

Pubblicazione 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

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*Licenziamento collettivo e
lavoro a termine "stabilizzato":
il Jobs Act viene rinviato
alla Corte di giustizia europea*

Vincenzo Ferrante

anticipazione

N. 4/XXIX - 2019



GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

1. Licenziamento

1.1. Trib. Milano 5 agosto 2019.

Licenziamento collettivo - Conversione di un contratto a termine in data successiva all'entrata in vigore del *Jobs Act* ma stipulato inizialmente prima del 7 marzo 2015 - Prospettata violazione della direttiva 99/70/CE - Discriminazione in relazione al calcolo dell'anzianità i servizio dei lavoratori a termine - Prospettata violazione della Carta di Nizza a ragione della introduzione di un trattamento differenziato in relazione alla data di assunzione o di conversione del rapporto di lavoro - Principio di eguaglianza - Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

In relazione alla condizione di una lavoratrice assunta per la prima volta in data antecedente al 7 marzo 2015, ma che ha visto stabilizzato il suo rapporto a termine dopo l'entrata in vigore del Jobs Act, meritano rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea le questioni:

- a) se i principi di parità di trattamento e non discriminazione contenuti nella clausola 4 della direttiva 99/70/CE sul lavoro a tempo determinato ostino alle previsioni normative dell'art. 1, comma 2, e dell'art. 10, d.lgs. n. 23/2015 che, con riferimento ai licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, contengono un regime differenziato di tutela in forza del quale viene assicurata, nella medesima procedura, una tutela reale ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato costituiti in data antecedente al 7 marzo 2015 e una tutela meramente indennitaria ai rapporti di lavoro a tempo determinato aventi una pari anzianità lavorativa, in quanto costituiti precedentemente a tale data, ma convertiti a tempo indeterminato successivamente al 7 marzo 2015;*
- b) se le previsioni, contenute negli artt. 20 e 30 della Carta dei diritti dell'Unione europea (principio di eguaglianza e tutela in caso di licenziamento ingiustificato) nonché nella direttiva 98/59/CE in materia di licenziamenti collettivi, ostino ad una disposizione normativa come quella di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 che, in caso di licenziamenti collettivi illegittimi per violazione dei criteri di scelta, limita ai soli lavoratori assunti a tempo indeterminato prima del 7 marzo 2015 la tutela reale, mentre prevede la tutela obbligatoria per gli altri analoghi rapporti di lavoro costituiti successivamente e coinvolti nella medesima procedura, in quanto la tutela meramente indennitaria sarebbe inadeguata a ristorare le conseguenze economiche derivanti dalla perdita del posto di lavoro e deteriore rispetto all'altro modello coesistente, che si applica ai lavoratori i cui rapporti hanno le medesime caratteristiche con la sola eccezione della data di conversione o costituzione.*

Licenziamento collettivo e lavoro a termine “stabilizzato”: il *Jobs Act* viene rinviato alla Corte di giustizia europea

Sommario: **1.** La precedente sentenza della Corte costituzionale. – **2.** Il quesito relativo ai lavoratori a termine. – **3.** Il quesito relativo alla sostituzione della tutela reale con l'indennità commisurata all'anzianità di servizio. – **4.** Nota bibliografica.

1. La recente pronunzia della Corte costituzionale n. 194/2018 che, in forza degli artt. 4 e 35 Cost., ha dichiarato l'illegittimità del regime del licenziamento di cui al d.lgs. n. 23/2015, sembra aver lasciato molta insoddisfazione in quella dottrina e giurisprudenza, che si attendevano un giudizio demolitorio di portata assai più ampia.

Ritenuta però l'ammissibilità di un voto referendario abrogativo sull'art. 18 Stat. lav. (C. cost. n. 46/2000), appare chiaro come manchi una qualche disposizione che attribuisca prevalenza alla tutela reintegratoria rispetto alla disciplina indennitaria; né questa ricerca pare giungere ad un esito positivo, ove pure si estenda alle fonti sovranazionali (e dunque alla Carta sociale europea e alla Carta di Nizza), che tutte si limitano, anche nella previsione più avanzata di cui all'art. 24 CSE, a riconoscere il diritto del lavoratore, licenziato senza un valido motivo, a «un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» (resta invece sospeso il giudizio in ordine alla convenzione OIL n. 158/82, sin tanto che questa non venga ratificata dall'Italia). E se è certamente vero che il Comitato europeo dei diritti sociali ha interpretato questa previsione della CSE con una preferenza dichiarata per la ricostituzione del rapporto di lavoro illegittimamente interrotto, resta che le decisioni adottate da tale organismo non posseggono un valore vincolante nell'ordinamento interno, secondo quanto espressamente statuito dalla Corte costituzionale stessa nella sentenza n. 194 e già prima nell'importante sentenza n. 120 del 13 giugno 2018, che riconosce il diritto dei militari di costituire associazioni sindacali.

Alla luce di questo quadro, il Tribunale di Milano, sollecitato da una ipotesi assai particolare, ha colto l'occasione per proporre in via pregiudiziale, avanti la Corte europea, una questione che attiene al d.lgs. n. 23/2015, nella parte relativa ai licenziamenti collettivi, in forza del fatto che tale specifica disciplina è fatta oggetto della direttiva 98/59 (e già della direttiva 75/129), venendo così a rientrare fra le competenze della Corte di giustizia, quale giudice chiamato ad interpretare il diritto dell'Unione europea.

La vicenda riguarda una lavoratrice assunta a tempo indeterminato in forza di trasformazione di un rapporto di lavoro, costituito inizialmente a termine e convertito solo dopo il 7 marzo 2015, che non aveva potuto pertanto beneficiare della pronunzia collettiva di reintegrazione, che viceversa aveva interessato tutti i suoi colleghi (e che anzi aveva visto dichiarato inammissibile il proprio ricorso per erroneità del rito con il quale la domanda era stata intro-

dotta: “Fornero” e non già il ricorso ordinario *ex art.* 414 c.p.c., previsto dal d.lgs. n. 23/2015 per tutte le ipotesi di tutela).

Il Giudice approfitta dunque della singolarità del caso per chiedere un’interpretazione alla Corte di giustizia, non solo in ordine alla questione attingente al rispetto del principio di non discriminazione a mente della direttiva sul lavoro a termine (n. 99/70, cl. 4), ma anche più in generale sulla disciplina dei licenziamenti collettivi contenuta nel d.lgs. n. 23/2015 che, a suo dire, «introduce, viceversa, un concorrente sistema di tutela meramente indennitario, inadeguato a ristorare le conseguenze economiche derivanti dalla perdita del posto di lavoro e deteriore rispetto all’altro modello coesistente, applicato ad altri lavoratori i cui rapporti hanno le medesime caratteristiche con la sola eccezione della data di conversione o costituzione». Quest’ultimo giudizio viene richiesto in relazione ai parametri normativi dell’uguaglianza davanti alla legge, di cui all’art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (o Carta di Nizza), invocato in combinato disposto con l’art. 30 della stessa Carta, che garantisce il diritto ad una tutela in caso di licenziamento.

Il Tribunale, che lamenta una mancanza di «aderenza ai parametri costituzionali» e che richiama in plurimi passi dell’ordinanza il «canone della ragionevolezza», quasi che si trattasse di un’ordinanza di remissione al Giudice delle leggi, appare mosso da un evidente spirito critico nei confronti della pronunzia della Consulta di cui si è detto in apertura, posto che, in ogni caso, si ha piena consapevolezza del fatto che la vicenda giudiziaria non si potrà arrestare alla sola pronunzia dei giudici di Lussemburgo, imponendosi (in caso di eventuale accoglimento) poi un secondo rinvio alla Corte costituzionale, perché elimini la disposizione censurata di cui all’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, che, espressamente esclude dall’ambito di applicazione della “legge” i lavoratori a termine, che abbiano visto convertito il proprio rapporto di lavoro dopo la data di entrata in vigore del *Jobs Act*.

Ci si trova dinnanzi cioè ad una questione di c.d. duplice pregiudizialità, che impedisce al giudice ordinario la diretta disapplicazione della norma ritenuta incompatibile con le direttive europee, di modo che anzi – a stare alle indicazioni del Giudice delle leggi nostrano – si sarebbe dovuto procedere «in prima battuta all’incidente di costituzionalità, secondo le indicazioni offerte da questa Corte con la sentenza n. 269 del 2017» (così da ultimo C. cost. 10 maggio 2019, n. 112, § 1 e si veda *amplius* la sentenza n. 269, al § 5.2).

2. Ricondotta ai termini che si sono ora illustrati, è assai probabile che la questione, quando effettivamente giunga all’attenzione della Corte, veda l’accoglimento delle censure, quanto alla prima questione, anche se l’effetto che potrebbe conseguire dalla pronunzia della Corte rischia di essere limitato alla sola vicenda prospettata (e quindi quasi senza alcuna conseguenza pratica).

Ed infatti, non viene in rilievo una generale differenza fra lavoratori assunti prima o dopo la data di entrata in vigore (già lamentata avanti la C. cost. e respinta nella sentenza n. 194/2018, ai §§ 1.2.1 e 6), ma il caso particolarissimo della lavoratrice che, sulla scorta di quanto affermato dal Tribunale, presenta una anzianità, del tutto equivalente a quella degli altri suoi colleghi, che pure hanno beneficiato della reintegra, se non per il fatto che il rapporto era stato inizialmente costituito a termine ed è stato convertito solo dopo la data del 7 marzo 2015. A lei, dunque, non sembra poter trovare applicazione il precedente regime di cui alla legge “Fornero” del 2012, che pure manteneva in vita la reintegra per le ipotesi di carenza dei presupposti di legge e di violazione dei criteri di scelta, poiché, a mente del già richiamato art. 1, comma 2, d.lgs. n. 23, le disposizioni del *Jobs Act* «si applicano anche nei casi di conversione, successiva all’entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato».

A riguardo, è ben noto come la Corte di giustizia abbia in molti casi esaminato questioni connesse al riconoscimento dell’anzianità di servizio, riconoscendo come quella maturata in forza di contratti diversi debba essere del tutto equiparata a quella che deriverebbe da un unico rapporto contrattuale (si veda ad esempio C. giust. 15 gennaio 1998, C-15/96 *Schöning-Kougebetopoulou*; C. giust. 6 settembre 2011, causa C-108/10, *Scattolon*, e da ultimo, seppure in senso parzialmente difforme, C. giust. 20 settembre 2018, causa C-466/17; in senso pienamente favorevole ai lavoratori nei contratti a termine del settore pubblico, invece, fra le tante pronunzie nazionali, si veda Cass. 5 agosto 2019, n. 20918, e Cass. 6 febbraio 2019, n. 3473).

3. Pare però difficile che un siffatto (eventuale) esito di “illegittimità” (o più correttamente: di infedele trasposizione) possa estendersi anche alla generale differenza introdotta dal *Jobs Act* in relazione alla data di assunzione, posto che i principi di eguaglianza e di non discriminazione (pure richiamato ampiamente nell’ordinanza, a mente delle disposizioni di cui all’art. 21 della Carta europea dei diritti fondamentali, ma poi curiosamente espunto dalle fonti normative indicate nei quesiti finali) si riferiscono a tutelare le minoranze e non valgono certo a garantire i singoli contro le novità normative, al fine di conservare situazioni giuridiche pregresse.

Nello stesso senso, pur in assenza di precedenti specifici, pare difficile che la lamentata differenza possa trovare accoglimento da parte della Corte europea che, chiamata in plurime occasioni a giudicare della misura solamente risarcitoria, prevista dall’ordinamento italiano in caso di assunzioni a termine illegittimamente operate da amministrazioni pubbliche, ha rifiutato (almeno sino ad ora) una pronunzia che solennemente affermasse la priorità del principio reintegratorio, legittimando così, seppure a certe condizioni, il divieto di conversione di cui all’art. 36, d.lgs. n. 165/2001 (si veda ad esempio la sentenza 12

dicembre 2012, in causa C-50/13, *Papalia*, ove il richiamo ai numerosi precedenti, e si veda altresì sentenza 25 ottobre 2018, C-331/17, *Sciotto*).

Né del resto, alla luce del quadro complessivo della legislazione nazionale, si può concordare con il Tribunale là dove afferma che l'eliminazione dell'istituto della reintegra «finisce persino per agevolare l'espulsione dei neo-assunti». Ed invero i criteri di scelta indicati dal legislatore nel 1991 (al momento della trasposizione dell'originaria direttiva del 1975) confermano che, almeno per le ipotesi in cui sussista un giustificato motivo oggettivo di licenziamento e non vi siano speciali ragioni tecniche o produttive, siano proprio i lavoratori con minore anzianità (e privi di rilevanti carichi di famiglia) ad essere legittimamente espulsi, a beneficio di quelli che possano vantare, invece, una maggiore anzianità. Il criterio dell'anzianità di servizio, quindi, se ben può presiedere alla individuazione dei lavoratori in eccedenza, potrà anche giustificare l'applicazione di una diversa (e minore) tutela, senza per questo incorrere nella violazione delle disposizioni comunitarie.

Anche le argomentazioni (ordinanza, p. 21) espresse in ordine alla necessità che le sanzioni siano «effettive, proporzionate e dissuasive» (richiamandosi qui una formula che propriamente atterrebbe più alla potestà punitiva pubblica che alle conseguenze sul piano risarcitorio conseguenti al licenziamento ingiustificato) sembrano voler instaurare un dialogo con la Corte costituzionale italiana, più che richiamare specifici precedenti europei, posto che, ad avere a mente ancora la lunga vicenda delle assunzioni reiterate a termine nel settore pubblico, si deve rilevare come la Corte abbia spesso omesso di pronunciarsi in ordine al criterio dell'efficacia e alla natura dissuasiva della misura nazionale rinviando per questa valutazione al giudice nazionale (si veda ad esempio C. giust. 1° ottobre 2010, C-3/10, *Affatato*), dotato probabilmente di strumenti istruttori migliori per valutare in concreto l'impatto delle previsioni di legge, almeno nella fase di prima attuazione.

E solo si deve aggiungere che questa formula, una volta che sia riferita ad una tutela comunque solo indennitaria, offre il fianco ad una contraddizione palese, là dove si pretende che il pagamento di una somma a titolo di indennizzo sia, al tempo stesso, “proporzionata” al danno prodotto, ma anche “dissuasiva”, senza accorgersi che, al di là dell'ipotesi del ripristino dello *status quo ante* che solo conseguirebbe alla reintegra, un simile effetto, per la logica che governa l'agire umano ben presente agli studiosi di *law and economics*, non può che conseguirsi mediante la minaccia del pagamento di un importo economico maggiore, rispetto al danno concretamente prodotto.

Per il resto, quanto al secondo quesito, dalla lunga ordinanza qui in commento emergono numerose argomentazioni che meritano una ponderata riflessione in ordine alla possibilità di utilizzare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in alternativa alla rimessione alla Corte costituzionale italiana, in particolare là dove, ad esempio, ci si sofferma sulle disposizioni della Carta sociale euro-

pea (che appare di sicuro rilievo per il Giudice italiano per effetto degli artt. 10, 35/I e 117 Cost.), affermando che queste sarebbero altresì vincolanti per la Corte di giustizia, in quanto richiamate nel preambolo della Carta stessa e nelle “spiegazioni” allegate all’art. 30, tanto da «integrare, previa valutazione di compatibilità, il contenuto del diritto fondamentale dell’ordinamento dell’Unione» (ordinanza, p. 15). Si tratta di affermazione non accompagnata dall’indicazione di precedenti e che sembra prospettare, dopo la complessa vicenda relativa ai rapporti fra la CEDU e i Giudici di Lussemburgo, una sorta di accentramento sostanziale del giudizio di legittimità di tutta la produzione normativa, nazionale ed europea, avanti la Corte di giustizia, ben al di là delle competenze devolute all’Unione (e con un risultato che certamente farebbe enorme fatica ad essere condiviso dalle corti costituzionali degli Stati membri, a partire dai Giudici della Consulta per giungere sino al *Bundesgerichtshof* di Karlsruhe).

Ovviamente non resta preclusa in sede europea una valutazione complessiva del sistema, sulla scorta delle argomentazioni che, ad esempio, hanno determinato già in passato la Corte europea a condannare gli Stati membri quando si è ritenuto che la legislazione incoraggiasse il lavoro a termine. Tuttavia, il profilo di illegittimità per l’ipotesi di successione di leggi nel tempo, che da ultimo sembra prospettato dal Tribunale, sembrerebbe il meno adeguato a fondare un giudizio di accoglimento, a fronte del fatto che nell’ordinamento italiano la sanzione per il mancato rispetto delle procedure sindacali, quali specificatamente previste dalla direttiva (che è carente di indicazioni di ordine “sostanziale”), è costituita già da tempo, per tutti i lavoratori coinvolti, indifferentemente dalla data della loro assunzione, da una sanzione comunque indennitaria e forfettizzata e non certo reintegratoria, a mente dell’art. 5, comma 3, l. n. 223/1991 (come modificato dall’art. 2, comma 73, della legge “Fornero” del 28 giugno 2012, n. 92).

4. In relazione alla precedente pronunzia di legittimità costituzionale, si veda almeno M. MAGNANI, *Il “Jobs Act” e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*, in *q. Rivista*, 2019, n. 2, 1-12; in senso fortemente critico quanto alle conclusioni cui è arrivata la Corte si veda G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, relazione alle giornate di studio AIDLASS, Udine, 13-14 giugno 2019, in corso di stampa; sul contratto a termine, da ultimo, si veda SARACINI-ZOPPOLI, *Riforme del lavoro e contratti a termine* (ed ivi in particolare il saggio di M. AIMO) nonché, ma depurato degli argomenti difensivi propri del ruolo avuto nella difesa dei lavoratori, V. DE MICHELE, *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, Working Paper CSDLE “M. D’Antona”.IT, 2019, n. 383; sulle caratteristiche delle pene nel diritto europeo, si veda D. VOZZA, *Le tecniche graduate di armonizzazione delle sanzioni penali nei recenti in-*

terventi dell'Unione europea, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, n. 3, 20 ss.; sulla CSE e sul suo ruolo nelle decisioni giudiziali, inoltre, si veda G. GATTINARA, *L'interazione fra la Corte di Giustizia e i giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale*, in G. GATTINARA, F. PAPPALARDO (a cura di), *L'Europa dei diritti. La Corte di Giustizia e i cittadini dell'Unione*, Donzelli, 2014, 71 ss.; C. PANZERA, *La "voce" del Comitato europeo dei diritti sociali*, in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, 2015, 252 ss.; M. CORTI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nelle fonti dell'OIL*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, n. 2; G. SCURZIO, *Una prospettiva internazionale sulla tutela della stabilità del lavoro*, di prossima pubblicazione in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2019; F. PERRONE, *Il ruolo dell'art. 24 CSE nella sent. 194/2018 della C. costituzionale*, in *Labor*, 2019, n. 2, ed ancora (seppure in relazioni ai rapporti fra UE e OIL), T. TEKLE, *Labour Rights and the Case Law of the European Court of Justice: What Role for International Labour Standards?*, in *ELLJ*, 2018, vol. 9, n. 3, 236 ss.; sulla Carta di Nizza, si veda R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017; ed ancora lo *Studio introduttivo* di A. FULMINI, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione Europea*, Simone, 2012, e già M. NAPOLI (a cura di) *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, Vita e Pensiero, 2004.

Vincenzo Ferrante

Professore ordinario di Diritto del lavoro – Università Cattolica di Milano