASSANTI, *Scelte culturali e disciplina più avanzata dei licenziamenti*, in M. DE CRISTOFARO, a cura di, *I licenziamenti individuali dopo la l. n. 108/1990*, Padova, 1991, pag. 45, secondo la quale le leggi espressione di principi costituzionali non possono essere modificate se questo comporta un arretramento della tutela. Dubitava inoltre della legittimità costituzionale di un eventuale arretramento G.F. MANCINI, *sub. Art. 4*, in G. BRANCA, diretto da, *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1976, par. 10, «Assai meno comprensibile, comunque, sarebbe un suo ritorno a tali limiti oggi o domani. Salire dal niente al poco avendo di mira il tutto o il quasi tutto è una cosa. Scendere dal tutto – che corrisponde alla direttiva politica contenuta nella norma- al poco, specie se questo, com'è nel caso in esame, somiglia più al niente che al tutto, è una cosa affatto diversa. E a mio avviso, contestabile sul piano della correttezza costituzionale».

<sup>866</sup> In tal senso si sono espressi la maggior parte degli Autori, in precedenza v. anche M.V. BALLESTRERO, *A proposito di un improbabile resurrezione dell'art. 18 St. Lav.*, in *Lav. dir.*, 2017, pagg. 495 e segg. *Contra* M. PERSIANI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes*, cit., pag. 126, secondo il quale anche indipendentemente dal contenuto dell'ordinanza di rimessione i giudici costituzionali «avrebbero, cioè, potuto utilizzare la stessa tecnica utilizzata, ad esempio, dall'ordinanza n. 225 del 1 giugno 1995 (relatore Mengoni) con la quale la Corte costituzionale, chiamata a valutare la legittimità costituzionale della seconda parte dell'art. 9bis della legge n. 166 del 1991, dapprima sollevò avanti a se stessa la questione di legittimità costituzionale anche della prima parte di quella disposizione e, poi, con la sentenza n. 421 del 1995, dichiarò l'illegittimità costituzionale di entrambi quelle disposizioni.» Ed in effetti anche a seguito della pronuncia n. 46/2000 alcuni interpreti si erano espressi in senso critico sul fatto che la tutela obbligatoria potesse rappresentare la regola, in quanto solo il lavoro, ottenibile esclusivamente mediante la tutela reale, esercita le funzioni di emancipazione e socializzazione

vista appunto la decisa posizione assunta dalla stessa nella pronuncia menzionata, ed invero persino nell'ordinanza di rimessione era stato specificato che oggetto di censura non era la scelta di applicare la tutela obbligatoria in luogo di quella reale, in quanto non si ravvisava in questo un contrasto con la Costituzione.

Il secondo aspetto degno di nota nella pronuncia, e che risulta invero centrale, è l'affermazione relativa al contenuto delle tutele, alla necessità che l'indennità possieda le caratteristiche di adeguatezza e dissuasività, caratteristiche che la Corte coerentemente collega alla possibilità di esercizio dei diritti connessi al rapporto di lavoro. È apprezzabile il fatto che nella motivazione venga evidenziato questo stretto collegamento che intercorre tra una forma di tutela contro il licenziamento efficace e la possibilità di far valere i diritti derivanti dal rapporto di lavoro, ed invero è evidente che in un sistema di libera recedibilità «anche le più pregnanti discipline di garanzia dei diritti della persona del lavoratore sono destinate a liquefarsi di fronte ad un rapporto che, se pure imposto a titolo sanzionatorio, sia poi liberamente risolvibile a costi irrisori»<sup>867</sup>.

Stupisce, invece, la scelta di non soffermarsi maggiormente sull'adeguatezza della tutela in considerazione del tetto massimo previsto dalla legge; se infatti è vero che, come afferma la Corte, non esiste un principio di integralità del risarcimento del danno, le pronunce che hanno affrontato la questione della legittimità costituzionale di disposizioni che prevedevano una limitazione al risarcimento hanno di volta in volta indagato sui motivi posti alla base di tale limitazione, valutando se ve ne fosse la necessità e se, comunque, il diritto del danneggiato risultasse sufficientemente tutelato.

---

protette dalla Costituzione, così F. BENVENUTI, *Lavoro, principio costituzionale del*, in *Enc. Giuridica Treccani*, Roma, 2009, pag. 13 e S.U. n. 141/2006.

<sup>867</sup> O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in *Lav. dir.*, 2007, IV, pag. 545.



3. L'ADEGUATEZZA DEL RISARCIMENTO NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, IN PARTICOLARE CON RIFERIMENTO ALLE IPOTESI DI LIMITAZIONE O FORFETTIZZAZIONE LEGISLATIVA DEL RISARCIMENTO.

Il principio generale secondo cui nella responsabilità civile, sussistendo la finalità di riparazione del danno sofferto, dev'essere garantita l'integrale riparazione del danno, ha infatti una chiara caratterizzazione equitativa<sup>868</sup>.

L'integralità del risarcimento trova però in alcune ipotesi una limitazione, avente titolo sia nell'accordo tra le parti, come avviene con la previsione di clausole di esonero dalla responsabilità o con la pattuizione di una clausola penale ovvero di una caparra penitenziale, o nella legge stessa, che talora interviene fissando delle limitazioni al risarcimento del danno, sia nell'area della responsabilità contrattuale che in quella della responsabilità extracontrattuale, stabilendo un limite massimo oltre il quale non opera l'obbligo di risarcimento. Così l'art. 1783 c.c. prevede un limite per la responsabilità dell'albergatore per i danni alle cose portate in albergo, stabilendone la misura massima nell'equivalente di cento volte il prezzo di locazione dell'alloggio per la giornata, limitazione applicabile, *ex art.* 1786, agli stabilimenti e ai locali assimilati agli alberghi. La *ratio* di tale disposizione, che non trova applicazione nei casi di danno derivante da colpa dell'albergatore o quando le cose siano affidate in custodia, è quella di porre un limite all'altrimenti eccessivo rischio che sarebbe gravato sull'albergatore<sup>869</sup>. Gli artt. 17 e 22 della Convenzione di Montreal, ratificata nel nostro Paese con legge n. 12 del 2004, limitano la responsabilità del vettore aereo per danni alle cose e alle merci in un multiplo dei diritti speciali di prelievo, salvo il rilascio, da parte di questi, di una dichiarazione speciale di interesse alla consegna a destinazione ed il pagamento di una tassa supplementare; analoga limitazione al risarcimento è prevista anche per i danni occorsi ai

---

<sup>868</sup>G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pag. 67. Nello stesso senso, C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, II pag. 517, secondo cui il risarcimento integrale esprime la regola, per effetto della quale la somma dovuta a titolo di risarcimento va calcolata in modo da corrispondere all'entità della perdita economica subita dalla vittima, in modo da attuare la traslazione di un costo, che si sia verificato a carico di un soggetto, da questi ad un altro soggetto, individuato come responsabile in base a uno dei criteri normativi di responsabilità, e sul presupposto del carattere "ingiusto" del danno.

<sup>869</sup>M. PROTTO, *Sulla responsabilità degli albergatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, pag. 387, sottolineava che spesso gli oggetti preziosi fossero conservati nelle singole camere, senza alcuna precauzione e senza nemmeno che l'albergatore ne fosse a conoscenza, con la conseguenza che il rischio professionale fosse enorme e sproporzionato rispetto al prezzo del servizio.

passaggeri. Altre disposizioni, presenti pressoché indistintamente in tutte le leggi e convenzioni internazionali aeronautiche, hanno inoltre lo scopo di limitare la responsabilità del vettore in ragione dei particolari rischi della navigazione aerea, dell'onerosità del suo esercizio e dell'utilità generale che si realizza favorendone lo sviluppo<sup>870</sup>. Sempre con riferimento ai danni derivanti dalla circolazione è stato introdotto con gli artt. 138 e 139 c.d.A. un sistema di calcolo del risarcimento in base alle tabelle con le quali si determina la misura del danno biologico e morale liquidabile, con la possibilità di incremento della misura, da parte del giudice, sino ad un quinto con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato. Era stata introdotta, inoltre, una disposizione, la l. n. 31 dicembre 1962, n. 1860, concernente la responsabilità avente ad oggetto i danni, alle persone e alle cose, causati da incidente nucleare, che limitava la responsabilità dell'esercente considerando la gravità del danno, il cui risarcimento avrebbe altrimenti potuto implicare cospicue risorse finanziarie<sup>871</sup>.

Cifra comune delle ipotesi considerate è il fatto che il sacrificio per il danneggiato risulta compensato, in un certo modo, dall'applicazione di un sistema di responsabilità oggettiva, per cui il responsabile viene chiamato a rispondere senza possibilità di dimostrare che il danno non sia dipeso da un suo comportamento negligente, e che gli interessi oggetto del bilanciamento siano interessi meritevoli di tutela.

La Corte costituzionale, chiamata a giudicare della legittimità di tali norme, ha da sempre riconosciuto che non esiste un principio di integrale riparazione del danno, valutando però di volta in volta la *ratio* di tali limitazioni, in modo tale da giudicare la congruità del bilanciamento dei diversi interessi sottesi e richiedendo, comunque, che il risarcimento previsto risultasse adeguato.

Da tali pronunce possono essere ricavati alcuni principi generali: il primo ha ad oggetto la responsabilità per dolo e colpa grave, in tali casi, afferma la Corte, si può individuare in un "insieme di norme", disseminate nel codice civile (artt. 1229, co. 1, 1713, co. 2), nel codice della navigazione e in leggi speciali, «un principio generale, conforme alla tradizione giuridica europea, che non ammette il debitore ad avvalersi di limitazioni convenzionali o legali di responsabilità quando l'inadempimento dipende da dolo o colpa grave»<sup>872</sup>. Tale principio, afferma la Corte, non ha copertura costituzionale e non vincola inderogabilmente il legislatore, tuttavia comporta che il limite di responsabilità,

---

<sup>870</sup>A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, cit., pag. 418.

<sup>871</sup>A. DE CUPIS, op. ult. cit. p. 423.

<sup>872</sup>Corte cost., 22 novembre 1991, n. 420, in *Giust. civ.* 1992, I, 307, punto 4 della motivazione.

«specialmente quando è configurato come invalicabile anche nell'ipotesi di dolo o colpa grave, deve essere compensato da idonee garanzie di adeguatezza del risarcimento del danno». Pertanto, nelle ipotesi di responsabilità per dolo o colpa grave il legislatore ben può, nella sua discrezionalità, optare o per l'esclusione dell'operatività del limite stesso ovvero per una congrua elevazione del massimale, e tale seconda soluzione sarà ammissibile, appunto, solo apprestando idonee garanzie di adeguatezza. Così, nella prima pronuncia in materia, relativa al trasporto ferroviario<sup>873</sup>, la Corte dichiarò sufficiente il raddoppio del limite posto al risarcimento nelle ipotesi di colpa grave o dolo, senza ritenere necessaria alcuna ulteriore valutazione sull'entità del risarcimento risultante; sono state invece dichiarate incostituzionali, proprio in quanto il limite risarcitorio previsto dal legislatore nell'ambito di una forfettizzazione del risarcimento risultava inadeguato alle ipotesi di responsabilità per dolo o colpa grave, le disposizioni in materia di indennizzo per il mancato recapito della corrispondenza raccomandata, di cui all'art. 6 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156<sup>874</sup>, la norma contenuta all'art. 423 cod. nav<sup>875</sup> oltre che la norma di cui all'art. 1, co. 1, l. 22 agosto 1985, n. 450, in materia di trasporti di merci su strada soggetti al sistema di tariffe a forcella<sup>876</sup>.

Inoltre, nel sindacare la legittimità delle disposizioni in questione, la Corte costituzionale ha di volta in volta valutato i motivi alla base della scelta di limitare il risarcimento dovuto, ritenendo ammissibili le limitazioni di responsabilità solo se rispondenti al criterio di ragionevolezza, inteso come realizzazione di un equilibrato contemperamento dei contrapposti interessi<sup>877</sup>. La giustificazione, così, è stata individuata, esaminando le diverse limitazioni di responsabilità nel settore dei trasporti (aereo, navale, per strada, postale), nella necessità di ridurre il costo del trasporto, in quanto il rischio di rispondere dell'intero danno avrebbe comportato un innalzamento dei costi del servizio, e, conseguentemente, delle merci trasportate, con nocumento

---

<sup>873</sup>Corte cost., 12 maggio 1982, n. 90, in *Arch. giur. circol. e sinistri* 1982, 455.

<sup>874</sup>Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 463, in *Danno e resp.* 1998, 226, che dichiara incostituzionale la norma nella parte in cui dispone che l'Amministrazione non è tenuta al risarcimento dei danni in caso di colpevole ritardo nella rinnovazione di assegno postale localizzato, smarrito, distrutto o sottratto durante la trasmissione all'ufficio di pagamento designato dal traente.

<sup>875</sup>Corte cost., 26 maggio 2005, n. 199, in *Dir. trasporti* 2005, 953, che dichiara incostituzionale la norma nella parte in cui non esclude il limite del risarcimento dovuto dal vettore marittimo in caso di responsabilità determinata da dolo o colpa grave sua o dei suoi dipendenti o preposti.

<sup>876</sup>Corte cost., 22 novembre 1991, n. 420 cit.

<sup>877</sup>C. cost. 2 novembre 1996, n. 369, in *Foro it.* 1997, I, 2400.

dell'interesse generale<sup>878</sup>. In tali casi la scelta legislativa di introdurre una soglia massima al risarcimento risultava altresì giustificata dalla particolare pericolosità insita nel mezzo di trasporto, di talché non veniva ritenuto equo far gravare sul vettore l'intera responsabilità derivante dal suo utilizzo<sup>879</sup>. In altre sentenze la Corte costituzionale ha invece legittimato la scelta legislativa in considerazione del ricorrere di situazioni di eccezionalità, tali da giustificare un regime temporaneo, necessitato da ragioni di particolare urgenza, di deroga all'ordinaria misura di riparazione<sup>880</sup>. Vengono inoltre considerate valide le limitazioni di responsabilità connesse alla forfettizzazione del danno, ove ciò comporti un vantaggio per il soggetto leso, che ne beneficerà risultando esentato dalla necessità di provare sia l'esistenza che l'ammontare del danno<sup>881</sup>.

Con riferimento alle disposizioni di legge che comportano un limite alla risarcibilità di diritti della persona costituzionalmente garantiti, e quindi diritti aventi la stessa rilevanza di quelli al lavoro, la Corte costituzionale si mostra ancor più rigida nell'ammettere limitazioni alla responsabilità. Così è stato specificato che la deroga ai principi generali in tema di risarcimento debba essere assistita da garanzie di congruo ristoro, trattandosi di limitazioni operanti nel campo del risarcimento dei danni alle persone, e non alle cose. Anche in questo caso, invero, il referente normativo è individuabile nel codice civile, nell'art. 1681, che esclude limitazioni di responsabilità in ordine a sinistri che colpiscano la persona, nonché in altre disposizioni di leggi speciali,

---

<sup>878</sup>Tanto che la Corte costituzionale nella pronuncia da ultimo citata ritiene che tale giustificazione venga meno laddove la somma-limite non rappresenti un risarcimento adeguato, in quanto il vantaggio descritto risulterebbe annullato dal costo supplementare che l'impresa utente deve accollarsi per assicurare per proprio conto il carico almeno nella misura occorrente per garantirsi un congruo indennizzo in caso di perdita o di avaria delle merci, considerato che tale costo inciderebbe sulla programmazione dei costi delle imprese utenti e sulla correlativa politica dei prezzi, comprimendo la libertà di organizzazione e di gestione dell'impresa tutelata dall'art. 41 Cost.

<sup>879</sup>A.A.V.V., *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti: profili sistematici e problematiche attuali: atti del Convegno, Modena, 2-3 aprile 1993*, Milano, 1994, in particolare G. ROMANELLI, *La limitazione nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, p. 27 e segg. v. anche C. cost., 6 maggio 1985, n. 132, nella quale viene dichiarata incostituzionale la limitazione del risarcimento anche considerando la diversa posizione assunta nel tempo dal vettore, in ragione della continua ed imponente crescita del traffico aereo, del livello di sicurezza conseguito nel suo svolgimento e della flessione dei costi assicurativi, dovuta alla riduzione del rischio.

<sup>880</sup>Corte cost. 30 aprile 1999, n. 148, in *Giur. it.* 1999, 1499, in materia di occupazioni appropriate, che chiarisce in modo inequivoco che le limitazioni di responsabilità costituiscono casi eccezionali e Corte cost., 9 novembre 2000, n. 482 in *Foro it.* 2001, I, 417.

<sup>881</sup>Corte cost., 9 novembre 2000, n. 482, cit., con cui è stata dichiarata la legittimità costituzionale della disciplina contenuta all'art. 6, co. 6, l. 9 dicembre 1998, n. 431, che esimeva il conduttore dall'obbligo di risarcire il maggior danno ex art. 1591 c.c., ove fosse stata corrisposta la maggiorazione del venti per cento dell'importo del canone.

come l'art. 123 del codice del consumo<sup>882</sup>, che dispone l'illimitata risarcibilità della morte o delle lesioni personali derivanti da un prodotto difettoso e prevede invece una franchigia per i danni alle cose<sup>883</sup>.

Acquistano rilievo in materia le pronunce della Corte costituzionale<sup>884</sup> con le quali di volta in volta è stata offerta un'interpretazione delle norme<sup>885</sup> che avrebbero comportato una limitazione al risarcimento del danno biologico e morale tale da garantire la più ampia risarcibilità di tali diritti sul presupposto che se il legislatore avesse rifiutato la tutela risarcitoria minima a seguito della violazione del diritto costituzionalmente dichiarato fondamentale, risarcendo il danno solo in determinati, limitati, casi, non lo avrebbe tutelato affatto, con la conseguenza che la solenne dichiarazione della Costituzione, in tali ipotesi, «si ridurrebbe ad una lustra»<sup>886</sup>.

Cionondimeno, chiamata a giudicare la legittimità dell'art. 22 della Convenzione di Varsavia, la Corte ha riconosciuto la legittimità della limitazione al risarcimento in essa prevista, sebbene fosse stabilita la limitazione del risarcimento del bene della vita di un prossimo congiunto; in tal caso, infatti, si è affermato che la norma realizzasse un contemperamento tra l'istanza del risarcimento integrale del bene leso e l'iniziativa economica connessa con il traffico aereo, costituzionalmente protetta dall'art. 41 Cost<sup>887</sup>.

La disposizione veniva però dichiarata illegittima in quanto la limitazione del risarcimento per essere legittima avrebbe dovuto prevedere adeguate garanzie di ristoro, tali cioè da assicurare idonee e specifiche salvaguardie del diritto fatto valere da chi subisce il danno, mentre il sistema ivi previsto risultava inadeguato sotto questo profilo. In questa pronuncia, che assume per la materia rilevanza decisiva, vengono individuati come esempi di garanzie idonee a supplire all'integralità della riparazione l'applicazione del principio di responsabilità assoluta, che comporta che ogni volta che trova applicazione la previsione normativa dell'evento che ha causato il danno alla persona, il danno dev'essere risarcito e ne dev'essere chiamato a rispondere il vettore, indipendentemente dalla valutazione non solo della sua colpa ma proprio di una diretta

---

<sup>882</sup>Ed in precedenza dall'art. 11 d.P.R. n. 224 del 1988.

<sup>883</sup>F.D. BUSNELLI, *Limitazioni risarcitorie, diritto dei trasporti, codice civile, in Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti*, cit., pag. 21.

<sup>884</sup>Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, cit.; Corte cost. 18 luglio 1991, n. 356, cit.; Corte cost. 24 giugno 2003, n. 223, cit.; Corte cost. 26 luglio 1979, n. 87, cit.

<sup>885</sup>In specie gli artt. 2059 c.c. e l'art. 10, co. 1 e 2, d.P.R. n. 1124/1965.

<sup>886</sup>Corte cost. 14 luglio 1986, n. 184, cit.

<sup>887</sup>Corte cost., 6 maggio 1985, n. 132 in *Resp. civ. e prev.* 1985, 537.

correlazione tra ciò che rientrava nella sua sfera di influenza ed il danno che ha causato la perdita della vita del passeggero. Ciò potrebbe far pensare ad un avvicinamento alle ipotesi lavoristiche, posto che anche in esse si prescinde dall'accertamento dell'imputabilità del danno al danneggiante, tuttavia si vedrà che le situazioni non sono affatto sovrapponibili.

In una più recente pronuncia, poi, la Corte, chiamata a giudicare della legittimità dell'art. 139 del Codice delle Assicurazioni (c.d.A.), e quindi esprimendosi egualmente sul tema della limitazione del risarcimento derivante da una lesione alla salute, ha ripreso quanto enunciato nella pronuncia da ultimo esaminata, ritenendo legittima la scelta di limitare il risarcimento riconosciuto a seguito di sinistri stradali, sulla base della considerazione dell'utilità sociale dovuta e alla partecipazione delle compagnie assicuratrici al Fondo di garanzia per le vittime della strada, e degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi. In tale pronuncia ha inoltre assunto importanza centrale la possibilità attribuita al giudice di aumentare il risarcimento personalizzandone l'importo ed il fatto che il sistema delle assicurazioni assicuri la certezza ai danneggiati di ottenere il risarcimento dovuto.

Tale sentenza, peraltro, è stata oggetto di critiche che hanno evidenziato l'insufficienza del giudizio operato in relazione al bilanciamento di interessi<sup>888</sup>; ulteriore critica che è stata mossa rispetto alla normativa dell'art. 139 c.d.A. è che il sistema non prevede, a fronte della rigida limitazione risarcitoria, un vantaggio diretto o indiretto nei confronti del responsabile come sarebbe quello costituito da una forma di responsabilità oggettiva<sup>889</sup>, che, come evidenziato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia n. 132/1985, rappresenterebbe invece una garanzia di adeguatezza del risarcimento. D'altro canto è il caso di rilevare che innanzitutto il sistema così previsto non esclude la possibilità per il danneggiato di agire per il danno differenziale o complementare nei confronti del responsabile civile, consentendo così l'ottenimento dell'integrale

---

<sup>888</sup> M. GAGLIARDI, *Legittimo l'art. 139 cod. ass. per la liquidazione dei danni alla persona di lieve entità. Il valore del sistema rc auto ed il rischio di non chiarire quale sia*, nota a Corte Costituzionale, 16 ottobre 2014, n. 235, in *Giur. Cost.*, V, 2014, pag. 3820, che evidenzia che, a differenza che nella pronuncia n. 132/1985, «in questo caso non si parla, per esempio, (della sostenibilità) dell'iniziativa economica delle compagnie di assicurazione. Si menzionano alcuni vantaggi derivanti dal sistema ad alcune categorie di soggetti, ma non si precisa alcun diritto o valore di per sé capace di contrapporsi idealmente al diritto all'integrità della persona».

<sup>889</sup>D. CHINDEMI, *Micropermanenti nel codice delle assicurazioni e profili di incostituzionalità*, nota a: Giudice di pace Torino, 30 novembre 2009, sez. V, in *Resp. civ. prev.*, 2010, IV, pag. 930.

riparazione del danno<sup>890</sup> e che la scelta legislativa ha trovato giustificazione nella modesta entità della lesione; invero nel medesimo settore, ma con riferimento alle lesioni c.d. macropermanenti, il legislatore non ha operato le medesime limitazioni al risarcimento del danno, prevedendo che la Tabella Unica Nazionale sulla cui base andranno quantificati gli indennizzi non potrà allontanarsi dai «criteri di valutazione del danno non patrimoniale ritenuti congrui dalla consolidata giurisprudenza italiana».

#### 4. IL TETTO MASSIMO ALLE INDENNITÀ A FAVORE DEI LAVORATORI ILLEGITTIMAMENTE LICENZIATI ALLA PROVA DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI

Dai precedenti in materia risulta che la Corte costituzionale nella pronuncia n. 194/2018 avrebbe dovuto quantomeno argomentare sui motivi che hanno portato a considerare “adeguata” la limitazione al risarcimento attuata con la previsione del tetto massimo di ventiquattro, ora trentasei mensilità.

Analoghe considerazioni possono essere fatte con riferimento al tetto massimo di dodici mensilità previsto nell’area della c.d. tutela reale attenuata, sul quale la Corte non ha avuto modo di pronunciarsi ma che fa sorgere dubbi ancora maggiori, in quanto in quest’ipotesi viene posto un limite al risarcimento nonostante vi sia il riconoscimento, anche da parte del legislatore, del fatto che la violazione datoriale sia tanto grave da meritare l’applicazione della tutela reale.

Costituiscono, inoltre, ipotesi di applicazione di un tetto massimo al risarcimento anche le soglie di sei, dodici, ventiquattro mensilità previste nelle diverse aree di tutela c.d. obbligatoria previste dall’art. 8, dall’art. 18 St. Lav. e dal d. lgs. n. 23/2015. Se infatti nella pronuncia n. 194/2018 la Corte ha riconosciuto la natura risarcitoria delle somme corrisposte nell’ambito della tutela indennitaria prevista dall’art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015, non sussistono dubbi circa l’attribuzione della medesima natura anche alle somme previste dalle altre disposizioni legislative in materia e, conseguentemente, circa la necessità di applicare i principi enunciati in detta pronuncia relativi alle caratteristiche che l’indennità deve possedere.

In tutte queste ipotesi, pertanto, andrebbe verificata la compatibilità con la Costituzione della scelta di apporre un limite insuperabile al risarcimento del danno. La motivazione individuata nella pronuncia n. 194/2018 e presumibilmente assunta dal

---

<sup>890</sup>A. C. ZANUZZI, *sub art. 138, 139*, in F. CAPRIGLIONE, *Il codice delle assicurazioni private - volume ii - tomo primo*, Padova, 2007, pag. 429.



legislatore è la necessità di contemperare il diritto del lavoratore che ha subito un licenziamento illegittimo con i valori dell'impresa meritevoli anch'essi di tutela, in quanto protetti dalla guarentigia dell'art. 41 Cost.

Rispetto a tale motivazione si rileva, però, che l'indennità è dovuta in conseguenza di un atto illecito, il licenziamento avvenuto in carenza di presupposti, per cui si sarebbe portati ad escludere la possibilità di considerare degno di tutela, in quanto espressione del valore dell'impresa, un atto intimato *contra ius*; questo anche considerando che il bilanciamento tra il diritto dell'impresa ed il diritto al lavoro è già parte della valutazione che il giudice è chiamato a fare in un primo momento, quando giudica della (il)legittimità del licenziamento<sup>891</sup>.

Si è visto come la Corte costituzionale, in particolar modo quando le norme considerate avessero ad oggetto limitazioni al risarcimento di diritti della persona, sia stata piuttosto severa nel vagliare la legittimità di esse, ratificando la scelta legislativa solo ove vi fosse un motivo di bilanciare i contrapposti interessi, quello del danneggiante e del danneggiato.

Non è però solo il fatto che ci si trovi di fronte all'atto illecito del datore di lavoro a costituire la differenza tra le limitazioni legislative dell'indennità da licenziamento e le altre considerate, ma anche il fatto che la scelta di licenziare in modo illegittimo risponde ad una valutazione liberamente assunta dal datore di lavoro, e non risulta invece appartenere al naturale rischio derivante dall'attività di impresa dallo stesso esercitata, differentemente dai casi esaminati in cui la limitazione legislativa del risarcimento rispondeva alla necessità di limitare le conseguenze di questo rischio. Inoltre nella giurisprudenza costituzionale considerata viene usualmente verificato che dal bilanciamento derivi un vantaggio per il danneggiato, che può consistere nell'interesse, suo e della generalità degli utenti, a non subire un consistente aumento dei costi del servizio, nella facilità di ottenere il risarcimento, quando per esempio vi siano marcate agevolazioni probatorie, o nella sicurezza di ottenere il risarcimento, anche tramite l'intervento di un sistema di assicurazione.

Nelle ipotesi legislative che stiamo considerando manca un simile interesse direttamente riferibile al danneggiato, o perlomeno è presente in misura ridotta, anche considerato che se sussiste effettivamente una forma di agevolazione probatoria, questa è riferibile appieno solo al limite minimo previsto nelle diverse ipotesi, tendenzialmente

---

<sup>891</sup> M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, cit., pag. 254.

piuttosto esiguo, e che non si è nemmeno in presenza in tutte le ipotesi di una responsabilità oggettiva a carico del datore di lavoro<sup>892</sup>. Ciononostante, un vantaggio, seppur, indiretto, derivante dall'applicazione del tetto massimo – e comunque dalla forfettizzazione delle indennità – sembra poter essere individuato, almeno nell'intenzione del legislatore. L'idea sottesa alle riforme del 2012 e del 2015, infatti, è quella per cui, riprendendo il principio della *law and economics*, la limitazione delle tutele avverso il licenziamento possa comportare un beneficio alla fluidità del mercato, favorendo l'intera platea dei lavoratori, e sembra quindi questa la *ratio* che ha condotto a considerare legittima la scelta legislativa di porre una limitazione al risarcimento<sup>893</sup>. Ulteriore vantaggio derivante dall'applicazione dei tetti massimi al risarcimento del danno derivante dal licenziamento può essere individuato nel fatto che si limiti il sacrificio imposto alle imprese, che altrimenti rischierebbero di subire un contraccolpo economico tale da compromettere la loro stabilità<sup>894</sup>, con ripercussioni sia sugli altri dipendenti, che potrebbero addirittura rischiare la perdita del posto di lavoro, che sul tessuto economico e sociale in cui l'impresa si inserisce. Accogliendo questa causa di giustificazione logica vorrebbe però che non vi fosse motivo di limitarla solo alla disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo, ma essa dovrebbe estendersi a tutte le ipotesi di risarcimento dei danni subiti in qualsiasi occasione dal lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro<sup>895</sup>; non solo, ma andrebbe allora addirittura estesa a tutte le ipotesi in cui il debitore è un'impresa, considerando l'interesse dell'impresa ad una propria stabilità, e ciò evidentemente non corrisponde alla realtà dei fatti.

Con riferimento al tetto massimo previsto nella disciplina delle indennità dovute al lavoratore licenziato merita inoltre una considerazione a sé il tetto massimo di dodici mensilità presente nella tutela reale c.d. attenuata: in questo caso, invero, con la sentenza si riconosce che il fatto posto alla base del licenziamento è insussistente e che si è perciò

---

<sup>892</sup> Non lo si è, ad esempio, nella tutela reale c.d. attenuata, il che comporta che quando il datore di lavoro possa dimostrare che l'illegittimità del licenziamento non è a lui imputabile il lavoratore non ha diritto ad alcuna forma di ristoro economico.

<sup>893</sup> Si vedrà, però, che quanto postulato da tale teoria, propria dell'analisi economica del diritto, non risulta avere riscontri oggettivi, e risulta pertanto ancora da dimostrare la correlazione supposta, cfr. par. 6.

<sup>894</sup> La causa di giustificazione, quindi, sarebbe la medesima che ha giustificato l'introduzione dei criteri di legge che considerano le dimensioni occupazionali e dell'attività economica del datore di lavoro.

<sup>895</sup> E ciò evidentemente non accade: al contrario nel diritto del lavoro si assiste in genere ad uno sviluppo sia del riconoscimento che della risarcibilità dei danni occorsi alla persona del lavoratore, v. G. FERRARO, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, cit., pagg. 13 e segg.; C. ZOLI, op. ult. cit., pag. 434, e cap. II, par. 7.

in presenza di una scostamento consistente, e quindi molto grave, delle norme giustificatrici del licenziamento; ciononostante, il legislatore sceglie di far gravare sul lavoratore dei costi derivanti dalla lunghezza del processo. In tale ipotesi, tuttavia, è evidente che nessuna colpa può essere addossata al lavoratore che, anzi, è stato destinatario di un licenziamento palesemente ingiustificato. Invero, considerando l'operatività del termine decadenziale, il lavoratore dovrà necessariamente impugnare tempestivamente il recesso, esauendo con ciò gli oneri gravanti sullo stesso. La consistenza dell'onere risarcitorio successivamente gravante sul datore di lavoro, quindi, non dipende che dal tempo materiale necessario per pervenire alla sentenza, e quindi da un fattore estraneo rispetto ad entrambe le parti; non solo, ma dall'esistenza di tale lasso di tempo il lavoratore non trae certo giovamento, rimanendo privo della retribuzione fino al momento della reintegra o del reperimento di un'altra occupazione<sup>896</sup>.

Appare quindi del tutto discutibile e contraddittoria<sup>897</sup> la scelta legislativa di porre a carico del lavoratore in una situazione come questa il peso di un fattore esterno quale il tempo di definizione della controversia; nel bilanciamento, infatti, si sceglie di addossare a carico del soggetto più debole del rapporto la maggior parte degli oneri economici derivanti dall'illegittimo licenziamento<sup>898</sup>, in netta contrapposizione con quanto precedentemente previsto dalla giurisprudenza che, dovendo scegliere quale parte gravare dell'onere del minimo delle cinque mensilità<sup>899</sup> nelle ipotesi in cui questo derivi da fattori esterni, come accade per le ipotesi in cui il licenziamento non è imputabile al datore di lavoro, sceglie di addossarlo al datore di lavoro, in quanto soggetto forte nel rapporto. In questo caso, peraltro, non sussistono nemmeno difficoltà per il lavoratore nella prova del

---

<sup>896</sup> C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pag. 559.

<sup>897</sup> La scelta legislativa è stata oggetto di una generale critica per i motivi su cui ci si è soffermati, v. L. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. PELLACANI, a cura di, *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*. Milano, 2012 pag. 240; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, cit., pagg. 450; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit., pag. 631, che si sofferma però in particolare sul differente trattamento riservato a quest'ipotesi rispetto a quella di contratto a termine illegittimo; L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pag. 691; C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, VI, pagg. 729 e segg.

<sup>898</sup> Il tetto è, infatti, di dodici mensilità, ed il tempo medio di definizione di una controversia di lavoro è mediamente di almeno due anni.

<sup>899</sup> Peraltro rileva giustamente V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., pag. 56, che l'introduzione di tale limitazione al risarcimento del danno, considerata unitamente alla soppressione del minimo delle cinque mensilità, comprime ancor di più il diritto del lavoratore.

danno, che sarà rappresentato dalle retribuzioni perse<sup>900</sup>, e quindi non sussiste alcuna significativa agevolazione per lo stesso a controbilanciare l'introduzione del tetto massimo al risarcimento.

Piuttosto una sorta di contrappeso alla limitazione risarcitoria può essere individuato in questo caso nel fatto che il lavoratore riceve comunque la più forte tutela costituita dalla reintegrazione<sup>901</sup>, con la conseguenza che la tutela economica si pone come meramente accessoria rispetto a questa<sup>902</sup>, ma nemmeno questo sembra sufficiente a giustificare la scelta legislativa.

#### 4.1. SULL'ADEGUATEZZA DEL RISARCIMENTO SPETTANTE AL LAVORATORE

Oltre alla questione relativa alla legittimità in sé considerata della scelta legislativa di apporre un limite all'indennità, si pone quella relativa all'adeguatezza del risarcimento così determinato rispetto all'interesse leso, verifica che appunto si rinviene generalmente nella giurisprudenza costituzionale quando viene giudicata la legittimità della scelta legislativa di imporre un limite al risarcimento<sup>903</sup>.

Il risarcimento risulterà adeguato quando esso sia in grado di garantire che il sistema di ristoro previsto nelle norme non solo non comprima in maniera eccessiva l'interesse del danneggiato, ma sia idoneo a tutelare l'interesse leso, anche se non integralmente. Nell'effettuare tale verifica dovrà essere tenuta in considerazione la funzione che nella pronuncia n. 194/2018 la Corte costituzionale definisce di dissuasione rispetto all'intento di licenziare arbitrariamente, che può essere intesa, quindi, come necessità di individuare un importo dell'indennità tale da rendere temibile la condanna al suo pagamento per

---

<sup>900</sup> Invero l'esistenza del danno è provata dalla declaratoria di illegittimità del licenziamento, mentre il *quantum* è predeterminato nella misura delle utilità economiche che il lavoratore avrebbe realizzato, così D. NAPOLETANO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 202.

<sup>901</sup> Il ragionamento risulterebbe allora simile a quello formulato da Corte cost. n. 303/2011.

<sup>902</sup> In tal senso A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., pag. 60, secondo il quale se è costituzionalmente legittima la tutela indennitaria, tanto più dev'essere consentito di limitare gli effetti di quella reale; comunque a favore della scelta legislativa di redistribuire il rischio della durata del processo, A. TOPO, *Polifunzionalità delle sanzioni per il licenziamento ingiustificato e l'autonomia del diritto del lavoro*, cit., pagg. 624 e segg.

<sup>903</sup> Ed invero Corte cost. n. 194/2018 ha effettuato tale verifica con riferimento al limite minimo previsto dalla norma e comunque al valore delle indennità spettanti per i lavoratori aventi una bassa anzianità di servizio.

l'azienda e comunque da differenziarla nettamente da quel che può essere considerato un mero costo del recesso<sup>904</sup>.

In tale analisi mi sembra che non si possa prescindere dal considerare che la tutela obbligatoria è divenuta la tutela di applicazione generale per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, per i quali la tutela reale costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale, ma che, anche per coloro che sono stati assunti precedentemente, la tutela obbligatoria non rappresenta più un'eccezione riservata ad un ristretto numero di casi. Questo cambio di segno comporta un rinnovato interesse per essa: come già visto, essendo l'art. 8 l. n. 604/1966 riservato alle piccole imprese, destinatarie storicamente di un trattamento di favore<sup>905</sup>, la disposizione non è mai stata oggetto di particolari indagini<sup>906</sup> relative alla legittimità costituzionale del contenuto delle tutele da essa apprestate<sup>907</sup>; invero è già stato evidenziato come la pronuncia n. 194/2018 rappresenti il primo caso in cui la Corte costituzionale si è espressa sull'adeguatezza delle tutele economiche previste a favore del lavoratore illegittimamente licenziato, effettuando una valutazione attinente al *quantum*<sup>908</sup>.

Non solo, ma se la scelta legislativa di adottare la tutela obbligatoria in luogo di quella reale risulta legittima, come ribadito dalla Corte costituzionale, essa comporta degli effetti sul contenuto della prima: andrà quindi verificato che tale tutela sia adeguata e dissuasiva utilizzando quella reale come termine di paragone<sup>909</sup>. Non v'è dubbio, invero, sul fatto che la tutela reale sia quella che meglio garantisce<sup>910</sup> l'effettività del diritto del lavoratore

---

<sup>904</sup> Il c.d. *firing cost*.

<sup>905</sup> U. ROMAGNOLI, *La tutela contro i licenziamenti: un passo avanti e due indietro?*, in M. DE CRISTOFARO, a cura di, *I licenziamenti individuali dopo la l. n. 108/1990*, Padova, 1991, pagg. 4 segg. secondo il quale la visione espressa dal legislatore è quella della «piccola impresa a stregua d'una creatura angelicata. Che esprime – e suscita – voglia di tenerezza, comprensione, indulgenza», evidenziando come il trattamento ad essa riservato avvantaggia anche la grande impresa, nella misura in cui mantiene in vita una concezione esclusivamente individualistica ed economicistica del rapporto di lavoro.

<sup>906</sup> M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, cit., pagg. 173 e segg., esamina i motivi per i quali l'art. 8 l. n. 604/1966 non è mai stato oggetto di grande interesse né dalla dottrina né dalla giurisprudenza.

<sup>907</sup> Le diverse pronunce della Corte costituzionale sull'art. 8 hanno avuto in effetti prevalentemente ad oggetto la compatibilità con la Costituzione della scelta di applicare un trattamento differenziato per i lavoratori assunti dalle imprese sotto soglia. Questo viene evidenziato anche da P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, cit., pag. 654, che sottolinea come nella sua giurisprudenza la Corte «al contenuto essenziale del diritto non fa riferimento».

<sup>908</sup> Ed infatti è tutt'ora opinione assai diffusa quella per cui la valutazione sul contenuto di tale tipo di tutela sia rimesso alla discrezionalità del legislatore.

<sup>909</sup> I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, pag. 209.

<sup>910</sup> Non mancano posizioni più dure sul punto, come quella assunta da A. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in M. BARBIERI, F. MACARIO, G. TRISORIO LIUZZI, *La tutela in forma specifica dei diritti*

a non essere licenziato al di fuori delle causali di legge, apprestando un rimedio ripristinatorio della situazione antecedente all'illecito datoriale. Considerato quindi che l'affermazione della tutela per equivalente già di per sé segna un allontanamento dalla "cultura dell'effettività"<sup>911</sup>, sembra necessario tener conto del fatto che tale tutela divenga di applicazione generale per poter valutare con cognizione l'adeguatezza dei valori in essa previsti, dovendosi ritenere inadeguati gli importi derivanti dall'applicazione di limiti massimi troppo esigui<sup>912</sup>.

Il fatto che, invece, nella sentenza della Corte cost. n. 194/2018 manchi un confronto con il contenuto della tutela per equivalente calcolata secondo il diritto comune, in cui il risarcimento dovrebbe essere rapportato principalmente alle retribuzioni non percepite dal lavoratore fino al momento del reperimento di una nuova occupazione, costituisce uno dei punti deboli della pronuncia<sup>913</sup>; solo sulla base del confronto tra tale valore e quello determinato nella norma, infatti, si sarebbe potuta affermare l'adeguatezza – o meno – del tetto massimo previsto dalla norma.

Peraltro nella sentenza da ultimo menzionata, a rafforzare il concetto per cui l'integralità del risarcimento non è necessitata, si porta la giurisprudenza costituzionale di cui alla sentenza n. 303/2011, senza soffermarsi però sulla differenza che corre tra le due fattispecie<sup>914</sup>. Risulta infatti piuttosto maggiormente coerente, trattandosi di ipotesi di tutela obbligatoria, operare un confronto con le tutele apprestate nell'ordinamento a favore dei lavoratori assunti con contratto a termine illegittimo nelle pubbliche amministrazioni, in cui, essendovi il divieto di conversione, il ristoro economico costituisce l'unica forma di tutela di cui può beneficiare il lavoratore. In tal caso l'indennità *ex art. 32 l. n. 183/2010*, e poi *ex art. 28 d. lgs. n. 81/2015*, con il meccanismo

---

*nel rapporto di lavoro, Atti del convegno di Foggia, 14-15 novembre 2003, Milano, 2004, pag. 40, secondo cui la massiccia sostituzione della tutela per equivalente con quella in forma specifica ha costituito un'espropriazione del diritto al lavoro, e quindi di uno dei diritti inviolabili ex art. 2 Cost.*

<sup>911</sup> C. ZOLI, *L'evoluzione del sistema rimediabile: privato e pubblico a confronto*, cit., pag. 426.

<sup>912</sup> Invero come afferma P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, cit., pag. 301, risulta difficile parlare di garanzia al diritto al lavoro ove ad un rimedio restitutorio se ne sostituisce uno che neppure può essere considerato per equivalente.

<sup>913</sup> M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale*

*ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, cit., pag. 18 che però sembra sostanzialmente negare la possibilità di prevedere dei limiti all'indennità, laddove afferma che «il limite massimo per l'indennità potrebbe essere individuato tenendo in considerazione il tempo necessario per un lavoro con notevole anzianità di servizio per trovare una nuova occupazione»; M. PERSIANI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes*, cit., pag. 128.

<sup>914</sup> Lo evidenzia anche M.V. BALLESTRERO, op. ult. cit., pag. 249.

di forfettizzazione ivi previsto, costituisce però una base di partenza per il lavoratore, che potrà ottenerla indipendentemente dalla prova del danno subito, mentre è fatta salva la possibilità per lo stesso di provare il danno ulteriore<sup>915</sup>. L'attribuzione di questa possibilità è stata ritenuta conseguenza necessaria della condizionalità eurounitaria<sup>916</sup> che impone la presenza di una misura adeguata e sufficientemente dissuasiva rispetto all'abuso del contratto a termine<sup>917</sup>. Non è però solo il diritto comunitario che sembra imporre una soluzione di questo tipo: la valorizzazione del pregiudizio subito dal lavoratore risulta infatti conseguenza dell'applicazione dei principi del nostro ordinamento, tanto più ove la tutela economica sia la sola spettante al lavoratore. La convinzione espressa da parte di più Autori secondo cui si sarebbe in presenza di una scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore<sup>918</sup> risulta infatti inaccettabile ed è quindi da respingere: essa non tiene conto del fatto che si è in presenza di un diritto, quello del lavoratore a conservare il proprio rapporto di lavoro salvo che sussistano le causali giustificatrici del licenziamento, protetto dalla Costituzione, e che nel caso di lesione di tale diritto al lavoratore deve spettare il risarcimento, secondo quella che è una regola insuscettibile di deroghe da parte del legislatore e che prescinde dalla specialità della materia.

Sulla base degli argomenti esposti sono stati sollevati dei dubbi sull'adeguatezza dell'importo massimo di trentasei mensilità, anche considerando il danno derivante dal fatto che l'indennità in questione non sia soggetta al versamento di contributi previdenziali e avendo riguardo al pregiudizio sofferto dal lavoratore che debba ipoteticamente farsi carico degli oneri familiari senza riuscire magari a trovare una nuova occupazione<sup>919</sup>.

Sembra, però, che, una volta ammessa la legittimità dell'operazione di bilanciamento effettuata dal legislatore con la fissazione di un massimo all'importo dell'indennità, il limite così individuato non si possa ritenere eccessivamente esiguo, risultando comunque pari a tre anni di retribuzione, e quindi ad un importo sufficiente a tutelare, almeno in parte, l'interesse del lavoratore. Piuttosto sorgono forti dubbi in ordine alla legittimità dei

---

<sup>915</sup> Secondo quanto cristallizzato in giurisprudenza dalla sentenza Cass. S.U. 15 marzo 2016, n. 5072 in *Dir. rel. ind.* 2016, 3, 828; va detto, però, che anche a seguito di detta pronuncia sussistono incertezze sul contenuto della tutela spettante a tali lavoratori.

<sup>916</sup> M. DE LUCA, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*– 134/2017.

<sup>917</sup> M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, pagg. 219 e segg.

<sup>918</sup> G. VIDIRI, *op. ult. cit.*, pag. 7; P. TOSI, F. LUNARDON, *op. cit.*, pag. 2178.

<sup>919</sup> M. PERSIANI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes*, *cit.*, pag. 128.



ben più ridotti limiti massimi posti nel caso di vizi di forma o nelle imprese sotto soglia<sup>920</sup>, alla luce di quanto affermato dalla Corte sia circa la necessità di assicurare la dissuasività dell'indennità<sup>921</sup> sia alla necessità di valorizzare il danno sofferto dal lavoratore per il licenziamento illegittimo.

Non pare invece doversi accogliere l'impostazione secondo cui nel valutare se l'indennità si presenta come adeguata si deve tenere conto anche dei trattamenti di sostegno alla disoccupazione o comunque delle prestazioni che il lavoratore può ricevere a livello assistenziale<sup>922</sup>. Si tratta, invero, di prestazioni che hanno come titolo semplicemente lo stato di disoccupazione e che non sono versate quindi specificamente ai lavoratori che siano stati licenziati in modo illegittimo<sup>923</sup>; non solo, ma se si potesse tenere conto di questo tipo di prestazione ricevuta dagli (ex) lavoratori si perderebbe evidentemente l'effetto di dissuasione, rendendo conveniente per il datore di lavoro estromettere il lavoratore, sapendo di poter fare poi affidamento sulle prestazioni garantite dallo Stato senza nemmeno dovervi contribuire.

---

<sup>920</sup> S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, cit. pag. 11, si sofferma in particolare sulla previsione di cui all'art. 9 d. lgs. n. 23/2015, in quanto il tetto massimo di sei mensilità ivi previsto risulta inferiore rispetto a quello contenuto nell'art. 8 l. n. 604/1966 per i lavoratori con più alta anzianità di servizio e, inoltre, molto vicino alla soglia minima di cui all'art. 3, co. 1, della stessa disposizione. Dubita della legittimità del tetto massimo in relazione alle indennità previste a favore dei lavoratori impiegati nelle piccole imprese P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, cit., pag. 658 e I. ALVINO, *Giudici, legislatori e piccole imprese dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, pagg. 171 e segg.

<sup>921</sup> Evidenzia il fatto che l'art. 8 sembra «inidoneo a fungere da minaccioso deterrente», A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg.

<sup>922</sup> G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della corte costituzionale*, cit., pagg. 197 e segg.; G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, in *Lav. dir. eur.*, 2018, II, pag. 6; A. INGRAO, *I primi effetti della sentenza della corte costituzionale n. 194/2018 sulla quantificazione dell'indennità da licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese*, cit., pagg. 235 e segg.; M. CAVINO, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti al vaglio della Corte Costituzionale*, cit., pag. 12.

<sup>923</sup> V. SPEZIALE, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, cit., pag. 46.

5. RIFLESSI DEL PRINCIPIO DI “ADEGUATEZZA” DEL RISARCIMENTO E DEL DIRITTO COSTITUZIONALMENTE GARANTITO AL LAVORO SULLE PREVISIONI CHE RECANO I CRITERI DI DETERMINAZIONE DELL’INDENNITÀ NELL’AREA DELLA TUTELA OBBLIGATORIA

Risulta, però, che gli effetti delle affermazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 nell’ambito delle diverse forme di tutela obbligatoria non siano limitati a questo.

Infatti si è visto che la Corte ha confermato la natura risarcitoria propria di tali indennità ed ha inoltre evidenziato la necessità di valorizzare il pregiudizio subito dal lavoratore. Si è cercato di dimostrare come l’affermazione della Corte sia una conseguenza necessitata del riconoscimento della natura risarcitoria dell’indennità, natura che a sua volta risulta effetto obbligato del fatto che essa trovi titolo in un illecito, il licenziamento illegittimo, e del fatto che tale illecito leda un diritto costituzionalmente garantito, il diritto al lavoro.

Se quindi tale attribuzione ha la natura di risarcimento, dovranno trovare applicazione le regole che disciplinano l’istituto, e che in primo luogo richiedono che esso miri a compensare l’interesse leso dall’illecito, avendo riguardo alla misura del danno sofferto dal lavoratore.

Non solo, infatti, ciò deriva dall’applicazione dei principi della materia, nel senso che altre funzioni del risarcimento non possono costituire che un’eccezione, e risultare quindi subordinate alla funzione primaria di compensazione, ma esclusivamente in questo modo si può garantire al danneggiato di ricevere una tutela adeguata<sup>924</sup>, ossia quella che deve necessariamente ricevere per non svuotare di contenuto il diritto costituzionalmente garantito<sup>925</sup>.

Nelle ipotesi di tutela obbligatoria, tuttavia, si è in presenza di chiare indicazioni fornite dalle disposizioni legislative, che pongono i criteri sulla cui base il giudice deve determinare l’importo dell’indennità, e pertanto non è possibile, a differenza di quanto fatto con riferimento all’art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 ipotizzare l’utilizzo di parametri idonei a valorizzare il pregiudizio subito dal lavoratore. Indubbiamente, però, quei criteri

---

<sup>924</sup>Sul fatto che i principi costituzionali impongano di tutelare la persona con rimedi che garantiscano una riparazione calcolata tenendo conto degli interessi del soggetto leso e non dell'autore dell'illecito, v. anche G. ORLANDINI, *Il licenziamento dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/18, tra vincoli costituzionali e fonti internazionali: la partita resta aperta*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, I, pag. 4.

<sup>925</sup> V. V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, VI, 661, che riconosce nella tutela riparatoria una conseguenza della «clausola generale» che impone la risarcibilità di ogni illecito lesivo di un «interesse fondamentale della comunità giuridica».

risultano inefficaci rispetto al fine individuato, e lo risultano tanto più considerando che anche quelli attinenti al datore di lavoro non sono posti al fine di sanzionare lo stesso, o che quantomeno tale finalità è solo eventuale, mentre quando servano a registrare una situazione aziendale dalle ridotte capacità economiche operano nel senso di bilanciare l'interesse del datore di lavoro con quello del lavoratore.

Mi pare che vi sia un modo per superare tale incongruenza, e sia rappresentato da una diversa lettura delle norme considerate: quasi tutte – merita un discorso a parte l'art. 18, co. 6, St. Lav. – contengono i parametri dell'anzianità del lavoratore e delle condizioni delle parti che, ove riferito al lavoratore, si è visto poter comprendere ogni aspetto legato allo stesso o al contesto (sociale ma anche occupazionale) in cui si trova e che potrebbe influire sull'entità del danno prodotto dal licenziamento illegittimo; si tratta quindi di criteri idonei a quantificare l'indennità in ragione del danno subito dal lavoratore.

Sembra allora che una lettura rispettosa dei principi costituzionali e delle regole in materia di licenziamento sia quella che attribuisce a detti criteri importanza prevalente, utilizzando gli altri criteri di legge solo al fine di bilanciare l'importo dell'indennità quando questa, se calcolata considerando il pregiudizio subito dal lavoratore, rischierebbe, per la sua consistenza, di essere lesiva della capacità economica del datore di lavoro o, eventualmente, per colmare possibili lacune. In tal modo, quindi, si supererebbe l'attuale interpretazione della norma che pone tutti i criteri in una posizione di parità o, tutt'al più, assegna nell'art. 18 St. Lav. una valenza primaria solo a quello dell'anzianità di servizio, e si stabilirebbe al contrario una gerarchia tra i diversi criteri nella quale assumano una posizione di preminenza quelli che, avendo riguardo alla persona del lavoratore, sono espressione della funzione compensativa<sup>926</sup>.

Attraverso l'utilizzo della modalità descritta l'indennità spettante al lavoratore in tutte le ipotesi di tutela obbligatoria riacquisterebbe una funzione di compensazione del danno subito per effetto del licenziamento, seppur scontando il limite costituito dalla previsione delle basse soglie massime; quella prevista risulterebbe quindi una tutela conforme alla Costituzione garantendo la primaria considerazione del pregiudizio subito dal lavoratore per effetto della lesione del diritto alla conservazione del posto di lavoro.

---

<sup>926</sup> Peraltro che nel bilanciamento tra valori legati all'impresa e quelli legati al lavoro debbano prevalere quest'ultimi risulta dal ruolo fondamentale assegnato a tale diritto, v. T. GROPPI, «*Fondata sul lavoro*». *La scelta della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, pag. 683, nello stesso senso V. SPEZIALE, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, cit., pag. 34.

Assumendo tale impostazione risulta però che l'indennità potrebbe essere liquidata nella misura minima o in una poco più elevata nell'ipotesi in cui il lavoratore non avesse subito un pregiudizio economico per effetto del licenziamento: in tal modo rischierebbe di essere compromesso l'effetto di dissuasione; in presenza di professionalità elevate o comunque fortemente richieste nel mercato il datore di lavoro ben potrebbe decidere di sbarazzarsi del lavoratore confidando nella immediata rioccupazione dello stesso e sperando quindi di limitare quanto a lui dovuto alla misura minima dell'indennità, cifra che nella maggior parte dei casi risulta però irrisoria<sup>927</sup>. Per evitare quest'effetto mi pare che si possa pensare di utilizzare, in casi analoghi a quello descritto, i criteri connessi al datore di lavoro per modulare verso l'alto l'importo dell'indennità, in modo da rendere più temibile la condanna alla corresponsione della tutela obbligatoria e da adattare l'importo alle dimensioni dell'attività economica dell'azienda ove queste siano tanto elevate da far pensare che una condanna determinata secondo i criteri ordinari non possa avere alcun effetto di penalizzazione sul datore di lavoro. Tale operazione, diversamente da quanto visto nell'ambito della tutela obbligatoria prevista dall'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 è resa possibile dalle espresse previsioni di legge che comprendono tra i parametri che il giudice può utilizzare quelli variamente connessi alle caratteristiche del datore di lavoro.

Neppure sembra che l'applicazione di tale opzione in questo e non nell'altro caso dia luogo a criticabili ed eventualmente irragionevoli disparità di trattamento, posto che le stesse caratteristiche delle tutele sono differenti, a partire dalla diversa entità del limite minimo e del limite massimo, e ciò comporta rilevanti differenze nella quantificazione dell'indennità.

La proposta di assegnare un valore preminente ai criteri idonei a parametrare il pregiudizio subito dal lavoratore è formulabile per la maggior parte delle ipotesi di tutela obbligatoria, ma non per tutte: l'art. 18, co. 6, St. Lav., nell'indicare i criteri che il giudice deve adottare per determinare l'indennità spettante al lavoratore licenziato quando il recesso abbia presentato vizi di forma o di procedura, utilizza l'unico criterio della «gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro». Si è visto che tale criterio di determinazione è tipico del risarcimento con funzione sanzionatoria,

---

<sup>927</sup> Ed invero il minimo previsto dall'art. 8 l. n. 604/1966 è da sempre stato oggetto di critica, v. M. MISCIONE, op. ult. cit., pag. 207, che lo considerava «poco meno o poco più di un preavviso, che non ha mai spaventato nessuno», l'A. infatti proponeva l'introduzione dell'obbligo risarcitorio per il periodo intermedio anche al fine di dissuadere il datore di lavoro dall'intento di licenziare senza giustificato motivo.

tuttavia la diversità del caso richiede una verifica di tale assunto, anche considerato che vi sono ipotesi in cui la gravità dell'illecito influisce sull'entità del pregiudizio<sup>928</sup>.

Si deve pertanto muovere dalla funzione attribuita alle garanzie formali e procedurali che assistono il licenziamento, che sono considerate espressione di «principi di civiltà giuridica»<sup>929</sup> garantendo, sostanzialmente, l'esercizio del diritto di difesa del lavoratore, sia prima che dopo il licenziamento. Le garanzie risultano, quindi, strumentali all'esercizio del diritto di difesa, il cui corretto esercizio potrebbe portare ad evitare il licenziamento o ad assicurare la tutela adeguata quando il licenziamento ci sia stato ma si rilevi successivamente illegittimo.

Da queste considerazioni si potrebbe dedurre che il rilievo della gravità del vizio non sia limitato solo alla volontà di sanzionare il datore di lavoro, ma che esso abbia un peso anche nel pregiudizio concreto subito dal lavoratore; trattandosi di garanzie finalizzate all'esercizio del diritto di difesa, infatti, la maggiore o minore gravità del vizio che colpisce il procedimento preventivo o la motivazione del licenziamento inciderà sulle possibilità di esercitare tale diritto, anche eventualmente invocando con cognizione di causa l'ingiustificatezza del licenziamento e quindi potendo chiedere l'accertamento dell'esistenza di uno dei presupposti che danno luogo alla tutela reale c.d. attenuata o alla c.d. tutela obbligatoria forte.

Tuttavia, pensando ad un'applicazione pratica di quanto esposto si scopre che non sempre è così. Prendendo il caso tipico di violazione procedurale avvenuta nell'ambito del licenziamento disciplinare, si afferma da più parti che sia corretto sanzionare meno pesantemente le violazioni più lievi; così, la violazione del termine a difesa di un solo giorno dovrebbe essere ritenuta meno grave del mancato esperimento del procedimento disciplinare<sup>930</sup> o comunque di altri tipi di vizi che inficiano il procedimento disciplinare, e questo sembra rispondere a logica, anche per quanto esposto. Se però si pensa che l'unico lavoratore che può invocare il mancato rispetto del termine a difesa, anche di un solo giorno, è quello che non ha ancora presentato le proprie difese, o le ha presentate riservandosi di integrarle<sup>931</sup> e diversamente non può essere, perché altrimenti non sussisterebbe la lesione del diritto di difesa, si coglie che quanto postulato si rivela

---

<sup>928</sup> Cfr. cap. II, par. 6.

<sup>929</sup> Corte cost. 29 aprile 1992, n. 204, cit.

<sup>930</sup> C. CESTER, *Le tutele*, cit., pag. 886.

<sup>931</sup> Cass. 19 ottobre 2011 n. 21622, in *Lav. giur.* 2012, pag. 90; Cass. 7 maggio 2003 n. 6900, in *Dir. lav.*, 2003, pag. 726, con nota di R. MUGGIA, *Termine finale e possibilità di difesa*.

inesatto. Anche un vizio che appare insignificante può infatti tradursi concretamente nella completa negazione del diritto di difesa; così, per fare un esempio pratico, se il lavoratore si è riservato di presentare le difese l'ultimo giorno – come peraltro accade nella generalità dei casi – il mancato rispetto del termine lo pregiudicherà facendo perdere completamente la possibilità di difesa.

Quanto esposto sembra applicabile anche al vizio che inficia la procedura ex art. 7 l. n. 604/1966.

Circa il vizio di motivazione, il discorso sembra invece parzialmente diverso: in tal caso infatti il lavoratore potrà invocare il vizio indipendentemente dal fatto che la mancata, imprecisa o generica motivazione abbiano inciso sulle sue possibilità di difendersi, per il sol fatto che il vizio sussiste (si potrebbe pensare all'omissione di una specificazione del fatto che ha condotto al licenziamento del quale però il lavoratore sia riuscito ad apprendere in altro modo le caratteristiche). In quest'ipotesi, ed in quella ad essa assimilabile di contestazione generica nell'ambito del procedimento disciplinare, sembra quindi effettivamente che una maggiore gravità del vizio possa incidere sulla possibilità di esercitare il diritto di difesa più che una violazione di importanza marginale, e risulta che quindi la gravità del vizio possa incidere sulla misura del pregiudizio.

In un caso come nell'altro, comunque, il criterio utilizzato nella norma appare inidoneo a fornire la misura completa del pregiudizio subito dal lavoratore per effetto del licenziamento; anche ritendo che la gravità del vizio abbia un peso sull'entità del danno subito dal lavoratore, infatti, è innegabile che il danno subito dallo stesso sia correlato prima di tutto ad altri fattori, quelli che possono registrare in genere il danno subito per la perdita di un posto di lavoro.

Da tali considerazioni non possono che derivare dubbi intorno alla legittimità costituzionale dell'art. 18, co. 6, St. Lav.; *de iure condendo* potrebbe essere prospettata un'interpretazione che, forzando leggermente il testo della norma, faccia rientrare tra i criteri da utilizzare anche quelli di cui al comma quinto, approfittando della “ambiguità” del testo della norma<sup>932</sup>, che richiama il regime di cui al quinto comma.

---

<sup>932</sup> C. CESTER, op. loc. ult. cit.

## 6. LA QUESTIONE DELLA DISPARITÀ DI TRATTAMENTO TRA NUOVI E VECCHI ASSUNTI

La scelta legislativa di determinare il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015 in base alla data di assunzione dei lavoratori ha sin da subito fatto sorgere dubbi sulla sua legittimità. Invero condizione di liceità di un differente trattamento è che sia giustificato dall'esistenza di oggettivi elementi di discontinuità che creino una differenza sostanziale tra le situazioni coinvolte, tale da rendere necessitata, o quantomeno opportuna, una diversa regolamentazione di esse. E la differente data di assunzione considerata nell'art. 1 d. lgs. n. 23/2015 non risulta un elemento idoneo a tal fine<sup>933</sup>, rappresentando un elemento totalmente estraneo ed accidentale rispetto ai rapporti di lavoro<sup>934</sup>.

La Corte, invece, respinge nella sentenza n. 194/2018 la censura relativa al criterio di applicazione temporale del differente regime previsto per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 in poi, ed afferma che la scelta legislativa trova giustificazione nel “fluire del tempo” che «può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»<sup>935</sup>, aggiungendo che la determinazione della sfera temporale delle norme rientra nella discrezionalità del legislatore, purché sia rispettato il canone di ragionevolezza, canone che si assume essere stato rispettato considerando la ragione giustificatrice della norma «costituita dallo “scopo” dichiaratamente perseguito dal legislatore “di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»; nell'interpretazione della Corte risulta quindi coerente la limitazione del nuovo regime ai nuovi assunti, posto che ad essere favorita può essere solo la loro assunzione.

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte risultano per alcuni versi criticabili. Innanzitutto l'argomento del fluire del tempo, che effettivamente risulta utilizzato nella giurisprudenza costituzionale per giustificare la scelta di prevedere una regolamentazione legislativa deteriore, viene però richiamato in una fattispecie che risulta ad esso

---

<sup>933</sup> M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, cit., pag. 252; V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, II, pagg. 333 segg.

<sup>934</sup> Come si trova scritto nell'ordinanza «la data di assunzione appare come un dato accidentale ed estrinseco a ciascun rapporto che in nulla è idoneo a differenziare un rapporto da un altro a parità di ogni altro profilo sostanziale».

<sup>935</sup> *Considerato in diritto*, n. 6.



estraneo<sup>936</sup>: in questo caso, invero, non ci si trova di fronte ad una medesima situazione soggetta a regimi diversi appunto in base al fluire del tempo, com'era stato, per esempio, per il diverso regime di tutela introdotto dalla legge n. 92/2012, ma a fattispecie identiche che coesistono nel medesimo tempo in base alla differente data di assunzione dei lavoratori<sup>937</sup>.

Inoltre si deve considerare che la Corte non si è limitata a questa argomentazione, ma ne ha usata un'altra, anch'essa per altri versi discutibile, addentrandosi, seppur solo parzialmente, in una valutazione di ragionevolezza della scelta legislativa e riconoscendo che la motivazione adottata dal legislatore rendesse “ragionevole” la distinzione.

Non mi pare che l'affermazione della Corte possa essere letta come una forma di adesione al principio<sup>938</sup> posto alla base del c.d. *jobs act* per cui un indebolimento delle tutele “in uscita” a favore dei lavoratori produrrebbe di per sé un incremento dell'occupazione, proprio perché manca nella pronuncia un'indagine nel merito: la Corte non valuta la fondatezza del mezzo rispetto al fine dell'accrescimento della politica occupazionale, ma anzi afferma che tale valutazione sia sottratta alla competenza giurisdizionale<sup>939</sup>. Sembra piuttosto che la Corte si limiti a prendere atto della scelta e delle motivazioni addotte dal legislatore<sup>940</sup>, e voglia evitare di entrare in totale rotta di collisione con la disciplina legislativa in oggetto<sup>941</sup>.

Ma a ben vedere è proprio il fatto che la Corte si sottragga all'esame dello scopo della

---

<sup>936</sup> Esamina infatti le situazioni affrontate nelle pronunce che utilizzano tale argomento, G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *WP CSDLR “Massimo D'Antona”*, IT-382, 2018, pag. 12 nt. 12.

<sup>937</sup> Così M.V. BALLESTRERO, op. loc. ult. cit.; F. MARTELLONI, op. ult. cit., pag. 272; C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, cit., pagg. 153 e segg.; F. PALLANTE, *Il lavoro e l'eguaglianza che non c'è*, in A. ANDRONI, L. FASSINA, a cura di, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, cit., pag. 34; F. SCARPELLI, *Intervento*, Ibidem, pag. 188 ma è la generalità degli Autori ad essersi espressa in tal senso.

<sup>938</sup> Parla di accettazione *de facto* della correlazione F. MARTELLONI, op. loc. ult. cit. Evidenziano che in ogni caso la Corte con questa parte della pronuncia sdogana la disciplina dell'art. 3, co. 1, M. CHIODI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018: contenuto, natura ed effetti*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, I, pag. 4, ripresa da M. PERSIANI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018. Una riflessione sul dibattito dottrinale*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, I, pag. 4.

<sup>939</sup> «Non spetta a questa Corte addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito», *considerando in diritto*, n. 6.

<sup>940</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, cit., pag. 636.

<sup>941</sup> L. MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2019, II, 237. R. DE LUCA TAMAJO, op. ult. cit., pag. 637 rileva come si sia però persa un'importante occasione per invocare un intervento legislativo che riduca ad unità o razionalizzi “la selva intricata di ben 12 diversi regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo”.

norma, ed in particolare alla valutazione dei mezzi utilizzati dal legislatore in rapporto alla finalità perseguita, che costituisce un aspetto criticabile della pronuncia. Il canone di ragionevolezza in essa richiamato, infatti, comporta l'esigenza di effettuare un test che abbia ad oggetto non solo la coerenza tra lo scopo addotto dal legislatore e la norma, ma anche la valutazione della congruenza, adeguatezza e proporzionalità della disciplina con i principi costituzionali<sup>942</sup>. Questo discende dall'essenza stessa del principio di ragionevolezza<sup>943</sup>, che richiede «un controllo di congruità finalistica della legge, ossia una verifica dell'adeguatezza dei mezzi allo scopo perseguito dal legislatore»<sup>944</sup>; dato che è la Corte ad invocare tale principio, ritenendo evidentemente insufficiente il richiamo all'argomento del fluire del tempo, la stessa avrebbe dovuto quindi spingersi oltre nell'effettuare le valutazioni relative al suo rispetto.

Risulta pertanto che proprio la valutazione che non è stata effettuata, ossia quella relativa alla finalità perseguita dal legislatore, e alla necessità di adottare un mezzo tanto gravoso per i lavoratori – la drastica diminuzione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo – per raggiungerla, sarebbe dovuta essere centrale nell'esame della Corte<sup>945</sup>. E l'utilizzo del mezzo prescelto nel d. lgs. n. 23/2015 per raggiungere lo scopo di aumento dell'occupazione è notoriamente assai discusso, anche considerato che se alcune teorie di stampo prevalentemente economicistico sostengono tale modello, non risultano esservi evidenze della sua bontà<sup>946</sup>, né sembra che i riscontri fattuali mostrino un incremento dell'occupazione susseguente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015.

Peraltro com'è stato giustamente rilevato<sup>947</sup>, per effetto dell'intervento della Corte

---

<sup>942</sup> M.V. BALLESTRERO, op. ult. cit., pag. 253.

<sup>943</sup> «Il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti», così Corte cost. 22 dicembre 1998, n. 1130 in *Giur. cost.* 1988, fasc. 6.

<sup>944</sup> A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Treccani – Il libro dell'anno del diritto 2019*, Roma, pag. 343.

<sup>945</sup> Così A. PERULLI, op. ult. cit., G. FONTANA, op. ult. cit., pagg. 6 e segg., M.V. BALLESTRERO, op. ult. cit., pag. 253

<sup>946</sup> V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012, pagg. 521 e segg.; ID, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, cit., pag. 50 e in particolare nt. 18 in cui l'Autore si richiama alle considerazioni espresse del Fondo monetario internazionale nel *World Economic Outlook 2006*, secondo il quale «le riforme che rendono più agevole il licenziamento dei lavoratori a tempo indeterminato non hanno mediamente effetti statisticamente significativi sull'occupazione e sulle altre variabili macroeconomiche» (115-116).

<sup>947</sup> P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, cit. pag. 10.

costituzionale quello spettante per effetto del d. lgs. n. 23/2015 non è più un trattamento peggiore rispetto a quello spettante ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, o almeno non lo è in tutti i casi, se non altro considerando la diversa soglia massima più alta di un terzo rispetto a quella prevista dall'art. 18, co. 4 St. Lav., di cui all'art. 3, co. 1, e l'eliminazione del meccanismo automatico di determinazione dell'indennità; risulta quindi che la giustificazione in base a cui la Corte ha riconosciuto la legittimità della differenza di trattamento tra detti lavoratori non sussista più.

Oltre a questi aspetti critici se ne evidenzia poi un altro, che viene in rilievo nell'ipotesi in cui il datore di lavoro proceda a licenziamenti plurimi fondati sulla medesima causale: in questo caso la differenziazione di trattamento per situazioni del tutto analoghe risulterebbe infatti priva di giustificazione, e la giustificazione posta alla base della legge delega di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro di coloro che sono in cerca di occupazione» risulterebbe del tutto inidonea a fondare un diverso trattamento per situazioni del tutto sovrapponibili<sup>948</sup>.

Per altro verso, la scelta della Corte costituzionale di mantenere inalterata la disciplina di cui all'art. 1 d. lgs. n. 23/2015 può essere letta come volontà di non incidere sulle maggiori tutele di cui godono i lavoratori assunti precedentemente; infatti l'opzione legislativa di limitare il trattamento peggiorativo ai lavoratori c.d. nuovi assunti sembra rispondere anche alla volontà di non pregiudicare i diritti dei lavoratori<sup>949</sup> che, avendo goduto nel momento della stipulazione del contratto di maggiori tutele contro ai licenziamenti ingiustificati, ripongono il proprio affidamento sull'esistenza di tali diritti<sup>950</sup>.

Invero l'accoglimento della censura relativa al contrasto con la Costituzione della differenza di trattamento tra nuovi e vecchi assunti non avrebbe comportato necessariamente l'effetto di un'applicazione della più forte tutela costituita dall'art. 18 St. Lav. nei confronti di tutti i lavoratori, ma avrebbe potuto essere risolta anche con una soluzione di tipo opposto, quale l'estensione del regime del d. lgs. n. 23/2015 a tutti i

---

<sup>948</sup> M. CHIODI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018: contenuto, natura ed effetti*, cit., pag. 4.

<sup>949</sup> P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di un'ordinanza... annunciata*, cit., pag. 2177, ravvisano infatti lo scopo di salvaguardia del trattamento migliore già spettante ai vecchi.

<sup>950</sup> Così F. ROSELLI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018. Tra discrezionalità del legislatore e principio di ragionevolezza*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, I, pagg. 3 e segg.

lavoratori a prescindere dalla data di assunzione<sup>951</sup>.

## 7. LA TUTELA CONTRO IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO NELLE FONTI INTERNAZIONALI E SOVRANNAZIONALI

Oltre ai principi derivanti dalla Costituzione, anche le fonti sovranazionali contengono importanti previsioni relative alla necessaria tutela spettante al lavoratore licenziato ingiustificatamente.

In particolare l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Cdfue) dispone che «ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali», e l'art. 24 della Carta Sociale Europea prevede «il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione».

Sebbene l'art. 30 Cdfue non contenga indicazioni esplicite in merito al contenuto della tutela, l'interpretazione che viene generalmente fornita di tale norma è nel senso che essa richieda una tutela "adeguata", se tale non fosse, infatti, sarebbe svuotata di contenuto la stessa regola di giustificazione del licenziamento. Questa è anche l'interpretazione fornita dal Tribunale di Roma che ha invocato entrambe le norme menzionate come parametro interposto di costituzionalità nel sollevare la questione di legittimità costituzionale del d. lgs. n. 23/2015.

La possibilità di invocare l'art. 30 Cdfue, tuttavia, risultava piuttosto dubbia<sup>952</sup>, soprattutto alla luce dell'interpretazione dell'efficacia delle norme contenute nella Carta attualmente fornita dalla Corte di Giustizia. Invero l'orientamento espresso nelle sue pronunce, ed accolto dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 194/2018, è nel senso di ritenere utilizzabili tali disposizioni anche come norme interposte al fine di valutare la legittimità di una norma interna solo ove esista una disposizione comunitaria che abbia disciplinato la materia, dato che solo in questi casi si rientrerebbe nel c.d. cono d'ombra

---

<sup>951</sup> A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, cit., pagg. 214 e segg.

<sup>952</sup> Ulteriori dubbi sull'ammissibilità della questione erano stati sollevati da A.O. COZZI, *Sull'art. 30 della Carte dei diritti fondamentali dell'UE e sulla Carta sociale europea come parametro interposto*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea? Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs. n. 23/2015*, cit., pag. 107 sulla base del fatto che «il giudice non aveva motivato in ordine ad alcun elemento di collegamento con il diritto europeo», mentre «spetta al giudice motivare l'attrazione della fattispecie in tale ambito».

del diritto comunitario<sup>953</sup>, secondo un'interpretazione piuttosto restrittiva.

La posizione della Corte costituzionale risulta quindi comprensibile, ponendosi in linea di continuità con l'orientamento espresso dagli organi giurisdizionali europei, tuttavia è proprio tale orientamento che potrebbe essere oggetto di ripensamento, considerando la presenza di diversi piani su cui valutare il mancato rispetto del diritto comunitario: il piano dell'effetto orizzontale e quello dell'effetto verticale. Se si considera quest'ultimo piano, e quindi la valutazione in ordine alla legittimità delle norme in considerazione delle previsioni comunitarie, non dovrebbe porsi il problema della c.d. porta d'ingresso, purché si tratti di norme attinenti a materie che rientrano nella competenza dell'Unione Europea, come è nel caso dei licenziamenti individuali<sup>954</sup> e, ove tale interpretazione fosse accolta, risulterebbe applicabile per valutare la conformità alla Costituzione anche l'art. 30 della Cdfue.

Relativamente all'art. 24 della Carta sociale europea non si pongono invece le stesse problematiche, essendo riconosciuta la diretta applicabilità della norma<sup>955</sup>, ma se ne aprono altre in relazione all'interpretazione fornita dal Comitato dei diritti sociali, organo competente a conoscere delle questioni attinenti all'applicazione della Carta.

La Corte costituzionale, infatti, riconosce il valore dell'art. 24 CSE, e l'autorevolezza delle pronunce del Comitato, segnando un'inversione di tendenza rispetto alla lettura

---

<sup>953</sup> Anche Corte cost. 194/2018, invero, fa proprio tale principio riportando diverse pronunce della Corte di Giustizia che affermano che le disposizioni della Cdfue risultano applicabili solo ove gli Stati membri «agiscono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» (Grande sezione, sentenza 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson e, più recentemente, Ottava sezione, ordinanza 26 ottobre 2017, causa C-333/17, Caixa Económica Montepio Geral contro Carlos Samuel Pimenta Marinh e altri), ossia quando la fattispecie è «disciplinata dal diritto europeo [...] e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto» (sentenza n. 63 del 2016, punto 7. del Considerato in diritto; nello stesso senso, sentenza n. 111 del 2017 e ordinanza n. 138 del 2011).

<sup>954</sup> M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, cit., pag. 257 e segg.; ID, *Principi e regole nella giurisprudenza del lavoro. Due esempi e una regressione*, in R. GUASTINI, M.V. BALLESTRERO, a cura di, *Dialogando su principi e regole*, in *Mat. st. cul. giur.*, 2017, I, pag. 169; P. CHIECO, *“Riforme strutturali” del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, pagg. 387 e segg. M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., pag. 21, ritiene infatti che suscitò «perplexità la circostanza che la Carta – pure avendo lo stesso valore del trattato (art. 6 TUE) – veda subordinata la propria efficacia alla condizione che ne formi oggetto materia che [...] risulti già disciplinata da altra fonte dell'Unione, in ipotesi derivata, quali le direttive».

<sup>955</sup> La CSE è, infatti, un trattato sui diritti umani, e presenta elementi di comunanza con la CEDU; argomento a favore del riconoscimento del carattere di norma interposta è il fatto che i diritti civili, sociali e politici siano diritti indivisibili, come riconosciuto anche da Corte cost. 13 giugno 2018, n. 120 in *Giur. Cost.* 2018, 3, 1335.

molto più restrittiva del ruolo dello stesso operata nella pronuncia n. 120/2018<sup>956</sup>, ma utilizza tale norma solo allo scopo di rafforzare la censura relativa alla violazione del principio di adeguatezza dell'indennità nella parte in cui prevede il meccanismo automatico di calcolo, senza soffermarsi invece sulla vasta ed incisiva giurisprudenza del Comitato in materia.

Se invece si considerasse la giurisprudenza resa dal Comitato nell'interpretazione dell'art. 24 CSE<sup>957</sup>, si porrebbero profili di illegittimità ulteriori rispetto a quello rilevato dalla Corte costituzionale in relazione alla disciplina dell'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015, e ad essere sospetta di illegittimità sarebbe sostanzialmente tutta la disciplina relativa alle forme di tutela riservata ai lavoratori destinatari di licenziamenti ingiustificati<sup>958</sup>. Invero il Comitato, nella pronuncia *Finnish Society of Social Rights* contro la Finlandia (reclami n. 106/2014 e n. 107/2014), pur richiamata da Corte cost. 194/2018, ha affermato che la disposizione della legge finlandese che prevedeva un tetto di 24 mesi di retribuzione quale soglia risarcitoria massima onnicomprensiva del danno contrastasse con l'art. 24 della Carta sociale europea. In tale occasione è stato specificato che come "adeguata compensazione" si debba intendere quella che include: il rimborso delle perdite economiche subite tra il licenziamento e la decisione del ricorso<sup>959</sup>, la possibilità di reintegrazione del lavoratore, ed una forma di compensazione tanto elevata da dissuadere il datore di lavoro e da riparare integralmente il danno subito dal lavoratore<sup>960</sup>. Se il Comitato, quindi, ammette la legittimità della scelta legislativa di optare per la tutela indennitaria in luogo di quella reintegratoria, seppur con i limiti su cui ci si soffermerà, richiede però che quella indennitaria sia di importo tale da costituire l'equivalente economico del posto di lavoro perso. Nel concreto, quindi, era stato ritenuto che il tetto di ventiquattro mensilità, previsto come limite assoluto all'indennizzo, contrastasse con

---

<sup>956</sup> In cui il ruolo del Comitato era stato sminuito, evidenziando la non vincolatività delle sue decisioni e discostandosi completamente da esse. Nella pronuncia n. 194/2018, invece, non solo si richiama il precedente costituito dalla pronuncia *Finnish Society of Social Rights* contro la Finlandia, ma si esalta il ruolo della CSE in una generale prospettiva di valorizzazione delle fonti sovranazionali.

<sup>957</sup> F. PERRONE, *Il ruolo dell'art. 24 della Carta Sociale Europea nella sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale*, in *Labor*, 2019, definisce tale giurisprudenza «potenzialmente dirompente».

<sup>958</sup> In particolare sulle conseguenze relative alla legittimità dei limiti massimi di legge, M.V. BALLESTRERO, op. ult. cit., G. ORLANDINI, *Il licenziamento dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/18, tra vincoli costituzionali e fonti internazionali: la partita resta aperta*, cit.

<sup>959</sup> «*Reimbursement of financial losses incurred between the date of dismissal and the decision of the appeal body*».

<sup>960</sup> «*Compensation at a level high enough to dissuade the employer and make good the damage suffered by the employee*».

tale nozione di adeguatezza, posto che ben può essere che il pregiudizio subito dal lavoratore superi tale entità.

Non è detto che il Comitato si esprimerebbe nello stesso modo sul tetto di trentasei mensilità ora previsto dall'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015, anche perché il tetto previsto dalla nostra legislazione risulta piuttosto alto al confronto di quanto previsto in altri Stati<sup>961</sup>, ne sarebbe scontato l'esito di un'eventuale decisione sulla disciplina della c.d. tutela indennitaria forte di cui all'art. 18 St. Lav.; ciò che però desta seri sospetti di legittimità alla luce dell'interpretazione dell'art. 24 CES fornita dal Comitato è il limite previsto nelle piccole imprese e per i vizi di forma<sup>962</sup>. Il Comitato, infatti, ha già avuto modo di esprimersi su un tetto massimo pari a sei mensilità di retribuzione e l'ha fatto affermandone l'inadeguatezza<sup>963</sup>; risulta invero evidente che una simile limitazione non può garantire l'almeno tendenziale ristoro integrale del danno patrimoniale, comprensivo di danno emergente e lucro cessante<sup>964</sup>, e non patrimoniale sofferto dal lavoratore.

Ma le implicazioni sulle norme interne dell'interpretazione della Carta sociale fornita dal Comitato non si fermerebbero a questo: ad essere coinvolta sarebbe, infatti, anche la legittimità del tetto massimo di dodici mensilità previsto nella tutela reale c.d. attenuata<sup>965</sup>, dato che la posizione assunta dal Comitato è netta nell'escludere la possibilità di giustificare un tetto massimo al risarcimento a causa della durata del processo<sup>966</sup>, richiedendo, invece, che al lavoratore illegittimamente licenziato spetti integralmente la retribuzione in aggiunta alla reintegra. Ancora, dalla giurisprudenza del Comitato emerge che non rientri in modo assoluto nella discrezionalità del legislatore la scelta tra tutela indennitaria e tutela reale, nel senso che il legislatore non dovrebbe poter a priori escludere la possibilità che il giudice opti per la tutela reale<sup>967</sup>.

Si nota, quindi, come l'interpretazione del concetto di adeguatezza del risarcimento fornita dal Comitato sia molto pregnante, e tuttavia non si può dimenticare che se la

---

<sup>961</sup> G. ORLANDINI, op. cit., pag. 9.

<sup>962</sup> Sottolinea G. ORLANDINI, op. cit., pag. 12, che il depotenziamento dell'obbligo di motivazione previsto dalla l. n. 92/2012 e dal d. lgs. n. 23/2015 appare distonico rispetto ai principi delle fonti sovranazionali, che individuano nella violazione dell'obbligo di motivazione una forte lesione al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

<sup>963</sup> Conclusioni 2012, Bulgaria.

<sup>964</sup> Conclusioni 2008, Albania.

<sup>965</sup> G. ORLANDINI, op. cit., pag. 9; F. PERRONE, op. cit., pag. 4.

<sup>966</sup> Al contrario, la durata dei processi giustifica, nell'interpretazione del Comitato, la necessità di corrispondere un indennizzo più elevato al lavoratore, cfr. conclusioni 2012, Bulgaria

<sup>967</sup> Ed invero tale censura è stata mossa nelle conclusioni rese in *Finnish Society of Social Rights* contro la Finlandia.



sentenza n. 194/2018 rappresenta un'apertura verso la valorizzazione sia della fonte sovranazionale costituita dalla Carta sociale europea che del ruolo del Comitato, nella stessa pronuncia la Corte costituzionale ben si guarda dal dare completa applicazione ai principi contenuti nella stessa giurisprudenza che richiama. Sembra quindi piuttosto lontana la possibilità che l'interpretazione fornita dal Comitato, almeno ove di portata tale da sovvertire l'impostazione assunta dal legislatore nella disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo, venga utilizzata per fondare una dichiarazione di costituzionalità delle norme in materia; piuttosto allo stato attuale si potrà invece immaginare che, dimostrando la stessa apertura espressa in quest'ultima pronuncia, la Corte possa nuovamente utilizzare la fonte sovranazionale per rafforzare una censura di costituzionalità fondata sul diritto interno, come quello che potrebbe sussistere in relazione alle basse soglie massime previste nell'indennità a favore dei lavoratori assunti nelle imprese di piccole dimensioni o nel licenziamento viziato nella procedura o nella motivazione.

## SINTESI DEL LAVORO E CONCLUSIONI

All'esito dell'indagine fin qui sviluppata possono trarsi alcune conclusioni. Procedendo in base all'ordine espositivo, dall'analisi dell'evoluzione della normativa recante la disciplina delle tutele a favore dei lavoratori destinatari di un licenziamento illegittimo, emergono due dati significativi. Il primo è costituito dal fatto che la tutela obbligatoria è divenuta, a partire dal d.lgs. n. 23/2015, la principale tutela spettante ai lavoratori, secondo una linea di tendenza già inaugurata dalla l. n. 92/2012, laddove non solo la tutela reale diviene residuale, ma subisce delle modifiche di carattere peggiorativo aventi ad oggetto le indennità spettanti ai lavoratori per il periodo in cui il licenziamento illegittimo ha comportato l'estromissione dal posto di lavoro.

Il secondo dato è costituito dalla specialità della materia rispetto alla tradizionale concezione del risarcimento del danno, che ha portato all'attribuzione di una pluralità di funzioni alle indennità previste nella disciplina delle conseguenze del licenziamento, per cui si sostiene comunemente che il minimo di cinque mensilità previsto nell'art. 18 St. Lav. abbia una funzione punitiva sia in quanto sempre dovuto, a prescindere quindi dal danno effettivamente subito dal lavoratore, sia in quanto il datore di lavoro è obbligato al pagamento di tale somma indipendentemente dall'esistenza di una causa di non imputabilità dell'illegittimità del licenziamento allo stesso. Allo stesso modo è stato attribuito carattere punitivo all'indennità corrisposta al lavoratore nell'ambito della tutela obbligatoria costituita dall'art. 8 l. n. 604/1966, anche se a ben vedere nell'attribuire questa funzione non si è verificato che si fosse in presenza di una reale forma di punizione a carico del datore di lavoro, ma ci si è limitati a prendere atto dell'operatività di caratteri diversi da quelli del risarcimento del danno, per cui, sostanzialmente ragionando per esclusione, è stato riconosciuto il perseguimento di tale diversa funzione.

Ancora sotto il profilo delle funzioni, assume una forte rilevanza la polifunzionalità attribuita alla somma dovuta dal datore di lavoro per il periodo dalla sentenza all'effettiva reintegrazione, in quanto sia nella prima formulazione della norma che in quella successiva alla l. n. 108/1990, e quindi a prescindere dalla sua qualificazione come retribuzione o risarcimento, ad essa si è attribuita una funzione di coercizione indiretta dell'adempimento dell'obbligo reintegratorio, anche in ragione del fatto che tale obbligo, attuativo della completa tutela del lavoratore – dal momento che solo attraverso il suo adempimento viene restituito il posto di lavoro perso per effetto del licenziamento –, non

è altrimenti coercibile. L'attribuzione di questa funzione, per vero non pacifica, comporta oggi come allora importanti riflessi sulle modalità di determinazione della somma – portando alcuni ad escludere, per esempio, la deducibilità dei guadagni percepiti nello svolgimento di altre attività lavorative incompatibili – nonché su altri aspetti, come la possibilità di ripetere tali somme ove in appello il giudizio di condanna fosse stato riformato.

Sotto il profilo più strettamente civilistico, invece, si è osservato come risulti principio cardine dell'ordinamento quello per cui il risarcimento del danno deve perseguire la funzione di restituire alla vittima del danno – indipendentemente dal fatto che si tratti di danno contrattuale o extracontrattuale – ciò che le è stato tolto o che non ha potuto conseguire per effetto dell'illecito.

Lo scopo del risarcimento è quindi, nel nostro sistema, quello di rispondere a un'esigenza di solidarietà e non quello di perseguire l'autore di una condotta illecita; prova di ciò è costituita dal fatto che in molti casi si è ritenuto di porre l'obbligo risarcitorio a carico di soggetti terzi – in qualche modo però avvantaggiati dall'attività rischiosa o in ogni caso connessi ad essa – o comunque di addossare l'obbligo a chi ha posto in essere la condotta dannosa a prescindere dalla verifica della colpevolezza.

Si è visto, tuttavia, come tale concezione nel corso del tempo abbia cominciato a mostrare alcuni punti deboli: il risarcimento compensativo risulta infatti insufficiente in particolare in presenza di danni di ridotta entità ma dipendenti da illeciti in sé gravi o comunque lesivi, anche indirettamente, di un interesse superiore rispetto a quello della singola vittima; questo, unitamente all'influsso della categoria straniera dei *punitive damages* ed all'affermarsi in alcuni settori del diritto di forme di prestazioni a carattere punitivo, ha comportato la progressiva apertura a forme di risarcimento con funzione deterrente o punitiva di cui danno atto le Sezioni Unite della Cassazione con la pronuncia n. 16601/2017.

Con riferimento a quest'ultima funzione, dall'analisi delle diverse ipotesi legislative richiamate nella summenzionata pronuncia, sono emerse alcune caratteristiche comuni, quali gli elementi di cui il giudice deve tener conto per determinare l'importo dell'indennità ed il fatto che nella generalità dei casi il risarcimento con funzione sanzionatoria comporti un arricchimento per la vittima, aggiungendo qualcosa rispetto al risarcimento quantificato con i criteri di cui all'art. 1223 c.c. Si è visto, inoltre, che nell'attuale casistica si prescinde spesso dalla valutazione della sussistenza in capo al danneggiante di dolo o colpa grave, che risultava invece storicamente connessa alle

prestazioni sanzionatorie, nelle quali la concezione di fondo era quella di punire chi avesse posto in essere un atto particolarmente grave proprio in ragione dell'intenzionalità della condotta; ciò accomuna però queste ipotesi a quelle proprie del diritto del lavoro, in cui il minimo stabilito dalla legge è sempre stato ritenuto dovuto a prescindere dall'analisi dell'elemento soggettivo.

Ulteriore riflessione attorno alle funzioni del risarcimento è quella sviluppata in relazione alla finalità di deterrenza, anch'essa attribuibile alle indennità previste nella disciplina del licenziamento, ed in relazione alla quale si sono esaminate due concezioni: una che richiede che perché tale effetto sia raggiunto debba essere imposto in capo al danneggiante un *quid pluris*, ulteriore rispetto al risarcimento, in considerazione delle sue capacità economiche, l'altra che invece ritiene che anche il risarcimento che si limiti a compensare il danno subito abbia un effetto di deterrenza nella misura in cui fa sorgere in capo al danneggiante un obbligo con il quale si reagisce all'illecito. Inoltre si è apprezzata la distinzione tra funzione di deterrenza generale e speciale, basata sul fatto che l'imposizione miri ad evitare che chiunque compia l'atto illecito, e quindi a prevenire in genere il verificarsi di un fatto dannoso, ovvero che sia specificamente volta a prevenire l'azione di un determinato soggetto considerandone la capacità offensiva e quindi le sue specificità.

Si è poi visto come nel diritto del lavoro già in varie ipotesi sia stata attribuita al risarcimento una funzione ulteriore rispetto a quella di compensazione, imponendo delle prestazioni aggiuntive rispetto al danno subito effettivamente dal lavoratore al fine di raggiungere una tutela più efficace dello stesso ed assicurare il rispetto dei limiti previsti legislativamente – soprattutto nell'utilizzo di contratti atipici – e di tutelare i diritti del lavoratore ove fosse ritenuto complesso fornire altrimenti la prova della lesione.

Infine, sempre in base ai principi che caratterizzano la responsabilità civile, si è escluso, come del resto confermato recentemente dalla Corte costituzionale, che la categoria delle "indennità" sia qualcosa di differente dal risarcimento del danno, in quanto non risultano fondate le distinzioni basate sulla natura illecita o meno del fatto generatore del danno o facenti leva sull'utilizzo di criteri di quantificazione differenti da quelli codicistici.

Analizzando, quindi, i differenti tipi di tutela spettanti al lavoratore licenziato illegittimamente e soffermandosi dapprima su quella reale, si condivide l'attribuzione di una funzione compulsiva all'indennità attribuita al lavoratore per il periodo dalla sentenza all'effettiva reintegra, concezione che risulta rafforzata da recenti pronunce (Corte cost.

n. 303/2011, Cass. S.U. n. 2990/2018 e Corte cost. n. 29/2019) che hanno affermato l'operatività della medesima funzione in capo a somme attribuite al lavoratore in base ad un diverso titolo – retributivo o risarcitorio – proprio in ragione della necessità di garantire al lavoratore di beneficiare concretamente della tutela oggetto dell'ordine giudiziale ove ad esso non sia stata data spontanea esecuzione. Sulla base di tale presupposto sembra più corretto aderire alla lettura del testo dell'art. 18, co. 4, St. Lav. che limita il tetto di dodici mensilità al periodo fino alla sentenza, senza incidere, invece, sul diritto del lavoratore a percepire il risarcimento commisurato alle retribuzioni perse dalla sentenza alla reintegra. Inoltre, sempre sulla base di tale argomento, più che di quello della natura retributiva delle somme dovute per tale periodo, si muovono alcune critiche all'orientamento ormai acquisito dalla giurisprudenza secondo cui le somme versate al lavoratore sono ripetibili in caso di riforma della sentenza e, se non versate, non sono dovute; tale orientamento, infatti, rischia di compromettere l'effetto di coazione indiretta all'adempimento dell'obbligo di reintegrazione esercitato da tali somme.

In riferimento ad altri aspetti legati alla determinazione dell'indennità, invece, vengono in considerazione, sempre all'interno dell'area di tutela reale, le caratteristiche proprie del risarcimento del danno con funzione compensativa e, segnatamente, la possibilità di operare la detrazione di quanto percepito altrove dal lavoratore – possibilità che viene normativizzata solo con la l. n. 92/2012 ma da sempre ammessa con riferimento al risarcimento del danno da licenziamento in base ad un'interpretazione ampia della *compensatio lucri cum damno* che è stata recentemente accolta anche al di fuori del diritto del lavoro – nonché, ma limitatamente all'ambito della tutela reale c.d. attenuata, operando l'ennesima gradazione sulla base del disvalore dell'illecito datoriale, la detrazione dell'*aliunde percipiendum* in applicazione del principio di cui all'art. 1227, co. 2, c.c. D'altro canto, però, non viene ammesso quello che rappresenterebbe il contrappeso di tali deduzioni, ossia la possibilità che il lavoratore ottenga il risarcimento del danno ulteriore subito per effetto del licenziamento, posto che l'orientamento giurisprudenziale consolidato in materia nega la risarcibilità dei danni non patrimoniali, considerati come danni indiretti, e quindi non prevedibili, rispetto alla perdita della retribuzione; chiusura che risulta criticabile avendo riguardo al valore del diritto al lavoro e all'implicazione della persona del lavoratore in esso, tali da aggiungere un elemento ulteriore, all'interno del rapporto di lavoro, rispetto al mero scambio economico tra lavoro e retribuzione e quindi da ritenere inaccettabile la negazione della risarcibilità dei danni differenti da quelli patrimoniali.

Con riferimento alla tutela obbligatoria, invece, sono state affrontate principalmente due questioni, connesse tra loro: la prima è relativa alla portata e alle funzioni perseguite dai criteri di determinazione dell'indennità; la seconda agli esiti della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 ed in particolare a quali parametri debbano essere utilizzati dal giudice nella determinazione dell'indennità ex art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015.

Dalla ricognizione dell'interpretazione offerta da dottrina e giurisprudenza in merito ai criteri "di legge", ossia quelli previsti dall'art. 8 l. n. 604/1966 e dall'art. 18 St. Lav., è emerso come essi abbiano ad oggetto aspetti in larga misura differenti dagli elementi che possono essere utilizzati per parametrare il pregiudizio subito dal lavoratore ed utili, invece, ad effettuare il bilanciamento tra l'interesse di questi e quello del datore di lavoro.

Ponendosi quindi la questione degli effetti della sentenza che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015, si ritiene anche sulla base di dette considerazioni di escludere un'interpretazione dell'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 secondo cui il giudice sarebbe vincolato ad utilizzare i criteri di legge.

Questo in ragione di differenti considerazioni: in primo luogo si rimarca come l'indennità prevista a favore del lavoratore licenziato ingiustamente abbia natura risarcitoria, per cui nella sua quantificazione si debba avere riguardo, in primo luogo, al pregiudizio sofferto dal lavoratore. Infatti tale principio discende dalla primaria funzione compensativa del risarcimento del danno e si può ricavare anche dalla pronuncia della Corte costituzionale, nella quale si rileva l'inadeguatezza dell'indennità, siccome prevista nel testo dell'art. 3, co. 1 oggetto di scrutinio, in quanto uniforme in ogni ipotesi, e quindi inidonea a tenere in considerazione il differente pregiudizio subito dal lavoratore per effetto del licenziamento.

Ciò risulta confermato anche dal *dictum* dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 16601/2017 che, proprio in considerazione della natura eccezionale di eventuali prestazioni patrimoniali aventi un titolo differente da quello risarcitorio, ha stabilito la necessità di una previsione legislativa che fondi dette imposizioni, previsione che, essendo quella della Corte costituzionale una pronuncia meramente ablativa, risulta mancare nel caso di specie nel quale, quindi, ipotizzando l'applicazione dei suddetti criteri "di legge", si derogherebbe illegittimamente al principio compensativo.

Risulta quindi che solo il riconoscimento del diritto del lavoratore a ricevere un'indennità calcolata sulla base del pregiudizio sofferto per effetto del licenziamento, e quindi nel calcolo della quale si abbia riguardo al tempo necessario allo stesso per trovare un'occupazione o comunque ai diversi fattori che incidono sull'entità del danno, sia

conforme ai principi operanti nell'ordinamento, in base ai quali, nel caso di lesione di un diritto costituzionalmente garantito, alla vittima spetta un risarcimento a compensazione del pregiudizio subito per effetto dell'illecito.

Ulteriore problematica affrontata con riferimento alla norma in questione è quella delle implicazioni della finalità dissuasiva che la Corte costituzionale afferma l'indennità debba perseguire; anche in questo caso, però, considerando i principi chiaramente enunciati da Cass. Sez. Un. n. 16601/2017, si ritiene che l'indicazione contenuta nella pronuncia non debba essere letta come un invito a liquidare una somma aggiuntiva con finalità di dissuasione in sede di determinazione del *quantum* del risarcimento, ma debba essere interpretata, piuttosto, come un invito a valutare l'adequazione dell'indennità anche considerando che un importo inadeguato comporterebbe, di fatto, una liberalizzazione del licenziamento arbitrario, che diverrebbe possibile alla sola condizione di pagare una ridotta somma di danaro.

Quanto agli effetti riflessi della dichiarazione di incostituzionalità, si ritiene che essa abbia ripercussioni dirette sugli artt. 9 e 10 d.lgs. n. 23/2015 in quanto tali norme contengono un rinvio all'art. 3, co. 1; in ragione della portata generale dei principi espressi da Corte cost. n. 194/2018, sembrano invece sussistere i presupposti per una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 d. lgs. n. 23/2015 in quanto l'automatismo previsto in tale norma non lascia alcuno spazio alla valutazione del pregiudizio concreto subito dal lavoratore in ipotesi che, anche se diverse dall'ingiustificatezza di cui alla norma dichiarata incostituzionale, possono essere assimilate ad essa, considerato il valore delle garanzie procedurali nonché della motivazione del licenziamento.

Da ultimo si è esaminata la compatibilità con i principi costituzionali del sistema di tutela del lavoratore licenziato illegittimamente.

Per farlo ci si è dapprima soffermati sulle funzioni assolte dalle indennità, ed in particolare dai minimi previsti dalla legge, sia nella tutela reale che in quella obbligatoria, nonché dalle indennità stesse nella tutela obbligatoria. L'indagine si è resa necessaria per capire se tale sistema offrisse garanzie ulteriori rispetto a quelle tipiche del risarcimento: l'eventuale risposta positiva avrebbe avuto, infatti, un peso nell'analisi della legittimità costituzionale, potendosi ritenere che ciò compensasse, almeno in parte, l'abbassamento della tutela.

È emerso, però, che nella disciplina delle conseguenze risarcitorie del licenziamento, come anche in altre ipotesi in cui il legislatore ha fatto uso dei criteri di cui all'art. 8 l. n. 604/1966, la finalità perseguita attraverso l'utilizzo di tali parametri fosse raramente ed



in minima parte quella di aggiungere qualcosa per sanzionare il datore di lavoro, o per aumentare la tutela del lavoratore, ed invece si sia mirato prevalentemente a contenere il risarcimento posto a carico del datore di lavoro. Nemmeno ai minimi previsti dalla legge sembra essere sempre attribuibile una natura sanzionatoria. Dal raffronto con altre ipotesi di forfettizzazione del danno risulta, infatti, che non sia sufficiente la previsione di un minimo sempre dovuto, indipendentemente dal danno, perché si possa parlare di prestazione imposta a titolo sanzionatorio, e che tale funzione risulti assolta in senso proprio solo nei casi in cui il danno subito dal lavoratore sia inferiore ai minimi; negli altri casi, invece, si tratta solo in senso lato di sanzione ma più propriamente di una forma di agevolazione della prova del danno.

Risulta, inoltre che l'utilizzo di parametri comuni alle prestazioni con finalità sanzionatoria e della tecnica normativa egualmente tipica di questo tipo di prestazione non sia sufficiente a conferire una natura sanzionatoria alle indennità attribuite al lavoratore licenziato illegittimamente. Al contrario, si deve rilevare che l'utilizzo di tali criteri assuma una funzione del tutto diversa nel diritto del lavoro rispetto al diritto civile: in quest'ultimo caso si intende, infatti, sanzionare il danneggiante ponendo a suo carico una prestazione maggiormente gravosa, mentre nell'ambito del diritto del lavoro manca quest'intenzione e si utilizzano criteri differenti da quelli ordinari di quantificazione del danno per avvantaggiare o comunque non porre in capo al datore di lavoro sanzioni eccessivamente alte, bilanciando i contrapposti interessi di danneggiante e danneggiato.

Si è quindi analizzata la compatibilità con la Costituzione del sistema di tutele previsto a favore dei lavoratori, anche sulla base di alcune importanti indicazioni contenute nella pronuncia della Corte costituzionale da ultimo citata. Invero in essa si ribadisce l'importanza del diritto al lavoro e la conseguente necessità che tale diritto sia tutelato nelle ipotesi di illegittima cessazione del rapporto, in modo da assicurare al lavoratore, oltretutto la tutela della conservazione del posto di lavoro, la possibilità di far valere ogni tipo di diritto senza temere una ritorsione del datore di lavoro. Inoltre, la Corte riconosce la legittimità della scelta di escludere la tutela reale, rimarcando però che in questo caso la tutela obbligatoria debba porsi come sostitutiva, ciò che necessariamente influisce sulla valutazione dell'adeguatezza degli importi.

Esaminando le disposizioni che disciplinano la tutela obbligatoria alla luce di tali acquisizioni emergono dei dubbi sulla legittimità delle previsioni, soprattutto con riferimento all'adeguatezza degli importi, in particolare per effetto dell'applicazione dei ridotti tetti massimi previsti dall'art. 8 l. n. 604/1966, dall'art. 18, co. 6, St. Lav. e dall'art.

4 d. lgs. n. 23/2015, per cui si può dubitare del fatto che le indennità così determinate siano adeguate e dissuasive.

Ulteriori dubbi sussistono anche in relazione al tetto massimo di dodici mensilità previsto nella tutela reale c.d. attenuata, posto che attraverso esso si intende porre a carico del lavoratore il costo derivante dalla durata del processo, e quindi di un fattore totalmente estraneo al suo controllo, indebolendo viepiù la tutela prevista a suo favore, già incisa dall'espressa introduzione della possibilità di dedurre *aliunde perceptum e percipiendum* e dall'esclusione della spettanza del minimo delle cinque mensilità.

Si è analizzata, inoltre, la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di limitazioni al risarcimento del danno, appurando che in varie occasioni la previsione di un tetto massimo è stata ritenuta legittima, purché si fosse in presenza di alcune condizioni, valutate con ancor più rigore nei casi di diritti costituzionalmente rilevanti della persona. In primo luogo viene ritenuta necessaria la sussistenza di un'esigenza che legittimi la scelta legislativa: così sono state ritenute giustificate limitazioni rispondenti ad un'esigenza di contenimento dei costi da cui deriva un beneficio non solo in capo al danneggiante ma anche alla generalità dei consociati; in secondo luogo la Corte costituzionale richiede usualmente che, a fronte della limitazione, al danneggiato siano attribuiti altri benefici, come avviene per esempio nei casi di responsabilità oggettiva.

Non risulta che tale indagine sia stata effettuata in relazione alla tutela obbligatoria, ipotesi nella quale si può dubitare della sussistenza di entrambe le condizioni, posto che non risulta sussistere un interesse generale alla riduzione dei costi del risarcimento spettante al lavoratore a causa del licenziamento illegittimo, salvo ipotizzare che da ciò derivi un beneficio per il mercato del lavoro, circostanza che risulta però ancora priva di alcuna prova. Inoltre, non risulta che il lavoratore tragga da tale sistema un vantaggio comparabile a quanto avviene nei casi di responsabilità oggettiva considerati dalle pronunce della Corte costituzionale, posto che quel che si pone a carico del datore di lavoro è il danno che deriva da un suo atto volontario, quello di licenziare il lavoratore, e che l'unico beneficio che risulta operante a vantaggio dei lavoratori consiste nell'escludere il rilievo di eventuali cause di non imputabilità, peraltro non molto frequenti.

Viene esaminata, inoltre, la compatibilità del sistema della tutela obbligatoria con i principi costituzionali del diritto al lavoro, ed in genere relativi al risarcimento del danno, con particolare riguardo ai criteri previsti dalle norme legislative di cui agli artt. 18 St. Lav. ed 8 l. n. 604/1966 e, posto che si è visto che i criteri attengono a fattori estrinseci

rispetto al pregiudizio subito dal lavoratore, si propone un'interpretazione delle norme che appare maggiormente rispettosa di detti principi.

Si muove infatti, dal presupposto che il diritto al lavoro, inteso in questo caso nella sua accezione di tutela contro il licenziamento illegittimo, ha rilevanza costituzionale e che dev'esserne quindi garantita la tutela risarcitoria in modo da non svuotarlo di contenuto; conseguentemente sembra potersi prospettare un'interpretazione delle norme che ponga in una posizione gerarchicamente sovraordinata i criteri attinenti al pregiudizio subito dal lavoratore (quello dell'anzianità di servizio ma soprattutto quello delle condizioni del lavoratore), utilizzando i criteri riferiti al datore di lavoro solo al fine di modulare il risarcimento ove la condanna al pagamento di una somma eccessivamente alta possa compromettere la "stabilità" del datore di lavoro. L'applicazione di tale differente gerarchia avrebbe riflessi di non poco conto nella quantificazione concreta delle indennità, atteso che è alquanto raro vedere liquidata l'indennità nella misura massima, nonostante le soglie piuttosto ridotte, sebbene il pregiudizio subito dal lavoratore sia nella maggioranza dei casi quantificabile in un importo ben più elevato di quello previsto come massimo dalle norme di legge.

Le conclusioni raggiunte, con riferimento sia all'insufficienza dei tetti massimi apposti alle indennità da parte delle menzionate norme, sia alla necessità di valorizzare il pregiudizio sofferto dal lavoratore e disporre un risarcimento che ne tenga conto, risultano rafforzate dall'analisi della normativa sovranazionale, ed in particolare dell'art. 24 della Carta Sociale Europea. Tale norma, che la Corte costituzionale riconosce costituire un parametro interposto per la valutazione di legittimità costituzionale, viene infatti interpretata dal Comitato dei diritti sociali – l'organo preposto a vigilare sulla sua applicazione – nel senso che un risarcimento adeguato sia quello che ripara integralmente il danno subito dal lavoratore; nonostante si tratti di un'interpretazione non vincolante, rimane fermo il valore del principio espresso dalla Carta e l'autorevolezza della giurisprudenza del Comitato; conseguentemente dovrà tenersi conto di tale principio, almeno come indicazione, nel valutare la legittimità della nostra normativa interna.

In conclusione, all'esito dell'analisi della disciplina del risarcimento del danno spettante al lavoratore illegittimamente licenziato e del raffronto di essa con quella operante in settori del diritto diversi da quello del lavoro, si deve rilevare come allo stato attuale ci si trovi in presenza non solo di un abbassamento di tutele rispetto al diritto civile, ma anche di un trattamento peggiore rispetto a quello che spetta al lavoratore che subisca altre tipologie di danno nell'ambito del rapporto di lavoro. L'impressione è che

tale riduzione delle tutele rappresenti un tentativo del legislatore di rendere meno gravosa per il datore di lavoro l'incertezza che accompagna la valutazione della sussistenza delle cause di legittimità del licenziamento previste dalla legge e che, non potendo incidere in modo troppo marcato sulla discrezionalità esercitata dal giudice in tale ambito, si sia invece voluto indebolire il sistema di tutele, quasi ritenendo non particolarmente grave – e quindi meritevole di una sanzione pesante – il comportamento del datore di lavoro che licenzi un lavoratore senza rispettare le causali.

Risulta il dato di fatto che una simile attenzione alla possibilità per il datore di lavoro di sopportare i costi del risarcimento in caso di licenziamento illegittimo non vi sia ove si tratti di danni causati al lavoratore in materie diverse, né presumibilmente sarebbe considerata accettabile l'imposizione di una limitazione al risarcimento spettante a fronte della lesione di altri diritti del lavoratore motivata dalla necessità di evitare ripercussioni nelle assunzioni.

Inoltre occorre notare che le sempre crescenti limitazioni previste al risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, nonostante che l'atto colpisca valori della persona del lavoratore implicata nel rapporto, sembrano in controtendenza rispetto al diritto civile nel quale si assiste, al contrario, ad un forte ampliamento delle ipotesi di risarcibilità dei danni alla persona e, lungi dall'essere considerata di importanza primaria la necessità di tutelare le imprese da risarcimenti troppo elevati, si dà luogo in alcuni settori a prestazioni risarcitorie con funzione sanzionatoria, mirate proprio a colpire le imprese quando pongano in essere illeciti lesivi di beni di interesse generale.

## PRINCIPALI ABBREVIAZIONI DELLE RIVISTE

<i>Arg. dir. lav.</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>Corr. giur.</i>	Corriere giuridico
<i>Dir. giust.</i>	Diritto & Giustizia
<i>Danno resp.</i>	Danno e responsabilità
<i>Dir. lav.</i>	Diritto del lavoro
<i>Dir. lav. merc.</i>	Diritti lavori mercati
<i>Dir. merc. lav.</i>	Diritto del mercato del lavoro
<i>Dir. prat. lav.</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>Dir. priv.</i>	Diritto privato
<i>Dir. rel. ind.</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>Foro civ.</i>	Foro civile
<i>Foro it.</i>	Foro italiano
<i>Giorn. dir. lav. rel. ind.</i>	Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>Giur. cost.</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>Giur. it.</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giur. lav.</i>	Giurisprudenza del lavoro
<i>Giur. mer.</i>	Giurisprudenza di merito
<i>Giust. civ.</i>	Giustizia civile
<i>Giust. civ. mass.</i>	Giustizia civile-massimario annotato dalla Cassazione
<i>Guida dir.</i>	Guida al diritto
<i>Guida lav.</i>	Guida al lavoro
<i>Jus</i>	Jus
<i>Lav. prev. oggi</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>Lav. dir.</i>	Lavoro e diritto
<i>Lav. dir. Eur.</i>	Lavoro diritti Europa
<i>Lav. giur.</i>	Lavoro nella giurisprudenza
<i>Lav .p.a.</i>	Lavoro nelle pubbliche amministrazioni
<i>Mass. foro it.</i>	Massimario del Foro italiano
<i>Mass. giur. it.</i>	Massimario di giurisprudenza italiana
<i>Mass. giur. lav.</i>	Massimario di giurisprudenza del lavoro
<i>Notiz. giur. lav.</i>	Notiziario di giurisprudenza del lavoro
<i>Nuova giur. civ. comm.</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>Nuove leg. civ. comm.</i>	Nuove leggi civili commentate
<i>Orient. giur. lav.</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>Pol. dir.</i>	Politica del diritto
<i>Quad. cost.</i>	Quaderni costituzionali
<i>Quad. dir. lav. rel. ind.</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>Rep. Foro it.</i>	Repertorio foro italiano

<i>Resp. civ. prev.</i>	Responsabilità civile e previdenza
<i>Riv. crit. dir. priv.</i>	Rivista critica del diritto privato
<i>Riv. dir. comm.</i>	Rivista del diritto commerciale
<i>Riv. dir. sic. soc.</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>Riv. esec. forz.</i>	Rivista dell'esecuzione forzata
<i>Riv. dir. civ.</i>	Rivista di diritto civile
<i>Riv. dir. impr.</i>	Rivista di diritto dell'impresa
<i>Riv. dir. priv.</i>	Rivista di diritto privato
<i>Riv. giur. lav.</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza
<i>Riv. it. dir. lav.</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>Riv. prat. dir. giur.</i>	Rivista pratica di diritto e giurisprudenza
<i>Riv. trim. dir. proc. civ.</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile

## BIBLIOGRAFIA

A.A.V.V., *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti: profili sistematici e problematiche attuali: atti del Convegno, Modena, 2-3 aprile 1993*, Milano, 1994.

G. AFFERNI, *La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, pag. 862.

M. AIMO, *Il lavoro a termine tra modello europeo e regole nazionali*, Torino, 2017.

P.G. ALLEVA, *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in F. CARINCI, a cura di, *La disciplina dei licenziamenti dopo le legge 108/1990 e 223/1991*, Napoli, 1991, pag 23.

P.G. ALLEVA, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti individuali dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 allo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, I, pag. 104.

G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003.

G. ALPA, *Interpretazione economica del diritto (Economic Analysis of Law)*, in *Noviss. Dig. It. App.*, IV, Torino, 1987, pag. 315.

G. ALPA, *La responsabilità civile tra solidarietà ed efficienza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, pag. 195.

G. ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 1999.

G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2017, pag. 1084.

F. ALVARO, *Licenziamento del lavoratore e aliunde perceptum: presunzione di onerosità del lavoro prestato a terzi* in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, 431.

I. ALVINO, *Giudici, legislatori e piccole imprese dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, pag. 171.

I. ALVINO, *Licenziamento illegittimo, reintegrazione e indennità risarcitoria – Licenziamento illegittimo e natura giuridica dell'indennità da mancata reintegrazione*, in *Giur. it.*, 2018, VIII-IX, pag. 1951.

D. AMADEI, *Una misura coercitiva generale per l'esecuzione degli obblighi infungibili*, in *www.Judicium.it*, pag. 347.



- A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, 2006.
- G. ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954.
- G. ARDAU, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1972.
- C. ASSANTI, *Scelte culturali e disciplina più avanzata dei licenziamenti*, in M. DE CRISTOFARO, a cura di, *I licenziamenti individuali dopo la l. n. 108/1990*, Padova, 1991, pag. 45.
- A. AVENDOLA, *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT*, 180/2013.
- M.V. BALLESTERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *Lav. Dir.*, 2019, I, pag. 247.
- M.V. BALLESTRERO, *A proposito di un improbabile resurrezione dell'art. 18 St. Lav.*, in *Dir. lav.*, 2017, pag. 495.
- M.V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in *Lav. dir.*, 2007, II, pag. 395.
- M.V. BALLESTRERO, *La stabilità come valore e come problema*, Torino, 2007.
- M.V. BALLESTRERO, *Principi e regole nella giurisprudenza del lavoro. Due esempi e una regressione*, in R. GUASTINI, M.V. BALLESTRERO, a cura di, *Dialogando su principi e regole*, in *Mat. st. cul. giur.*, 2017, I, pag. 169.
- M.V. BALLESTRERO, voce «*Licenziamento individuale*», in *Enciclopedia del diritto, Annali*, XV, 2012.
- M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975.
- E. BALLETTI, *Danni punitivi, moduli sanzionatori e standard di tutela nel diritto del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, pag. 11.
- E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in A.A. V.V., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario, Atti delle Giornate di Studio di Diritto del lavoro Aidlass, Napoli 16-17 giugno 2016*, Milano, 2017, pag. 67.
- L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901.
- L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1957, III.
- L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954, vol. III.
- D. BARBIERATO, *Il risarcimento del danno e le sue "funzioni"*, Bergamo, 2013.

- M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse* in M. BARBIERI, D. DALFINO, a cura di, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, pag. 44.
- F. BENATTI, *Benvenuti danni punitivi... o forse no!*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2017, V, pag. 582.
- F. BENVENUTI, *Lavoro, principio costituzionale del*, in *Enc. Giuridica Treccani*, Roma, 2009.
- C.M. BIANCA, *5: La responsabilità*, in C.M. BIANCA, a cura di, *Diritto civile*, Milano, 1994.
- C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, a cura di, *Commentario del codice civile*, Bologna – Roma, 1979.
- C.M. BIANCA, *Qualche necessaria parola di commento all'ultima sentenza in tema di danni punitivi*, in *Giustiziacivile.com*, 2018, I.
- F. BIANCHI D'URSO, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Mass. giur. lav.*, 1991, pag. 344.
- M. BIASI, *Il caso Ryanair e l'ingresso del danno punitivo nel diritto del lavoro italiano* in *Giur. it.*, 2018, pag. 2191.
- M. BIASI, *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte Cost. n. 194/2018*, in corso di pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2019.
- M. BIASI, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Padova, 2017.
- T. BOERI, P. GARIBALDI, *Un nuovo contratto per tutti*, Padova, 2008.
- A. BOLLANI, *Discrezionalità del legislatore e bilanciamento di interessi: il regime indennitario dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, legge n. 183/2010, supera il vaglio di costituzionalità*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, IV, pag. 1103.
- A. BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assestamento?*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, I, pag. 214.
- C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012.
- G. BONILINI, *Danno morale*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, 1989, V, pag. 85.
- A. BOSCATI, *I regimi di tutela contro il licenziamento illegittimo*, in A. BOSCATI, *I regimi*

*di tutela contro il licenziamento illegittimo*, in M. BESSONE, diretto da, *Trattato di diritto privato*, F. CARINCI, coordinato da, *Diritto del lavoro, III*, Milano, 2007, pag. 229.

M. BOVE, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c.*, in *www.Judicium.com*.

G. BRASCHI, *La fine del contratto d'impiego e il preavviso di licenziamento*, in *Mass. giur. lav.*, 1930, pag. 106.

R. BREDI, *La corte costituzionale salva l'art. 96, comma 3, c.p.c. e ne riconosce la natura di misura essenzialmente sanzionatoria con finalità deflattiva*, in *Danno resp.*, 2017, pag. 411.

F. BRICOLA, *La riscoperta delle pene private nell'ottica del penalista*, in F.D. BUSNELLI, G. SCALFI, a cura di, *Le pene private*, Milano, 1985, pag. 27.

F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, pag. 7.

G. BRUNETTI, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno: un panorama ricostruttivo*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1991, 1, II, pag. 47.

A. BUGGÈ, *Considerazioni sulla speciale disciplina processuale della materia dei licenziamenti individuali*, in *Dir. lav.*, 1967, I, pag. 89.

F. D. BUSNELLI, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of Europea Tort Law*, Milano, 2011, pag. 37.

F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.

F.D. BUSNELLI, *Limitazioni risarcitorie, diritto dei trasporti, codice civile*, in *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti, Modena, 2-3 aprile 1993*, Milano, 1994, pag. 11.

F.D. BUSNELLI, *Verso un possibile ravvicinamento tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993.

M. BUSSANI, *La responsabilità civile al tempo della crisi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, II, pag. 567.

V. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, a cura di, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, Torino, 2015, pag. 133.

F. CALÀ, *Mancata reintegra, obbligo di retribuire e detrazione dello "aliunde perceptum"*, in *Dir. lav.*, 1979, II, pag. 214.

- G. CALABRESI, D. MELAMED, *Property rules, liability rules, and inalienability, One view of the Cathedral*, in 85 Harvard Law Review, 1972.
- G. CALABRESI, *The Costs of Accidents*, New Haven, 1970.
- S. CAPRIOLI, a cura di, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri: Roma 1906/ Enrico Redenti*, Torino, 1992.
- V. CAREDDA, *sub art. 1227: concorso del fatto colposo del creditore*, in F. BUSNELLI, diretto da, *Commentario Schlesinger*, Milano, 2015.
- C. CARICATO, *Danno e indennità*, Torino, 2012.
- F. CARINCI, “*Provaci ancora, Sam*”: *ripartendo dall’art. 18 dello statuto*, in WP C.S.D.L.E. “*Massimo D’Antona*”.IT – 138/2012.
- F. CARINCI, *I recenti orientamenti della Corte di Cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300 “versione Fornero”*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, IV-V, pag. 924.
- F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI, a cura di, *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, ADAPT University Press, 2015.
- F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, IV ed, Milano, 2016.
- F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE “*Massimo D’Antona*”.IT – 172/2013.
- F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *Lav. giur.*, 2017, pag. 902.
- 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.
- F. CARINGELLA, D. DI MATTEO, *Le nuove lezioni e sentenze di diritto civile*, Roma, 2013.
- F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato*, Milano, 1911.
- F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.

- M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Intervento presentato a: Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese, Roma, 2013.
- C. CASTRONOVO, *Danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro, Atti del convegno nazionale AIDLASS (Napoli 31 marzo – 1 aprile 2006)*, Milano, 2007.
- C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018.
- M. CAVINO, *Il contratto a tutele crescenti al vaglio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2018, pag. 1.
- M. CAVINO, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti al vaglio della Corte Costituzionale*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea? Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs. n. 23/2015*, Università degli Studi di Ferrara, dipartimento di Giurisprudenza, 28.06.2018, pag. 4.
- P. CENDON, *Commentario al codice civile: art. 2907-2969*, Milano, 2008.
- P. CENDON, L. GAUDINO, *Il dolo*, in, G. ALPA, M. BESSONE, diretto da, *La responsabilità civile*, Torino, 1987, pag. 82.
- P. CENDON, *Le misure compulsorie a carattere pecuniario*, in S. MAZZAMUTO, a cura di, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, 1989, pag. 249.
- A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005.
- V. CERRITELLI, A. PICCININI, *I licenziamenti individuali*, Roma, 1991.
- W. CESARINI SFORZA, *Risarcimento e sanzione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1939 pag. 149.
- C. CESTER, *Danno esistenziale e licenziamento*, in P. CENDON, P. ZIVIZ, a cura di, *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2003, pag. 491.
- C. CESTER, *Dopo la sentenza su trasferimento d'azienda o appalto illegittimi: risarcimento del danno o retribuzione?*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, III, pag. 769.
- C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *Lav. giur.*, 2019, II, pag. 153.

- C. CESTER, *Il nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori alla prova di costituzionalità*, in *Lav. giur.*, 2018, VIII-IX, pag. 767 e seg.
- C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pag. 556.
- C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI, a cura di, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 2017, pag. 725.
- C. CESTER, *Osservazioni sull'indennità sostitutiva della reintegrazione*, in M. DE CRISTOFARO, a cura di, *I licenziamenti individuali dopo la l. n. 108/1990*, Padova, 1991, pag. 79.
- S. CHIARLONI, *Le principali novità introdotte nel c.p.c. con la legge n. 69/09*, in S. CHIARLONI, diretto da, *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2009, pag. 20.
- P. CHIECO, *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, pag. 387.
- P. CHIECO, intervento al convegno Aidlass su *Il danno alla persona del lavoratore*, svoltosi a Napoli, 31 marzo-1 aprile 2006.
- D. CHINDEMI, *Micropermanenti nel codice delle assicurazioni e profili di incostituzionalità*, nota a: Giudice di pace Torino, 30 novembre 2009, sez. V, in *Resp. civ. prev.*, 2010, IV, pag. 930.
- M. CHIODI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018: contenuto, natura ed effetti*, in *Lav. Dir. Eur.*, 2019, I.
- G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966.
- S. CICCARELLO, voce «*Indennità*», in *Enc. Diritto*, XXI, 1971, pag. 99.
- M. COMPORITI, *Considerazioni generali e introduttive*, in M. COMPORITI, G. SCALFI, a cura di, *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, pag. 1.
- C. CONSOLO, D. RIZZARDO, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. giur.*, 2012, VI, pag. 729.
- C. CONSOLO, *Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giudici popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità*, in *Corr. giur.*, 2017, pag. 1050.

- C. CONSOLO, *Una buona “novella” al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, VI, pag. 742.
- L. CORAZZA, *Tregua sindacale, governo del conflitto collettivo e competitività internazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, IV, pag. 617.
- I. CORSO, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno all'integrità psicofisica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, pag. 1174.
- R. COSIO, *I fatti limitativi del danno per il licenziamento illegittimo*, in *Riv. giur. lav.*, 1986, pag. 41.
- V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.
- A. CROSTA, *Licenziamento disciplinare e giustificazioni erronee fornite dal lavoratore: la rilevanza dell'assenza di colpa del datore di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, I, pag. 191.
- E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovve*, in *Foro it.*, 2017, I, pag. 2639.
- M. D'ANTONA, *sub art. 1. Disciplina dei licenziamenti individuali, L. 11 maggio 1990, n. 108*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 1991, pag. 160.
- M. D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, in *Riv. giur. lav.*, 1987, I, pag. 331.
- M. D'ANTONA, *Tutela reale del posto di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994.
- M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, III, Supplemento, pag. 15.
- M. D'ANTONA, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1990, V, pag. 357.
- M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Padova, 1979.
- M. D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. CHIECO, a cura di, *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, pag. 374.
- V. DA PINTO, *Licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Milano, 1969.



- L. DE ANGELIS, *Diritto del lavoro e tutela risarcitoria: un fugace sguardo tra passato e presente*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, III, pag. 605.
- L. DE ANGELIS, *Note minime in tema di discriminazioni del lavoratore e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 2009, V, pag. 212.
- A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile* vol. II, Milano, 1979.
- A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, vol I, Milano, 1980.
- R. DE LUCA TAMAJO, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, L. 11 maggio 1990, n. 108, art. 2, in *Nuove leggi civili comm.*, 1991, pag. 133.
- R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *Dir. merc. lav.*, 2019, pag. 639.
- M. DE LUCA, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*– 134/2017.
- M. DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro (note a margine della sentenza della CC n. 194/2018)*, in *WP-CSDLE "Massimo D'Antona"*.
- M. DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Torino, 16-17 maggio 1987*, Milano, 1988, pag. 9.
- M. DELL'OLIO, *Il risarcimento ex art. 18 nella giurisprudenza più recente*, in *Mass. giur. lav.*, 1985, pag. 292.
- G. DI GASPARE, *Il lavoro quale fondamento nella Repubblica*, in *Dir. pub.*, 2008, pag. 863.
- A. DI MAJO, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. giur. lav.*, 1974, I, pag. 265.
- A. DI MAJO, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of Europea Tort Law*, Milano, 2011, pag. 3.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987.
- A. DI MAJO, *Principio di legalità e proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, pag. 1792.

- A. DI MAJO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile, nota a Cass. ordinanza 16 maggio 2016, n. 9978*, in *Giur. it.*, 2016, VIII-IX, pag. 1854.
- A. DI MAJO, *Sindacato di legittimità o sindacato di merito sui licenziamenti cd. tecnologici?*, in *Giur. mer.*, 1970, pag. 524.
- R. DIAMANTI, *sub art. 2118*, in O. MAZZOTTA, a cura di, *I licenziamenti, Commentario*, Milano, 1992, pag. 5.
- G. FACCI, *Gli illeciti endofamiliari tra risarcimento e sanzione*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, II, pag. 421.
- C. FAONE, *Le sanzioni civili previste dal d.lgs. n. 7/2016 tra responsabilità e danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, V, pag. 1722.
- A. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954.
- P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, 1985.
- G. FERRARO, *Commento all'art. 1 della l. 11 maggio 1990, n. 108* in G. FERRARO, a cura di, *I licenziamenti individuali*, Napoli, 1990, pag. 15.
- G. FERRARO, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2015, I, pag. 13.
- E. FIATA, *Licenziamento illegittimo e danno biologico*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, pag. 1472.
- V. FILÌ, *Tutele risarcitorie e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, in E. GHERA, D. GAROFALO, *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel jobs act*, Bari, 2015, pag. 185.
- A. FINOCCHIARO, *La legge sui licenziamenti individuali: l'obbligo di riassunzione o il pagamento dell'indennità*, in *Giust. civ.*, 1968, IV, pag. 105.
- R. FLAMMIA, *I licenziamenti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in R. SCOGNAMIGLIO, a cura di, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1979, pag. 225.
- R. FOGLIA, *Il licenziamento alla luce dello statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1971, pag. 42.
- G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *WP CSDLR "Massimo D'Antona"*, IT-382, 2018.

- M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in M. FRANZONI, diretto da, *Trattato della responsabilità civile*, vol. II, Milano, 2004.
- M. FRANZONI, *L'illecito*, in M. FRANZONI, diretto da, *Trattato della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 2009, pag. 323.
- M. FRANZONI, *L'antigiuridicità del comportamento*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of Europea Tort Law*, Milano, 2011 pag. 73.
- M. FRANZONI, *La clausola penale*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO, a cura di, *Diritto Civile*, Milano, 2009, pag. 673.
- M. FRANZONI, *La compensatio lucri cum danno* in *Danno e resp.*, 2017, pag. 18.
- M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contr. impr.*, 2017, pag. 1107.
- M.G. GAROFALO, *Art. 18. Reintegrazione nel posto di lavoro*, in G. GIUGNI, diretto da, *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, pag. 250.
- M.G. GAROFALO, *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1, pag. 563.
- M.G. GAROFALO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, pag. 169.
- M.G. GAROFALO, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, in P. CURZIO, R. SAVINO, a cura di, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: atti del Convegno organizzato dalla sezione di Bari del Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano : Bari, 1-2 marzo 1991*, Bari, 1991, pag. 57.
- M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie del licenziamento illegittimo* in F. CARINCI, a cura di, *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 46*, 2015, pag. 118.
- M. GAGLIARDI, *Legittimo l'art. 139 cod. ass. per la liquidazione dei danni alla persona di lieve entità. Il valore del sistema rc auto ed il rischio di non chiarire quale sia*, nota a Corte Costituzionale, 16 ottobre 2014, n. 235, in *Giur. cost.*, V, 2014, pag. 3820.
- L. GALANTINO, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in G. PELLACANI, a cura di, *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*. Milano, 2012 pag. 240.

- R. GALARDI, *Il licenziamento inefficace*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, a cura di, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, pag. 306.
- F. GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in *Riv. crit. dir. prev.*, 1983, pag. 66.
- F. GALGANO, *sub. Artt. 1382-1384*, in F. GALGANO, a cura di, *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, pag. 165.
- P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996.
- M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, pag. 4.
- E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, pag. 310.
- E. GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, pag. 640.
- E. GHERA, *Spunti critici in tema di mora del creditore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1970, I, pag. 91.
- E. GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, in *Lav. dir.*, 1992, III, pag. 464.
- G. GHEZZI, *I licenziamenti dalla "penale" alla "reintegra" dei lavoratori*, in *Pol. dir.*, 1971, pag. 305.
- G. GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965.
- G. GHEZZI, *Sul rapporto tra "riassunzione" e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali (a proposito del rifiuto opposto dal lavoratore alla proposta di "riassunzione")*, in *Riv. dir. lav.*, 1968, I, pag. 225.
- G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Addenda*, a *Il diritto del lavoro*, Bologna, 1990.
- S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, 378/2018.
- G. GIUGNI, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, Milano, 1954.
- G. GIUGNI, *relazione di sintesi*, in P. CURZIO, R. SAVINO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., pag. 144.

- E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, pag. 1195.
- C. GRASSETTI, *Obbligo di risarcimento in aggiunta alla penale*, in *Or. giur. lav.*, 1968, I, pag. 1.
- M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti punitivi"*, Napoli, 2018.
- T. GROPPI, «*Fondata sul lavoro*». *La scelta della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2012, pag. 683.
- P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003.
- P. ICHINO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e il contenuto assicurativo del contratto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, pag. 545.
- P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato*, Milano, 2015.
- P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, I.
- P. ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti tra property e liability rule, Relazione introduttiva al Convegno promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" a Pescara l'11 e il 12 maggio 2012*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 25, pag. 1545.
- A. INGRAO, *I primi effetti della sentenza della corte costituzionale n. 194/2018 sulla quantificazione dell'indennità da licenziamento ingiustificato nelle piccole imprese in Mass. giur. lav.*, 2019, pag. 2.
- H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966.
- M. LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Torino, 1998.
- L. LAZZERONI, *Risarcimento del danno oltre le cinque mensilità nel campo di applicazione della tutela reale: una questione di imputabilità del vizio del licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, pag. 387.
- C. LEGA, *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, 1956.
- C. LEGA, *In tema di limitazioni del recesso «ad nutum» dell'imprenditore in base a recenti accordi interconfederali*, in *Dir. lav.*, 1951, I, pag. 360.
- S. LIEBMAN, *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2002, 26, pag. 59.

- S. LIEBMAN, *Risarcimento del danno per illegittimità del licenziamento e responsabilità dell'imprenditore*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, III, pag. 650.
- F. LISO, *Osservazioni sulla mora del creditore nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pag. 1062.
- G. LOY, *Una repubblica fondata sul lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, II, pag. 203.
- M. LUCIANI, *Il lavoro nella Costituzione*, in B. PEZZINI, M. BARONCHELI, a cura di, *La Costituzione della Repubblica italiana. Le radici, il cammino*, Bergamo, 2007, pag. 139.
- M. LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2008, pag. 1.
- F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2011.
- M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, pag. 92.
- M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 256/2015.
- S. MAINARDI, *L'ordinamento italiano e le "tutele crescenti" contro i licenziamenti illegittimi*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, IV-V, pag. 845.
- G.F. MANCINI, *Commento all'art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, I ed, Bologna, 1972, pag. 538.
- G.F. MANCINI, *Il nuovo regime del licenziamento*, in AA.VV., *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano, 1973, pag. 191.
- G.F. MANCINI, *Il progetto di legge sulla "giusta causa" e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, pag. 121.
- G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale. Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, I, Milano, 1962.
- G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, II, Il recesso straordinario*, Milano, 1965.
- G.F. MANCINI, *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pag. 82.
- G.F. MANCINI, *sub. Art. 4*, in G. BRANCA, diretto da, *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1976, pag. 236.

G.F. MANCINI, *sub art. 18* in L. MONTUSCHI, G. GHEZZI, G.F. MANCINI, a cura di, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, II ed., Bologna, 1981, pag. 85.

C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2017.

L. MARAZIA, *Astreinte e altre misure coercitive per l'effettività della tutela civile di condanna*, in *Riv. esec. forz.*, 2004, II, pag. 333.

M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, III, pag. 617.

G. MARCHESE, F. RUSCONI, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti dalla legge n. 92 del 2012 al contratto a tutele crescenti*, in *La nuova disciplina del lavoro tra flessibilità e tutela*, Milano, 2017.

A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, pag. 415.

A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo Corte cost. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, I, pag. 228.

A. MARINI, *Clausola penale*, in *Enc. Giur.*, VI, pag. 3.

L. MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2019, II, pag. 237.

F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2019, II, pag. 275.

M. MARTONE, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del "Jobs act"*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, I, pag. 1039.

M. MAZZA, *Brevi cenni sulla clausola penale*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, pag. 132.

S. MAZZAMUTO, *L'astreinte all'italiana si rinnova: la riforma della comminatoria di cui all'art. 614 -bis c.p.c.*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, I, pag. 11.

S. MAZZARESE, *Clausola penale, sub art. 1382*, in P. SCHLESINGER, a cura di, *Commentario del codice civile italiano*, Milano, 1999.

F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sul concetto e sulla natura del giustificato motivo e della giusta causa di licenziamento*, in *Dir. lav.*, 1966, pag. 304.

F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Sulla natura dei limiti obiettivi al licenziamento e sulla responsabilità del datore in caso di recesso ingiustificato*, in *Dir. lav.*, 1967, I, pag. 213.



- M. MAZZIOTTI, *I licenziamenti dopo la l. 11.5.1990, n. 108*, Torino, 1991.
- M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956.
- F. MAZZIOTTI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in P. RESCIGNO, diretto da, *Trattato di diritto privato*, Torino, 1986.
- M.A. MAZZOLA, *I nuovi danni*, Padova, 2008.
- G. MAZZONI, *Il contratto di lavoro nel sistema del diritto italiano del lavoro*, Firenze, 1954.
- O. MAZZOTTA, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor*, 2018, VI.
- O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 St. Lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, a cura di, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità*, Torino, 2013, pag. 239.
- O. MAZZOTTA, *Il risarcimento dei danni per licenziamento illegittimo fra "sanzione" e "adempimento"*, in *Foro it.*, 1978, I, pag. 2165.
- O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in *Lav. dir.*, 2007, IV, pag. 545.
- L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Ius*, 1998, pag. 7.
- L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, pag. 181.
- L. MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in A.A.V.V. *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri Ceca*, Lussemburgo, 1958, pag. 232.
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957.
- D. MESSINETTI, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia "tradito"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, pag. 565.
- A. MINERVINI, *Dalla prevedibilità dell'indennità risarcitoria alla personalizzazione del risarcimento del danno al lavoratore secondo la Corte Costituzionale, working paper*, Adapt University press, 2019.
- G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, pag. 3332.
- G. MIRABELLI, *L'atto giuridico non negoziale*, Napoli, 1955.

- M. MISCIONE, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, in F. CARINCI, a cura di, *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Vol. I, Napoli, 1991, pag. 179.
- P.G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, I, pag. 2648.
- P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO, diretto da, *Trattato di diritto civile, le fonti delle obbligazioni*, Torino, 1998, pag. 19.
- P.G. MONATERI, *Le fonti delle obbligazioni, III, La responsabilità civile*, in R. SACCO, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, pag. 20.
- P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, X, pag. 1411.
- L. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pag. 1189.
- L. MONTUSCHI, *Effetti di una « nevrosi fobica » del lavoratore, allegata tardivamente, sul provvedimento disciplinare e sull'obbligo di sicurezza del datore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, IV, pag. 897.
- C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA, a cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1975.
- C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, I, pag. 149.
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952.
- C. MUSELLA, *Prime considerazioni sulla questione di costituzionalità del Jobs act sollevata dal Tribunale di Roma con ordinanza del 26.7.2017*, in *Lav. dir. Eur.*, 2017.
- D. NAPOLETANO, *Diritto processuale del lavoro*, Roma, 1960.
- D. NAPOLETANO, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966.
- D. NAPOLETANO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: Legge 11 maggio 1990, n. 108*, Napoli, 1990.
- D. NAPOLETANO, *Lo statuto dei lavoratori*, Napoli, 1971.
- M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980.
- M. NAPOLI, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in F. CARINCI, a cura di, *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, 1991, pag. 131.

- M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Studi in onore di E. Ghera*, Bari, 2008, pag. 750.
- M. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, in *Digesto discipline privatistiche, sez. comm.*, Torino, 1993, pag. 99;
- U. NATOLI, *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, I, pag. 105.
- U. NATOLI, *L'art. 2118 cod. civ. e il problema della "giusta causa" del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, pag. 100.
- E. NAVARETTA, *Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali*, in *Resp. Civ. prev.*, 2008, pag. 505.
- E. NAVARETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, I, pag. 6.
- E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in E. NAVARRETTA, a cura di, *I nuovi danni non patrimoniali*, Milano, 2004, pag. 3.
- A. NICCOLAI, *Art. 18. L'apparato sanzionatorio*, in O. MAZZOTTA, a cura di, *I licenziamenti, Commentario*, Milano, 1991, pag. 814.
- A. NICCOLAI, *Sub art. 8*, in O. MAZZOTTA, a cura di, *I Licenziamenti. Commentario*, Milano, 1991, pag. 511.
- L. NIVARRA, *Dolo, colpa e buona fede nel sistema delle "sanzioni" a tutela della proprietà intellettuale*, in *Annali it. dir. aut.*, 2000, pag. 325.
- L. NOGLER, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, pag. 962.
- L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, pag. 102.
- L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, pag. 691.
- L. NOGLER, *Opinioni sul «collegato lavoro»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, pag. 123.
- G. NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961.
- M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2019, II, pag. 295.
- G.A. NUTI, *La garanzia della responsabilità patrimoniale*, Milano, 1954.

- A.O. COZZI, *Sull'art. 30 della Carte dei diritti fondamentali dell'UE e sulla Carta sociale europea come parametro interposto*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea? Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs. n. 23/2015*, Università degli Studi di Ferrara, dipartimento di Giurisprudenza, 28.06.2018, pag. 107.
- V. OLISTERNO, *L'avvento della concezione polifunzionale della responsabilità civile e i limiti di ammissibilità dei c.d. danni punitivi*, in *Iurisprudenzia.it*, IV, 2019.
- G. ORLANDINI, *Il licenziamento dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/18, tra vincoli costituzionali e fonti internazionali: la partita resta aperta*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, I.
- G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'Unione Europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, n. 136, pag. 641.
- I. PAGNI, *Diritti del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, pag. 489.
- I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, pag. 209.
- F. PALLANTE, *Il lavoro e l'eguaglianza che non c'è*, in A. ANDRONI, L. FASSINA, a cura di, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Roma, 2019, pag. 34.
- M. PALLINI, *Intervento*, in A. ANDREONI, L. FASSINA, a cura di, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Roma, 2019, pag. 174.
- M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991.
- R. PARDOLESI, A. PALMIERI, *Danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, pag. 2630.
- R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, 1987, pag. 309.
- E. PASQUALETTO, *La scommessa (legittima) del datore di lavoro che non ottempera all'ordine di reintegrazione ex art. 18 l. n. 300 del 1970*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, IV-V, pag. 1095.
- F. PASQUINI, *Licenziamenti ingiuriosi o offensivi*, in M. PEDRAZZOLI, a cura di, *I danni alla persona nella giurisprudenza*, Padova, 2004, pag. 37.

- G. PELLACANI, *Il cosiddetto “collegato lavoro” e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro* in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pag. 248.
- G. PERA, *Commento all’art. 18*, in C. ASSANTI, G. PERA, a cura di, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, pag. 195.
- G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980.
- G. PERA, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1971, pag. 1286.
- G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993.
- G. PERA, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quaderni di scienze sociali*, 1966, pag. 166.
- G. PERA, voce *licenziamenti*, I, *Licenziamenti individuali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, pag. 8.
- P. PERLINGERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, II, pag. 1067.
- P. PERLINGERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, pag. 119.
- G.C. PERONE, voce «*Retribuzione*», in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989, pag. 34.
- F. PERRONE, *Il ruolo dell’art. 24 della Carta Sociale Europea nella sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale*, in *Labor*, 2019.
- M. PERSIANI, *Ancora sul diritto civile e diritto del lavoro*, relazione presentata al convegno “Diritto del lavoro e diritto civile di fronte alla “crisi dell’impresa””, Verona, 4-5 maggio 2019.
- M. PERSIANI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes* in *Arg. dir. lav.*, 2019, II, pag. 130.
- M. PERSIANI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018. Una riflessione sul dibattito dottrinale*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, I.
- M. PERSIANI, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, a cura di, *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Padova, 1971, pag. 610.
- A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in corso di pubblicazione in *Treccani – Il libro dell’anno del diritto 2019*, Roma, 2019.

- G. PETRACCONI, *Licenziamento per giusta causa durante il preavviso ed indennità di anzianità*, in *Riv. imp. priv.*, 1993, pag. 1.
- A. PILATI, *Recesso dal rapporto di lavoro e danni*, in M. PEDRAZZOLI, a cura di, *Danno biologico e oltre*, Torino, 1995, pag. 99.
- C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, I, pag. 149.
- M. POLVANI, *La diffamazione a mezzo stampa*, Padova, 1998.
- G. PONZANELLI, *I danni punitivi dopo le sezioni unite - il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, *Giur. it.*, 2018, X, pag. 2274.
- G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, pag. 20025.
- G. PONZANELLI, *L'attualità del pensiero di Guido Calabresi. Un ritorno alla deterrenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, pag. 296.
- G. PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in M. BUSSANI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pag. 67.
- G. PONZANELLI, *Sezioni unite e danni punitivi*, in *Contr. impr.*, 2017, IV, pag. 1122.
- G. PROIA, *Sulla questione di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, pag. 787.
- U. PROSPERETTI, *Riflessi della questione di legittimità costituzionale dell' art. 8 legge 1966, n. 604*, in *Mass. giur. lav.*, 1970, pag. 522.
- A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, Milano, 1979, pag. 58.
- A. PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in M. BARBIERI, F. MACARIO, G. TRISORIO LIUZZI, *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro, Atti del convegno di Foggia, 14-15 novembre 2003*, Milano, 2004, pag. 40.
- M. PROTTO, *Sulla responsabilità degli albergatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, pag. 387.
- A. PUBUSA, voce «*Indennità e indennizzo*», in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. VIII, Torino, 1993, pag. 223.
- G.B. RATTI, *Sanzioni e rimedi. Profili teorico-giuridici*, in *Lav. dir.*, 2017, III – IV, pag. 359.
- L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in VASSALLI, diretto da, *Trattato di diritto civile*, XI, I, Torino, 1960, pag. 555.

- L. RIVA SANSEVERINO, *sub art. 2118*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969.
- R. RIVERSO, *Il volto del giudice del lavoro e Costituzione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, I, pag. 156.
- N. RIZZO, *Le funzioni della responsabilità civile tra concettualizzazioni e regole operative*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, VI, pag. 1811.
- M. ROCELLA, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quad. Lav. Rel. Ind.*, 1990, VIII, pag. 8.
- S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- S. RODOTÀ, *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, in M. COMPORTI, G. SCALFI, a cura di, *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, Milano, 1988, pag. 30.
- U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, a cura di, *Statuto dei diritto dei lavoratori*, II ed., cit., pag. 79.
- U. ROMAGNOLI, *Introduzione*, in A.A.V.V., *I licenziamenti nell'industria italiana*, Bologna, 1968.
- U. ROMAGNOLI, *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*, in *Lav. Dir.*, 2015, pag. 227.
- U. ROMAGNOLI, *La tutela contro i licenziamenti: un passo avanti e due indietro?*, in M. DE CRISTOFARO, a cura di, *I licenziamenti individuali dopo la l. n. 108/1990*, Padova, 1991, pag. 4.
- U. ROMAGNOLI, *Piccole imprese e grandi traumi*, in *Lav. Dir.*, 1990, pag. 517.
- G. ROMANELLI, *La limitazione nella giurisprudenza costituzionale*, in A.A.V.V., *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti: profili sistematici e problematiche attuali: atti del Convegno, Modena, 2-3 aprile 1993*, Milano, 1994, pag. 27.
- R. ROMEI, *Il bilanciamento delle conseguenze dell'illegittima apposizione del termine dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2012, I, pag. 555.
- R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, pag. 560.
- C. ROMEO, *Licenziamento illegittimo - La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità per il licenziamento illegittimo*, in *Giur. It.*, 2018, XII, pag. 2710.



- V. ROPPO, *La responsabilità oggettiva*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011, pag. 179.
- V. ROPPO, *Responsabilità contrattuale: funzioni di deterrenza?* in *Lav. e dir.*, 2017, III-IV, pag. 407.
- F. ROSELLI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194 del 2018. Tra discrezionalità del legislatore e principio di ragionevolezza*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, I.
- A. ROSSI, *Il recesso per giustificato motivo nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato*, in *Lav. sic. soc.*, 1966, pag. 828.
- F.P. ROSSI, *La reintegrazione nel posto di lavoro: art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300*, in *Notiz. Giur.*, 1970, pag. 655.
- R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed, Torino, 2016.
- A. SALETTI, *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano dal 2009* in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, n. XXXIV, pag. 518.
- C. SALVI, *Il danno extracontrattuale*, Napoli, 1985.
- C. SALVI, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. cri. dir. priv.*, 1983, I, pag. 124.
- C. SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, II pag. 517.
- C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA G. e P. ZATTI, a cura di, *Trattato di Diritto Privato*, 1998, pag. 245.
- C. SALVI, *La responsabilità civile*, Milano, 2005.
- C. SALVI, *Le definizioni della responsabilità civile*, in *Foro tt.*, 2018, I, pag. 2504.
- C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, in *La responsabilità civile*, in G. IUDICA E P. ZATTI, a cura di, *Trattato di Diritto Privato*, 1998.
- C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pag. 1229.
- C. SALVI, voce «*Risarcimento del danno*» in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pag. 1087.
- P. SANDULLI, A. VALLEBONA, C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990, pag. 52.

- P. SANDULLI, *Commento all'art. 18*, in U. PROSPERETTI, a cura di, *Commentario allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Milano, 1975, pag. 501.
- F. SANTINI, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, a cura di, *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, Milano, pag. 249.
- G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2017.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995.
- P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, in *Dir. lav. merc.*, 2018, III, pag. 651.
- V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, VI, pag. 657.
- V. SCALISI, *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in P. SIRENA, a cura di, *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of Europea Tort Law*, Milano, 2011, pag. 101.
- V. SCALISI, *In nostro compito nella nuova Europa*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, II, pag. 250.
- F. SCARPELLI, Intervento, in A. ANDREONI, L. FASSINA, a cura di, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Roma, 2019, pag. 188.
- F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 252/2012.
- G. SCHIRALDI, *L'accertamento dell' aliunde perceptum et percipiendum alla luce della condizionalità: è tempo di una svolta*, in *Lav. giur.*, 2018, XII, pag. 1147.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Danno ambientale e funzioni della responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, IV, pag. 1064.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, vol. II, Milano, 2008, pag. 2785.
- C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2016, VII, pag. 917.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, IV, pag. 1120.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pag. 376.

- R. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del risarcimento danno nel disposto dell'art. 18 della l. n. 300/70 (a proposito di due recenti pronunzie della Cassazione a Sezioni Unite)*, in *Mass. giur. lav.*, 1985, pag. 341.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, XV, 1968, in *Noviss. Dig. It.*, pag. 628.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva*, in R. SCOGNAMIGLIO, a cura di, *Responsabilità civile e danno*, Torino, 2010, pag. 122.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, XVI, 1969, in *Noviss. Dig. It.*, pag. 4.
- R. SCOGNAMIGLIO, voce “*Indennità*” in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, ora in R. SCOGNAMIGLIO, a cura di, *Scritti giuridici*, I, Padova, 1996, pag. 314.
- G. SECRETI, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'ordine aziendale*, in *Riv. pol. econ.*, 1951, pag. 267.
- P. SHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, pag. 360.
- G. SIGILLÒ MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della corte costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, pag. 6.
- V. SIMI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 1948.
- R. SIMONE, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, *Foro It.*, 2017, I, pag. 2644.
- A.M. SOLDI, *Le nuove norme del processo civile*, in A. BUCCI, A.M. SOLDI, *La riforma del processo civile*, Padova, 2009, pag. 225.
- P. SORDI, *Il licenziamento disciplinare*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, a cura di, *Commentario breve alla riforma “Jobs Act”*, Assago-Padova, 2016, pag. 183.
- P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in AA.VV., *La riforma del mercato del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Milano, 2013, pag. 271.
- P. SORDI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuovo dir.*, 1991, pag. 22.
- M.S. SPOLIDORO, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, I, pag. 149.
- L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Milano, 1961.
- V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. IT – 165/2012.

- V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO, a cura di, *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Bari, 2013, pag. 305.
- V. SPEZIALE, *Il problema della legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea? Atti del seminario in previsione dell'udienza pubblica della Corte Costituzionale del 25 settembre 2018 sulla questione di costituzionalità sul d. lgs. n. 23/2015*, Università degli Studi di Ferrara, dipartimento di Giurisprudenza, 28.06.2018, pag. 21.
- V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, pag. 333.
- V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in A. ANDREONI, L. FASSINA, a cura di, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Roma, 2019, pag. 43.
- V. SPEZIALE, relazione presentata al convegno *Le conseguenze del licenziamento illegittimo dopo la sentenza della corte costituzionale*, svoltosi a Roma il 12 novembre 2018.
- P. STANZIONE, diretto da, *Trattato della responsabilità civile*, II, Padova, 2012.
- G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, II, Padova, 1963.
- A. TAMPIERI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. La tutela obbligatoria*, in G. PELLACANI, a cura di, *Licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, pag. 491.
- M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2015.
- M. TESCARO, *Punitive damages nordamericani: Bundesgerichtshof, Cour de cassation e Sezioni Unite della Cassazione a confronto*, in *Lav. dir., Eur.*, 2017.
- F. TOFFOLETTO, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2012.
- A. TOPO, *Polifunzionalità delle sanzioni per il licenziamento ingiustificato e l'autonomia del diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, II, pag. 624.
- G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964.
- P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di un'ordinanza... annunciata*, in *Giur. it.*, 2017, pag. 2174.
- C. TOURRES, *L'indennità risarcitoria da licenziamento illegittimo tra jobs act e ordonnances Macron*, Milano, 2019.

- C. TRAPUAZZANO sub *Art. 614-bis: attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*, in C. TRAPUAZZANO, a cura di, *Codice della nuova esecuzione*, Padova, 2009.
- C. TRAPUAZZANO, *Le misure coercitive indirette: come indurre il debitore ad adempiere*, Padova, 2012.
- M. TREMOLADA, *Il lavoro a termine e quello somministrato: condizioni di legittimità e sanzioni civili*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI, a cura di, *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, 2016, pag. 311.
- M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. Lav.*, in F. CARINCI, M. MISCIONE, a cura di, *Commentario alla riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *suppl. a Dir. prat. lav.*, 2012, n. 33, pag. 53.
- M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 1993.
- M. TREMOLADA, *Il licenziamento libero*, in E. GRAGNOLI, a cura di, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2017, pag. 421.
- M. TREMOLADA, *intervento*, in “La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 e il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti”, seminario svoltosi presso l'Università di Padova il 14 dicembre 2018.
- M. TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e limiti al potere di accertamento del giudice*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO, a cura di, *Il collegato lavoro*, Milano, 2011, pag. 173.
- P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967.
- P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017.
- G. TRIONI, *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. giur. lav.*, 1967, I, pag. 115.
- P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, II, pag. 291.
- A. TURSI, *Il danno non patrimoniale nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pag. 294.
- A. TURSI, *Note critiche a Corte Costituzionale n. 194/2018*, in *Lav., dir., Eur.*, 2019, I.

- G.U. RESCIGNO, *Il progetto consegnato nell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, in E. GHERA, A. PACE, a cura di, *L'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli, 2009, pag. 105.
- V. VALENTINI, *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, in G. PELLACANI, a cura di, *Licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, pag. 422.
- A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, a cura di, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, pag. 91.
- A. VALLEBONA, *La misura compulsoria per la condanna coercibile*, in *Mass. giur. lav.*, 2009, VII, pag. 569.
- A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012.
- G. VENETO, *Gli accordi interconfederali 18 ottobre 1950 e 8 maggio 1953: bilancio di una esperienza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pag. 1761.
- G. VETTORI, *La responsabilità civile tra funzione compensativa e deterrente*, in A.A.V.V. *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, pag. 691.
- R. VIANELLO, *Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il nuovo parametro di determinazione del risarcimento*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 359/2018.
- G. VIDIRI, *Il risarcimento del danno nel licenziamento illegittimo*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, IV, pag. 211.
- G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, n. 4, I, pag. 624;
- G. VIDIRI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018: tra certezza del diritto e ordinamento complesso (tanto rumore per nulla)*, in *Lav. dir. Eur.*, 2019, I.
- G. VILLA, *La forfettizzazione legislativa del danno risarcibile*, in G. VISINTINI, diretto da, *Trattato della responsabilità contrattuale*, pag. 261.
- G. VILLA, *La quantificazione del danno*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto, V, Rimedi*, II, Milano, 2006, pag. IV.
- A.C. ZANUZZI, *sub art. 138, 139*, in F. CAPRIGLIONE, *Il codice delle assicurazioni private - volume ii - tomo prim*, Padova, 2007, pag. 429.

G. ZILIO GRANDI, *Anche la dignità umana ha un prezzo: licenziamento illegittimo e art. 41, 2° comma, Cost.*, in *Giur. it.*, 1991, I, pag. 84.

G. ZILIO GRANDI, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Napoli, 1996.

G. ZILIO GRANDI, *Le tutele contro i licenziamenti illegittimi*, relazione al Convegno “*Le tutele contro i licenziamenti illegittimi*”, Benevento, 1 febbraio 2019.

G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (quello che le donne non dicono)*, in *Lav. dir. Eur.*, 2018, II.

C. ZOLI, *Rimedi e sanzioni nel diritto del lavoro in trasformazione. L'evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*, in *Lav. Dir.*, 2017, III-IV, pag. 436.



## *ABSTRACT*

Nell'elaborato si affronta il tema delle conseguenze economiche del licenziamento illegittimo, con riferimento sia alla tutela reale che a quella obbligatoria.

Si muove, quindi, dall'esame dell'evoluzione delle tutele, analizzandone l'andamento, che sembra descrivere una parabola il cui apice è costituito dalla tutela prevista tradizionalmente dall'art. 18 St. Lav. ed il punto più basso dalla disciplina di cui al d. lgs. n. 23/2015.

Considerate le particolarità della disciplina, in ragione delle quali si attribuisce tradizionalmente una pluralità di funzioni alle indennità, si analizzano successivamente i principi in tema di risarcimento del danno, soffermandosi sulle sue diverse funzioni: compensativa, sanzionatoria e dissuasiva, anche al fine di verificare elementi di continuità e discontinuità tra diritto del lavoro e diritto civile.

Vengono quindi affrontate le problematiche connesse all'indennità spettante nelle ipotesi di tutela reale: segnatamente si trattano le conseguenze connesse all'attribuzione di una funzione di coazione indiretta rispetto all'obbligo di reintegra, nonché i riflessi sui diritti dei lavoratori derivanti dalle limitazioni previste all'indennità.

Con riferimento alla tutela meramente obbligatoria si esaminano i criteri di determinazione dell'indennità previsti nelle diverse norme di legge, ed in particolare ci si sofferma sui motivi che hanno portato la Corte costituzionale a dichiarare illegittimo il sistema previsto nell'art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015 in modo tale da formulare un'ipotesi su come vada riempito il vuoto normativo lasciato dalla sentenza e ad indagare sui riflessi di tale sentenza.

Infine si esamina la compatibilità con la Costituzione della tutela indennitaria, con particolare riferimento al valore costituzionale del diritto al lavoro, alla legittimità delle limitazioni al risarcimento del danno ed alle conseguenze che ne derivano in termini di adeguatezza della tutela attualmente prevista dalle diverse disposizioni legislative.