

# Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da  
**MARCO BIAGI**

## *In questo numero*

*Il diritto del lavoro alla prova dell'emergenza climatica*

**RICERCHE**  
*Trasparenza nel rapporto e trasparenza dei mercati del lavoro  
nell'orizzonte della sostenibilità e della inclusione lavorativa*

**INTERVENTI**  
*Storia di una "anomala" Riforma delle Riforme in materia di licenziamenti  
La contrattazione collettiva nel "nuovo" Codice dei contratti pubblici*

**RELAZIONI INDUSTRIALI E RISORSE UMANE**  
*I sistemi di classificazione e inquadramento del lavoro oggi*

**GIURISPRUDENZA ITALIANA**  
*Dalla certificazione alla riqualificazione del contratto di appalto  
L'applicazione del contratto collettivo vincola semel et semper?  
La prima pronuncia sulla legge in tema di oblio oncologico  
Il comporto nel licenziamento del disabile "europeo"  
Le oscillazioni dell'onere di repêchage  
Il potere del giudice di rideterminare una sanzione disciplinare  
Acquisizione ex officio del CCNL ai fini della risoluzione della controversia  
L'ipertrofia dell'insussistenza del fatto e l'irrelevanza del repêchage ai fini  
della reintegrazione*

**LEGISLAZIONE, PRASSI AMMINISTRATIVE E CONTRATTAZIONE**  
*Il controllo di regolarità tramite la "patente a crediti"  
Welfare, retribuzione e lavoro pubblico: un chiarimento della Corte dei Conti*

**DIRITTO EUROPEO E INTERNAZIONALE DEL LAVORO**  
*Le direttive (UE) 2024/1499 e (UE) 2024/1500 sugli organismi di parità*

**N. 4/XXXIV - 2024**

**GIUFFRÈ**  
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

4

2024

Diritto delle Relazioni Industriali

Publicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)



**ADAPT**  
www.adapt.it  
**UNIVERSITY PRESS**



21102074



Diritto delle Relazioni Industriali fa parte della  
*International Association of Labour Law Journals*

# DIRITTO DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI

Rivista fondata da Luciano Spagnuolo Vigorita e già diretta da Marco Biagi

## DIREZIONE

Tiziano Treu, Mariella Magnani, Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

## COMITATO SCIENTIFICO

Gian Guido Balandi, Francesco Basenghi, Mario Biagioli, Andrea Bollani, Roberta Bortone, Alessandro Boscati, Guido Canavesi, Umberto Carabelli, Bruno Caruso, Laura Castelvetti, Giuliano Cazzola, Gian Primo Cella, Maurizio Del Conte, Raffaele De Luca Tamajo, Vincenzo Ferrante, Marco Ferraresi, Pietro Ichino, Vito Sandro Leccese, Fiorella Lunardon, Arturo Maresca, Oronzo Mazzotta, Gaetano Natullo, Luca Nogler, Angelo Pandolfo, Roberto Pedersini, Marcello Pedrazzoli, Giuseppe Pellacani, Adalberto Perulli, Giampiero Proia, Mario Ricciardi, Mario Rusciano, Riccardo Salomone, Franco Scarpelli, Paolo Sestito, Luciano Spagnuolo Vigorita, Patrizia Tullini, Armando Tursi, Pier Antonio Varesi, Gaetano Zilio Grandi, Carlo Zoli, Lorenzo Zoppoli.

## COMITATO EDITORIALE INTERNAZIONALE

Antonio Baylos Grau (*Castilla la Mancha*), Janice Bellace (*Pennsylvania*), Jesús Cruz Villalón (*Siviglia*), Simon Deakin (*Cambridge*), Anthony Forsyth (*Melbourne*), Julio Grisolia (*Buenos Aires*), Thomas Haipeter (*Duisburg*), Patrice Jalette (*Montreal*), José João Abrantes (*Lisbona*), Maarten Keune (*Amsterdam*), Csilla Kolonnay Lehoczy (*Budapest*), Lourdes Mella Méndez (*Santiago de Compostela*), Antonio Ojeda Avilés (*Siviglia*), Shinya Ouchi (*Tokyo*), Miguel Rodriguez-Pinêro y Bravo-Ferrer (*Madrid*), Juan Raso Delgue (*Montevideo*), Manfred Weiss (*Francoforte*).

## REDAZIONE

Emanuele Dagnino (*redattore capo*), Francesco Alifano, Alessio Caracciolo, Lilli Viviana Casano, Michele Dalla Sega, Francesca De Michiel, Maria Del Frate, Michele Faioli, Marco Ferraresi (*coordinatore Osservatorio giurisprudenza italiana*), Giorgio Impellizzieri, Giuseppe Ludovico, Anna Manfredini, Pietro Manzella (*revisore linguistico*), Mariagrazia Militello, Michele Murgo, Giovanni Battista Panizza, Veronica Papa, Sara Prodocimi, Giovanni Pignaliarmi, Giovanna Pistore, Alessandra Quaini, Pierluigi Rausei, Nicolò Rossi, Raffaello Santagata, Francesco Seghezzi, Michele Squeglia, Paolo Tomassetti.

## COMITATO DEI REVISORI

Francesco Basenghi, Vincenzo Bavaro, Mario Biagioli, Marina Brollo, Luca Calcaterra, Piera Campanella, Bruno Caruso, Matteo Corti, Maurizio Del Conte, Vincenzo Ferrante, Luigi Fiorillo, Donata Gottardi, Stefano Giubboni, Pietro Ichino, Vito Sandro Leccese, Fiorella Lunardon, Marco Marazza, Arturo Maresca, Oronzo Mazzotta, Luca Nogler, Marco Novella, Antonella Occhino, Pasquale Passalacqua, Marcello Pedrazzoli, Adalberto Perulli, Giampiero Proia, Orsola Razzolini, Roberto Romei, Anna Trojsi, Patrizia Tullini, Armando Tursi, Antonio Vallebona, Pier Antonio Varesi, Gaetano Zilio Grandi, Carlo Zoli, Antonello Zoppoli, Lorenzo Zoppoli.

Centro Studi Internazionali e Comparati del Dipartimento di Economia Marco Biagi Diritto Economia Ambiente Lavoro – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Viale Berengario, 51 – 41100 Modena (Italy) – Tel. +39 059 2056742; Indirizzo e-mail: [dri@unimore.it](mailto:dri@unimore.it)

Dipartimento di Studi Giuridici – Università degli Studi di Pavia  
Corso Strada Nuova, 65 – 27100 Pavia (Italy) – Tel. +39 0382 984013; Indirizzo e-mail: [dri@univr.it](mailto:dri@univr.it)

Segreteria di redazione: Laura Magni [laura.magni@adapt.it](mailto:laura.magni@adapt.it)

*Diritto delle Relazioni Industriali* si impegna a procedere alla selezione qualitativa dei materiali pubblicati sulla base di un metodo di valutazione formalizzata e anonima di cui è responsabile il Comitato dei revisori. Tale sistema di valutazione è coordinato dalla direzione che si avvale anche del Comitato scientifico e del Comitato editoriale internazionale.

Amministrazione: Casa editrice Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A.,  
via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano - tel. 02/38.089.200 - fax 02/38089432  
Internet: [www.giuffrefrancislefebvre.it](http://www.giuffrefrancislefebvre.it) - e-mail: [vendite@giuffrefl.it](mailto:vendite@giuffrefl.it)

Pubblicità:

Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Servizio Pubblicità, via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano - tel. 02/38.089.380 - fax 02/38089426  
e-mail: [periodici@giuffrefl.it](mailto:periodici@giuffrefl.it)

## CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2024

Unione europea	€ 150,00
Paesi extra Unione europea	€ 225,00
Prezzo di un singolo numero (Extra U.E. € 60,00)	€ 38,00

Sconto 10% per i soci AISRI - soci ADAPT - abbonati Bollettino ADAPT - soci AIDP - soci GIDP

## RIVISTA ON-LINE ALL'INTERNO DI "BIBLIOTECA RIVISTE" DAL 1991

U.E. € 120,00\*

\*IVA esclusa

La rivista on-line riproduce, in pdf, i contenuti di ogni fascicolo dall'anno indicato fino all'ultimo numero in pubblicazione.

La sottoscrizione dell'abbonamento garantisce un accesso di 365 giorni dalla data di sottoscrizione.

In seguito alla sottoscrizione sarà inviata all'abbonato una password di accesso.

Il sistema on-line Biblioteca Riviste permette la consultazione dei fascicoli attraverso ricerche:

- full text
- per estremi di pubblicazione (numero e anno fascicolo)
- per data

In caso di sottoscrizione contemporanea alle due riviste cartacee qui di seguito indicate **sconto 10% sulla quota di abbonamento:**

	Unione europea	Paesi extra Unione europea
<i>Diritto delle Relazioni Industriali</i>	€ 150,00	€ 225,00
<i>Rivista Italiana di Diritto del Lavoro</i>	€ 185,00	€ 255,00

L'abbonamento alla rivista cartacea decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri relativi all'annata, compresi quelli già pubblicati.

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:

- con versamento sul c.c.p. 721209, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a ricevimento fattura (riservata ad enti e società);
- acquisto on-line tramite sito "shop.giuffre.it";
- oppure tramite gli Agenti Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. a ciò autorizzati (cfr. [www.giuffrefrancislefebvre.it/it/agenzie](http://www.giuffrefrancislefebvre.it/it/agenzie)).

Il rinnovo dell'abbonamento deve essere effettuato entro il 31 marzo di ciascun anno.

I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo.

Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - via Monte Rosa, 91 - 20149 Milano.

*I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma*

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 1 del 4 gennaio 1991

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

Direttore responsabile: MICHELE TIRABOSCHI



Pubblicità inferiore al 45%

Stampato da Tipografia Galli & C. S.r.l. - Varese

## SOMMARIO - n. 4/2024

TIZIANO TREU *Il diritto del lavoro alla prova dell'emergenza climati-  
ca*..... 891

### **Ricerche: Trasparenza nel rapporto e trasparenza dei mercati del lavoro nell'orizzonte della sostenibilità e della inclusione lavorativa**

VINCENZO CANGEMI *La trasparenza dei sistemi decisionali automatiz-  
zati nel contesto lavorativo. Un'analisi giurisprudenziale*..... 927

FRANCESCO MARASCO *Per una collocazione sistematica del "diritto  
alla trasparenza digitale" nella dimensione collettiva dei rapporti di  
lavoro*..... 955

CHIARA CRISTOFOLINI *Democrazia e trasparenza nel modello legisla-  
tivo di "associazione professionale a carattere sindacale tra militari"*. 984

ARIANNA FERRAGUZZO *Trasparenza e mercato del lavoro*..... 1008

### **Interventi**

PAOLO TOSI *Storia di una "anomala" Riforma delle Riforme in materia  
di licenziamenti tra Consulta e Suprema Corte*..... 1039

GIOVANNI PIGLIALARMÌ, EDOARDO POIANI LANDI *La contrattazione  
collettiva nel "nuovo" Codice dei contratti pubblici: problemi e pro-  
spettive*..... 1057

### **Relazioni industriali e risorse umane**

MICHELE TIRABOSCHI *I sistemi di classificazione e inquadramento del  
lavoro oggi: una prospettiva di diritto delle relazioni industriali*..... 1093

### Osservatorio di giurisprudenza italiana

GIADA BENINCASA <i>Dalla certificazione alla riqualificazione del contratto di appalto: luci e ombre sulla efficacia dell'istituto</i> (nota a Cass. ord. 29 luglio 2024, n. 21090) .....	1147
ANDREA BOLLANI <i>L'applicazione del contratto collettivo vincola semel et semper? Note minime in difesa della libertà negoziale e della libertà sindacale</i> (nota a Cass. ord. 18 marzo 2024, n. 7203 .....	1156
MARCO FERRARESI <i>Guarito non significa ammalato: la prima pronuncia sulla legge in tema di oblio oncologico</i> (nota a TAR Lazio 1° giugno 2024, n. 11244).....	1163
VINCENZO LUCIANI <i>Il comporta nel licenziamento del disabile "europeo" tra tutela antidiscriminatoria e accorgimenti ragionevoli</i> (nota a Cass. 2 maggio 2024, n. 11731, e Cass. 22 maggio 2024, n. 14316) .....	1171
ANDREA MELLI <i>Le oscillazioni dell'onere di repêchage tra anomia e incertezze giurisprudenziali</i> (nota a Cass. ord. 10 luglio 2024, n. 18904).....	1180
CLAUDIO SERRA <i>Sul potere del giudice di rideterminare una sanzione disciplinare</i> (nota a Cass. ord. 15 maggio 2024, n. 13479) .....	1191
NICOLETTA SERRANI <i>Sul potere-dovere ex officio del giudice di acquisire il CCNL ai fini della risoluzione della controversia giudiziale</i> (nota a Cass. 19 agosto 2024, n. 22907) .....	1197
ARMANDO TURSÌ <i>L'ipertrofia dell'insussistenza del fatto e l'irrelevanza del repêchage ai fini della reintegrazione</i> (nota a C. cost. 16 luglio 2024, n. 128).....	1205

### Osservatorio di legislazione, prassi amministrative e contrattazione

GIADA BENINCASA <i>Il controllo di regolarità tramite la "patente a crediti": una mancata opportunità per introdurre un efficace sistema di qualificazione?</i> .....	1217
MICHELE DALLA SEGA <i>Welfare, retribuzione e lavoro pubblico: un chiarimento della Corte dei Conti (con possibili conseguenze)</i> .....	1233

### Osservatorio di diritto europeo e internazionale del lavoro


VALERIA FILÌ <i>Le direttive gemelle (UE) 2024/1499 e (UE) 2024/1500 sugli organismi di parità</i> .....	1243
--	------

lavoro e delle politiche sociali. Nei fatti, poi, il sito rinvia gli utenti alla consultazione dell'archivio sul sito web di riferimento.

In conclusione, le riflessioni sin qui condotte portano quindi a considerare da un lato, come in virtù delle evoluzioni e dei passi in avanti intrapresi in ordine allo sviluppo del ruolo del Cnel, si siano poste le fondamenta per una solida costruzione di un meccanismo di pubblicità dei contratti collettivi, che autorizzi il giudice ad acquisire d'ufficio il contratto collettivo; dall'altro come le criticità ed i limiti oggettivi, allo stato attuale ancora presenti (si pensi ad esempio, alla confusione, che genera incertezza, dovuta alla compresenza nell'archivio di più testi definitivi tra loro non coincidenti ma riferibili allo stesso CCNL, oppure al mancato deposito dei rinnovi contrattuali) rendano auspicabile un intervento del legislatore volto a rafforzare la funzione dell'archivio del Cnel con la finalità di conferire ai contratti collettivi depositati un regime di autenticità e di fede privilegiata. Si tratta di un intervento che, se attuato, potrebbe aprire la strada ad un'inversione di tendenza della giurisprudenza.

*Nicoletta Serrani  
Avvocato del Foro di Roma  
ADAPT Professional Fellow*

## 8. Licenziamento

**8.1. C. cost. 16 luglio 2024, n. 128** (in  *Boll. ADAPT*, 2024, n. 29).

**Licenziamento economico basato su fatto insussistente - Incostituzionalità - Violazione dell'onere di *repêchage* - Sanzione indennitaria.**

*Il licenziamento fondato su fatto insussistente, allegato dal datore di lavoro come ragione d'impresa, è, nella sostanza, un licenziamento pretestuoso (senza causa), che si colloca a confine con il licenziamento discriminatorio (che è viziato da un motivo, appunto, discriminatorio). La violazione dell'obbligo di *repêchage* attiva la tutela indennitaria di cui al comma 1 dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015.*

### **L'ipertrofia dell'insussistenza del fatto e l'irrilevanza del *repêchage* ai fini della reintegrazione**

*Sommario:* **1.** Le questioni di costituzionalità e la sentenza n. 128/2024. – **2.** L'insussistenza del fatto comporta la reintegrazione... – **3.** ...ma non il mancato

*repêchage*. – 4. Il rapporto patologico tra il legislatore delle riforme del lavoro e i suoi interpreti. – 5. Rilievi critici e conclusivi.

1. Un lavoratore assunto in regime di *Jobs Act* con contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato, dopo l'esperimento della procedura di messa in disponibilità per mancanza di occasioni di lavoro (MOL) prevista dal CCNL delle agenzie di somministrazione di lavoro, veniva licenziato per giustificato motivo oggettivo basato sulla cessazione dell'incarico, in assenza di ulteriori prospettive di reimpiego.

Il dipendente contestava che si fosse determinata una situazione di assenza di offerte disponibili compatibili con la sua professionalità, in quanto le stesse erano state in realtà destinate ad altri lavoratori, e chiedeva, in via principale, la reintegra "attenuata" ai sensi del comma 2 dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, e, in subordine, la liquidazione dell'indennizzo di cui al comma 1 della medesima disposizione.

Non interessa in questa sede né l'effettività del fatto posto a base del motivo oggettivo, né l'effettiva impraticabilità del *repêchage*, né, infine, la questione giuridica – poco studiata invero – del rapporto tra l'onere di *repêchage* e la procedura di disponibilità contrattualmente prevista per la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (si potrebbe infatti sostenere che essa assorba l'onere di *repêchage*).

Interessa invece focalizzare oggetto ed esito del giudizio di costituzionalità occasionato dalla cennata controversia ed esitato nella sentenza della Corte costituzionale n. 128/2024 (in epigrafe).

Infatti, il giudice *a quo* (ancora una volta, il Tribunale di Ravenna) dubitava della legittimità costituzionale della suddetta disposizione nella parte in cui escludeva la tutela reintegratoria anche nel caso estremo di ingiustificatezza, consistente nella insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Invero, oggetto di censura non era solo la mancata previsione, in positivo, della tutela reale nel comma 1 dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, ma anche, in negativo, la limitazione della tutela reintegratoria ai soli casi di licenziamento disciplinare, disposta dal comma 2: non a caso, il modello di tutela dichiarato applicabile in luogo della norma caducata è tratto proprio da questa seconda disposizione.

Le eccezioni di costituzionalità affrontate dalla Consulta erano plurime, ma sostanzialmente addensate attorno alla violazione dei principi di uguaglianza e di protezione del lavoro, sotto almeno due profili: l'irragionevole disparità di trattamento con la fattispecie dell'insussistenza del fatto contestato nel licenziamento disciplinare, da un lato; la disarmonia sistemica insita nella «possibilità per il datore di lavoro di intimare un licenziamento – che, quand'anche sia radicalmente senza causa in ragione dell'insussistenza del fatto materiale,

comporti sempre e comunque la risoluzione del rapporto, con una tutela solo indennitaria per il lavoratore che lo subisce», – in carenza di «un sufficiente grado di dissuasività delle ipotesi più gravi di licenziamento», dall'altro.

Era prevedibile che la sentenza di accoglimento che ne sarebbe scaturita, mettendosi sulla scia delle precedenti sei dichiarative di incostituzionalità abbattutesi sulle riforme del licenziamenti del 2012-2015, avrebbe ancora una volta richiamato il neo-principio di dissuasività della sanzione, e avrebbe avuto carattere manipolativo-additivo: in realtà la stessa ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, non si limitava ad invocare un intervento additivo, ma si era fatta carico di individuare nell'ordinamento, autonomamente e con piglio legiferante, una pluralità di soluzioni costituzionalmente adeguate, suggerendo in primo luogo la parificazione delle tutele tra licenziamento disciplinare e licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con previsione della tutela di maggior favore individuata nel meccanismo sanzionatorio e declinata alternativamente sul modello del comma 2 dell'art. 3 del *Jobs Act*, ovvero su quello statutario novellato del 2012 (art. 18, quarto e settimo comma, Stat. lav.).

Alla difesa statale era parso che ne derivasse l'inammissibilità di tutte le questioni, poiché il rimettente non aveva individuato una soluzione costituzionalmente obbligata delle questioni sollevate, né indicato l'intervento idoneo a rimuovere le violazioni denunciate; eccezione che però si infrangeva contro la teoria ormai dilagante dell'interpretazione «costituzionalmente adeguata», secondo cui una volta accertato un *vulnus* a un principio o a un diritto riconosciuti dalla Costituzione, l'assenza di una univoca disciplina applicabile non può impedire l'opera manutentiva della Consulta.

Deve infatti ritenersi sufficiente «la presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni “costituzionalmente adeguate”, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore», mentre «l'assenza di una soluzione a rime obbligate non è preclusiva di per sé sola dell'esame nel merito delle censure».

La sentenza manipolativa che scaturisce da questa impostazione dichiara incostituzionale l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015 nella parte in cui non prevede che il suo dispositivo reintegratorio si applichi anche nelle ipotesi di «licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore».

In sintesi, la Corte costituzionale riscrive l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015 aggiungendovi una norma gemella in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, e utilizzando senza remore la medesima fattispecie della «insussistenza del fatto materiale», utilizzata in tema di licenziamento disciplinare.

2. Il problema nasceva, com'è noto, dal fatto che il *Jobs Act*, diversamente dal novellato art. 18 Stat. lav., non contemplava la reintegra in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nemmeno nella qualificata ipotesi di insussistenza del fatto posto a suo fondamento: ché anzi – come correttamente osserva il giudice *a quo* – in ciò sta l'elemento “qualificante” della riforma dei licenziamenti del 2015.

In particolare, ciò che alla Corte sembra un difetto di sistematicità sta in ciò, che «la radicale irrilevanza» ai fini sanzionatori, «dell'insussistenza del fatto materiale nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo [...] ridonda in una irragionevolezza della differenziazione rispetto alla parallela ipotesi del licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Se il “fatto materiale”, allegato dal datore di lavoro a fondamento del licenziamento non sussiste, è violato il principio della necessaria causalità del recesso datoriale. Il licenziamento regredisce a recesso senza causa, quale che sia la qualificazione che il datore di lavoro dia al “fatto insussistente”, vuoi contestandolo al lavoratore come condotta inadempiente che in realtà non c'è stata, vuoi indicandolo come ragione di impresa che in realtà non sussiste (perché, ad esempio, il posto non è stato soppresso)».

Il «fatto insussistente», cioè, sarebbe «neutro», e «la differenziazione secondo la qualificazione che ne dà il datore di lavoro» sarebbe «artificiosa; in ogni caso manca radicalmente la causa del licenziamento, il quale è perciò illegittimo».

Già nella sentenza 1° aprile 2021, n. 59, peraltro, la Corte costituzionale aveva osservato che l'insussistenza del fatto, pur con le diverse gradazioni che presenta nelle singole fattispecie di licenziamento, stride soprattutto «con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, che questa Corte ha enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost.». Così come, quanto alla rilevanza della “insussistenza del fatto” su cui si fonda il licenziamento nell'uno e nell'altro caso, ha escluso che possa esserci una ragione che giustifichi una regola differenziata, a fronte del principio di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3, primo comma, Cost.).

Ulteriore argomento a favore della incostituzionalità della norma censurata starebbe nell'offesa alla dignità del lavoratore, che sarebbe insita nell'estromettere il lavoratore dal posto di lavoro allegando un fatto materiale insussistente e qualificandolo come ragione d'impresa o come addebito disciplinare.

Andando ancora più a fondo nell'annichilire la *voluntas legis*, e aderendo a una dottrina minoritaria, la Corte conclude affermando che il licenziamento fondato su fatto insussistente, allegato dal datore di lavoro come ragione d'impresa, è, nella sostanza, un licenziamento pretestuoso (senza causa), che si colloca a confine con il licenziamento discriminatorio (che è viziato da un motivo, appunto, discriminatorio).



Poi però non varca la soglia della qualificazione automatica del licenziamento economico con fatto insussistente, come licenziamento discriminatorio, ed esige, ai fini della tutela reintegratoria, la stessa prova richiesta dal *Jobs Act* per il licenziamento disciplinare con fatto contestato insussistente, ossia che «sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore».

Fin qui, nessuna sorpresa, se non il tentativo di disegnare quadro normativo meno "stocastico": prosegue la linea di politica costituzionale diretta a minimizzare gli effetti del *Jobs Act* dei licenziamenti, reintroducendo con sentenze manipolative la tutela reintegratoria in tutta una serie di casi individuati dalla Consulta e non voluti dal legislatore; per di più, riscrivendo la stessa disciplina delle tutele crescenti.

Non ci si attendeva, invece, che la riconferma della teoria del *repêchage* sotto il profilo sostanziale – cioè, quale presupposto di legittimità del licenziamento per motivo economico –, avvenisse a spese di una sua svalutazione sotto il profilo della rilevanza sanzionatoria.

Infatti, la giustificatezza del licenziamento per ragioni economiche richiede, anche secondo la più recente giurisprudenza costituzionale, che il lavoratore non sia utilmente ricollocabile in azienda in altra posizione lavorativa, essendo il licenziamento pur sempre una *extrema ratio*.

Ma nella sentenza in commento si legge che «in ragione di una scelta di politica del lavoro fatta dal legislatore con il cosiddetto *Jobs Act* [...] si fuoriesce dall'area della tutela reintegratoria attenuata del comma 2 dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015, il cui perimetro applicativo, come nell'ipotesi del licenziamento disciplinare, è segnato dall'«insussistenza del fatto materiale»»: in tal caso, «il licenziamento è comunque fondato su un "fatto sussistente"», mentre il recesso datoriale è illegittimo sotto il diverso profilo della verificata ricollocabilità del lavoratore.

La tutela allora è quella solo indennitaria di cui al comma 1 dello stesso art. 3. Ne consegue che il mancato *repêchage* rileva solo ai fini della legittimità (giustificazione), ma non anche della sussistenza del fatto posto a base del licenziamento, di talché l'omesso onere di *repêchage* attiva la tutela indennitaria di cui al comma 1 dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, e non quella reintegratoria.

**3.** In fin dei conti, la settima sentenza di incostituzionalità abbattutasi nell'arco di quattro anni (la decima in sei anni) sulla riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti dipanatasi tra la "legge Fornero" del 2012 e il "*Jobs Act* dei licenziamenti" del 2015 si segnala per aver accompagnato la attesa e quasi scontata declaratoria di illegittimità costituzionale dell'esclusione, nel regime del *Jobs Act*, della tutela reale del licenziamento economico ingiustificato, con una invece sorprendente – e condivisibile – rilettura della regola giurisprudenziale del c.d. *repêchage* che segna, in un certo senso, un arresto

nella vicenda demolitiva della riforma, se non addirittura un punto a suo favore.

È bene prendere le mosse dalle ragioni che mossero il legislatore a differenziare la disciplina sanzionatoria del licenziamento economico ingiustificato intimato in regime statutario, da quello intimato in regime di “tutele crescenti”.

Com'è noto, il “contratto a tutele crescenti” altro non è che il quadro sanzionatorio dei nuovi contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, realizzato attraverso l'ulteriore arretramento (rispetto alla c.d. “riforma Fornero”) della c.d. “tutela reale” del posto di lavoro, a vantaggio di un indennizzo economico il cui ammontare, nell'originaria *voluntas legis* poi coartata dalla Consulta con la sentenza 8 novembre 2018, n. 194, sarebbe dovuto “crescere” con l'anzianità di servizio.

Non sono stati toccati i presupposti di legittimità dei licenziamenti, ma solo le conseguenze della loro carenza, consistenti in un indennizzo economico casualmente articolato, con la reintegrazione che resta a presidio dei casi di licenziamento nullo o inefficace, o comminato in ragione della commissione di condotte non effettivamente commesse o non illecite, o di insussistente disabilità fisica o psichica.

Col c.d. “contratto a tutele crescenti” non si è reso più facile licenziare legittimamente, bensì più facile licenziare illegittimamente: anche il licenziamento illegittimo, nella maggior parte dei casi, conserva il suo effetto risolutivo. Sicché, a ben vedere, ciò che ne risulta potenziata non è, in sé, la libertà dell'imprenditore di licenziare, ma quella di decidere con chi effettivamente collaborare, e di non vedersi imporre dal giudice collaborazioni forzose. Un obiettivo, questo, che non andrebbe demonizzato, né delegittimato alla luce di una presunta priorità valoriale della tutela in forma specifica, ma laicamente saggiato anche con riferimento agli altri ordinamenti europei, e a condizione che questa analisi comparata venga condotta con lo sguardo rivolto non solo alla legge, ma anche e soprattutto al diritto vivente nei Tribunali.

Senonché, a ben vedere questo era l'obiettivo anche dell'art. 18 Stat. lav. (l. n. 300/1970), come riformato dalla “riforma Fornero”; e quindi è lecito chiedersi come mai il legislatore sia intervenuto nuovamente sul punto.

La ragione, almeno ad avviso di chi scrive, sta nella peculiare natura del rapporto che, specie nel nostro Paese, si è venuto instaurando, nell'ultimo ventennio, tra il legislatore e il variegato ceto dei suoi interpreti.

In effetti, alle potenzialità che il riformato art. 18 poteva, e può, esplicitare nella direzione della marginalizzazione della “tutela reale” del posto di lavoro, buona parte della dottrina e della giurisprudenza hanno posto tali e tanti limiti, nulla scorta di elaborazioni talvolta forzate, talvolta confuse, talvolta semplicemente errate, da indurre il legislatore ad una reazione forte, a tratti scompo-

sta, protesa ad eliminare, di fatto, quasi del tutto, per i neoassunti, la tutela reale nei licenziamenti economici.

Tralasciando le altre numerose fattispecie passate non indenni al vaglio della Corte costituzionale – afferenti alle tutele crescenti ed ai licenziamenti disciplinari, nulli e irregolari –, e focalizzando l’attenzione sulla questione oggetto della sentenza in esame, può dirsi che soluzioni diverse da quella drastica affermata dal *Jobs Act* e bocciata dalla Consulta sarebbero state possibili se, per esempio, si fosse riconosciuto ciò che è, a nostro avviso, già era chiaro, ovvero – mutuando la teoria interpretativa imperante anche in questa sentenza – “costituzionalmente adeguato”: e cioè che già quando l’art. 18, settimo comma, secondo periodo, della l. n. 300/1970, commina(va) la sanzione reintegratoria a fronte della “manifesta” infondatezza del fatto posto a base del licenziamento, esso si riferiva all’insussistenza del fatto economico-organizzativo posto alla base del licenziamento, indipendentemente dall’assolvimento dell’onere di provare l’impossibilità di collocare altrove il dipendente all’interno dell’azienda (c.d. “onere di *repêchage*”).

Era e non poteva che esser questo il significato della “insussistenza manifesta del fatto”: se il fatto sussiste, ma non è assolto il *repêchage*, l’insussistenza non è manifesta e non si dà reintegrazione. Lo ha compreso oggi la Consulta, ma riferendolo alla norma del *Jobs Act* depurato dall’insussistenza manifesta.

Non si può non cogliere, allora, lo sfondo ironico che è sotteso alla soluzione cui poi è tardivamente pervenuta la Corte costituzionale (nella sentenza in esame), sia pure nel contesto di una decisione centrata sull’incostituzionalità dell’art. 3, comma 2, del *Jobs Act* nella parte in cui non prevede la tutela reintegratoria in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro.

Senonché, il cronico disallineamento tra il legislatore e i suoi interpreti, ha indotto il legislatore a radicalizzarsi, allontanandosi dalla logica gradualistica della c.d. “riforma Fornero”, e sancendo l’applicabilità della tutela reale solo laddove il lavoratore licenziato per motivo disciplinare dimostri in giudizio l’insussistenza del “fatto materiale” contestatogli; ed escludendo sempre detta tutela in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

**4.** Se la sentenza della Corte costituzionale 19 maggio 2022, n. 125, censura la norma statutaria novellata per aver condizionato la tutela reale al carattere “manifesto” dell’insussistenza del fatto posto a base del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, la sentenza in commento mette sotto i riflettori la corrispondente disposizione del *Jobs Act* (art. 3, comma 2), nella parte in cui questo, “reagendo” all’attacco giurisprudenziale tendente a sanzionare con la reintegrazione anche il mancato assolvimento dell’onere di *repêchage*, esclude in assoluto la tutela reale in caso di carenza del giustificato motivo oggettivo.

Onde comprendere limiti e pregi della sentenza in commento, la situazione che la Consulta si trova a deliberare va colta nei suoi dettagli, per comprendere le reali differenze tra la dialettica normativa propria della riforma Fornero, e quella del *Jobs Act*.

In comune, le due situazioni hanno la natura “qualificata” della ingiustificatezza idonea a generare la tutela reintegratoria, ma con differenze sostanziali.

Nel caso del licenziamento disciplinare, nel regime ante *Jobs Act* la reintegra consegue alla insussistenza del fatto contestato: ma con una giurisprudenza ondivaga circa la oziosa questione della natura “giuridica” o “materiale” del medesimo fatto. Reagendo all’oziosa questione con una oziosa modifica normativa, nel regime del *Jobs Act* si precisava che il fatto contestato ma insussistente dovesse essere “materiale”, e la sua insussistenza “direttamente dimostrata in giudizio” dal lavoratore.

Nel caso del licenziamento economico nel regime ante *Jobs Act*, la reintegra seguiva la “insussistenza manifesta” del fatto posto base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; mentre nel regime del *Jobs Act* non era contemplata la tutela reale.

Nell’intervenire su questo assetto normativo, tuttavia, si registra una nuova attitudine della Consulta, a composizione peraltro mutata specie nella parte lavoristica: nel colpire, come ci si attendeva, il bersaglio della mancata previsione della reintegrazione per insussistenza del fatto, la Corte costituzionale decide a sorpresa di focalizzare un nuovo bersaglio, costituito dalla corrente equiparazione della mancata prova dell’impossibilità del *repêchage* alla insussistenza del fatto; sicché, nelle ipotesi di violazione dell’obbligo di *repêchage*, si applica adesso la tutela solo indennitaria.

Cade così un totem giurisprudenziale che si credeva consolidato: e paradossalmente, cade per effetto di una giurisprudenza costituzionale estemporanea, anziché per effetto di una *intentio legis* che pure trapelava chiaramente dalle riforme del 2012-2015.

Peraltro, non è questo l’unico segnale di apertura esegetica della Consulta alla *ratio* delle riforme del 2012-2015, ché analoga attitudine viene esibita nella parte in cui la Corte costituzionale, emulando la virata legislativa effettuata dal *Jobs Act* con riferimento al licenziamento disciplinare, pone a carico del lavoratore la prova in giudizio della sussistenza del presupposto della reintegrazione nel posto di lavoro («nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro»).

Peraltro, anche in questo caso, come già nel caso del licenziamento disciplinare, la legge non rovescia affatto la regola dell’onere della prova a carico del datore di lavoro, ma semplicemente addossa al lavoratore la prova (diretta) dell’insussistenza del fatto, onde potersi applicare il più favorevole regime reintegratorio; operando negli altri casi il regime indennitario.

5. Senonché l'operazione, apprezzabile nella sostanza, appare affrettata sotto il profilo tecnico, per più ragioni.

Appare affrettata l'affermazione secondo cui «il “fatto insussistente” è neutro e la differenziazione secondo la qualificazione che ne dà il datore di lavoro è artificiosa; in ogni caso manca radicalmente la causa del licenziamento, il quale è perciò illegittimo». Invero, non esiste alcuna analogia né logica né giuridica, tra licenziamento per colpa e licenziamento economico, come tra fatto “materiale” nell'una e nell'altra fattispecie, e infine, tra “fatto contestato” come illecito, e “fatto allegato” come costitutivo di un motivo economico. Palese è poi la non riferibilità al licenziamento economico della tematica sulla rilevanza del “fatto materiale” piuttosto che “giuridico”, venendo tale tematica in rilievo solo nel licenziamento disciplinare, in cui rilevano elementi (asseritamente) non materiali, ossia soggettivi, quali l'imputabilità, la colpa, il dolo. Conseguentemente, nemmeno può dirsi che il “fatto insussistente” sia neutro rispetto alla differenziazione tra licenziamento disciplinare ed economico. E dunque non è sulla asserita ingiustificata disparità di trattamento delle due situazioni che può basarsi l'incostituzionalità della norma del *Jobs Act*.

Ulteriore ragione di non condivisione della posizione della Consulta sta in ciò, che non sussiste alcuna assimilabilità nemmeno tra la giustificatezza (giusta causa e giustificato motivo) del licenziamento, e la sua “causa” civilistica: mentre la sentenza in esame opera questo accostamento quando afferma che «se il “fatto materiale”, allegato dal datore di lavoro a fondamento del licenziamento non sussiste, è violato il principio della necessaria causalità del recesso datoriale. Il licenziamento regredisce a recesso senza causa, quale che sia la qualificazione che il datore di lavoro dia al “fatto insussistente”, vuoi contestandolo al lavoratore come condotta inadempiente che in realtà non c'è stata, vuoi indicandolo come ragione di impresa che in realtà non sussiste (perché, ad esempio, il posto non è stato soppresso)». Vero è che in tal modo, si confonde la giustificazione del licenziamento con la «necessaria causalità del recesso»: qualificazione che, peraltro, prova troppo, giacché evoca la figura della nullità (c.d. di “diritto comune”) e non quella della tutela reintegratoria.

Per concludere, può dirsi che, se la complessiva giurisprudenza costituzionale sul regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi mostra un eccesso di attitudine giusdicente, la sentenza in parola esibisce tratti di eccedenza del pensiero sistematico. Ciò costituisce la spia di un certo disorientamento dell'organo di giustizia costituzionale nella materia politicamente sensibile delle riforme dei licenziamenti dello scorso decennio, stretto com'è, per un verso, tra la forte spinta garantista delle prime sentenze, e una iniziale controspinta timidamente in corso, e impegnato, per altro verso, a garantire un minimo di coerenza al sistema.

Armando Tursi

Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Milano