

ISSN 2499-4650




VTDL

Diretta da ENRICO GRAGNOLI

3-2019

Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro



G. Giappichelli Editore – Torino

Rivista trimestrale - III - 2019

www.dirittoalavorovariazioni.com

Indice

Index

Il tema

L'Organizzazione Internazionale del Lavoro: strategie, prospettive e strumenti per un nuovo secolo (a cura di Roberta Nunin)

- MARIA DOLORES FERRARA, *Libertà sindacale e tutela internazionale: il ruolo dell'OIL nel centenario della sua fondazione* 743
- VINCENZO FERRANTE, *Il contrasto all'economia informale nel diritto internazionale del lavoro* 771
- CARLA SPINELLI, *International Labour Standard e orario di lavoro: istanze tradizionali e nuovi scenari* 787
- OLIVIA BONARDI, *Dal principio di "eguale salario per lavoro di eguale valore" alla "discriminazione come 'moving target'". Il contributo dell'OIL alla lotta contro le discriminazioni* 799
- ROBERTA NUNIN, *L'OIL e gli strumenti per il contrasto al lavoro minorile: vecchie e nuove strategie nello scenario del lavoro globale* 823
- CRISTINA ALESSI, *L'OIL e la tutela contro il licenziamento illegittimo* 845

Opinioni a confronto

- OMBRETTA DESSÌ, *L'astensione collettiva degli avvocati dalle udienze al vaglio della Corte Costituzionale* 867
- MICHELE PISATI, *Questioni ancora irrisolte in materia di astensione dei difensori dalle udienze penali* 891

Saggi

MAURIZIO BALLISTRERI, <i>“Compenso minimo legale”, subordinazione e contrattazione collettiva</i>	915
DAVIDE CASALE, <i>Il perimetro dei soggetti protetti dall’automaticità delle prestazioni di invalidità, vecchiaia e superstiti</i>	961
<i>Autori</i>	987

L'OIL e la tutela contro il licenziamento illegittimo

The ILO and the protection against unfair dismissals

Cristina Alessi

Professoressa associata di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Brescia

ABSTRACT

Il saggio analizza la disciplina del licenziamento nella convenzione OIL n. 158/1982 e la sua possibile efficacia negli ordinamenti degli Stati aderenti, alla luce degli orientamenti del CEACR e del CEDS, anche in relazione all'art. 24 della Carta Sociale Europea. L'A. si occupa, in particolare, della giustificazione del licenziamento e delle sanzioni applicabili al licenziamento illegittimo, alla luce della giurisprudenza delle corti italiane e francesi più recenti.

Parole chiave: licenziamento – convenzione OIL – Carta Sociale Europea – efficacia – interpretazione

The essay analyzes the regulation of dismissals in the ILO convention n. 158/1982 on termination of employment and its possible effectiveness in the legal systems of the member States, in the light of the guidelines of the CEACR and the CEDS, also in relation to art. 24 of the European Social Charter. The A. deals, in particular, with the justification of the dismissals and the remedies applicable to the unfair dismissal, in the light of the most recent jurisprudence of Italian and French courts.

Keywords: dismissals – ILO convention – European Social Charter – effectiveness – interpretation

SOMMARIO:

1. L'Organizzazione Internazionale del Lavoro e la tutela contro il licenziamento illegittimo: tra convenzione n. 158 e *decent work agenda*. – 2. Il principio della giustificazione del licenziamento. – 3. La questione delle sanzioni per il licenziamento illegittimo. – 3.1. L'art. 10 della convenzione n. 158/1982. – 3.2. L'art. 10 della convenzione n. 158 alla prova della giurisprudenza delle Corti francesi. – 3.3. La Corte Costituzionale italiana tra convenzione OIL e Carta Sociale Europea.

1. *L'Organizzazione Internazionale del Lavoro e la tutela contro il licenziamento illegittimo: tra convenzione n. 158 e decent work agenda*

La recente sentenza della Corte costituzionale italiana in materia di sanzioni contro il licenziamento illegittimo ha riportato all'attenzione degli interpreti il ruolo e la funzione dei principi dell'OIL in materia di lavoro. Sul punto si tornerà più avanti; per il momento, si può anticipare che la questione dell'applicazione della convenzione OIL n. 158/1982, anche nell'interpretazione data dalla stessa Organizzazione attraverso i suoi organi, avrebbe meritato un maggior approfondimento.

Si tratta, certamente, di una questione molto complessa, dal momento che l'introduzione di regole espresse in materia di licenziamento ha visto un'evoluzione piuttosto lenta e ancor oggi oggetto di numerosi contrasti, anche all'interno della stessa Organizzazione, come si vedrà. Lo stato della convenzione, al momento ratificata "solo" da 36 Stati, tra i quali non sono presenti alcuni dei Paesi europei con una legislazione del lavoro molto avanzata, come l'Italia, la Germania e il Belgio, ne è una dimostrazione eclatante.

Eppure la protezione contro il licenziamento illegittimo può essere ricondotta ai diritti fondamentali dei lavoratori, come strumenti necessari al conseguimento della giustizia sociale, che costituisce, come risulta dalla stessa Costituzione dell'OIL, il primario obiettivo dell'Organizzazione¹. La tutela contro il licenziamento, infatti, è finalizzata ad assicurare il godimento dei diritti collegati al rispetto della libertà, della sicurezza e della dignità umana nell'ambito del rapporto di lavoro² ed è dunque una pre-condizione dell'esercizio di detti diritti. Da questo punto di vista, il rapporto elaborato dalla Commissione di esperti sull'applicazione delle convenzioni e delle raccomandazioni (d'ora in avanti CEACR) del 1995 sottolinea con forza come la protezione contro il licenziamento illegittimo attraversi trasversalmente diverse altre convenzioni (alcune delle quali ratificate dall'Italia) considerate "strumenti fondamentali in materia di protezione dei diritti umani"³, come la convenzione n. 98/1949 in

¹J.L. GIL Y GIL, *Il lavoro nella Costituzione e nelle Dichiarazioni dell'OIL*, in M. CORTI (a cura di), *Il lavoro nelle Carte internazionali*, Vita e Pensiero, Milano, 2016, 21 ss.

²Come del resto osservato dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza sull'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015, là dove sottolinea che una tutela adeguata contro i licenziamenti illegittimi è strumentale alla "agibilità" di altri diritti fondamentali. Cfr. Corte Cost. 8 novembre 2018, n. 194, sulla quale si tornerà più avanti.

³COMMISSIONE DI ESPERTI PER L'APPLICAZIONE DELLE CONVENZIONI E DELLE RACCOMANDAZIONI (CEACR), *Protection contre le licenciement injustifié*, Rapporto presentato alla 82ª sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro, Ufficio pubblicazioni dell'OIL, 1995. Il rapporto

materia di organizzazione sindacale e contrattazione collettiva, che peraltro rientra tra quelle considerate fondamentali ai sensi della dichiarazione del 1998⁴.

La tutela contro il licenziamento illegittimo rappresenta inoltre un elemento importante, seppure non centrale⁵, della nozione di lavoro dignitoso, che l'OIL ha posto come obiettivo principale della sua azione negli ultimi anni. In particolare, la formulazione della nozione di lavoro dignitoso è espressa nel Rapporto del 1999⁶ e viene istituzionalizzata nella Dichiarazione del 2008 sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta che, come dice lo stesso preambolo, pone il concetto di lavoro dignitoso “al cuore delle politiche dell’Organizzazione per il raggiungimento dei propri obiettivi costituzionali”⁷. È vero, come è stato segnalato in dottrina, che in quelle sedi la disciplina del licenziamento non è oggetto espresso di attenzione, essendo ricompresa indistintamente nelle “altre condizioni di lavoro”⁸, ma è altrettanto vero che il concetto di lavoro dignitoso implica, secondo quanto risulta dalle dichiarazioni anzidette, il rispetto dei diritti fondamentali sul lavoro, *in primis* la dignità della persona⁹. Gli stessi indicatori individuati per misurare il lavoro dignitoso, dal punto di vista del quadro legale nazionale, fanno riferimento alla normativa in materia di licenziamento e alla sua effettività¹⁰.

individua 9 convenzioni e 7 raccomandazioni direttamente correlate alla tutela contro il licenziamento illegittimo. Sul punto si v. A. PERULLI, V. BRINO, *Manuale di diritto internazionale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2015, 39 ss.; M. CARBONELLI, *La tutela internazionale dei diritti fondamentali del lavoro*, in *Observatório da Jurisdição Constitucional*, 2015, 157 ss.

⁴ Com'è noto, il 18 giugno 1998 l'OIL ha adottato la Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali del lavoro, individuando 8 convenzioni, collegate a detti principi, da considerarsi vincolanti per gli Stati membri a prescindere dalla ratifica. Sul punto si v. J. L. GIL Y GIL, *op. cit.*, 43 ss.

⁵ M. CORTI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nelle fonti dell'OIL*, in *Lav. dir. eur.*, 2019, 3

⁶ OIL, *Rapporto del Direttore Generale: Lavoro dignitoso*, Conferenza Internazionale del Lavoro, 1999, reperibile sul sito www.ilo.org.

⁷ Il collegamento tra la convenzione n. 158/1982, l'Agenda sul lavoro dignitoso e la Dichiarazione dell'OIL sulla globalizzazione giusta del 2008 emerge anche dal *Rapporto finale della Riunione del gruppo tripartito di esperti incaricati di esaminare la Convenzione n. 158 e la Raccomandazione n. 166*, tenutasi a Ginevra tra il 18 e il 21 aprile 2011.

⁸ M. CORTI, *op. cit.*, 4.

⁹ C. PERCHER, *Le concept de travail décent à l'épreuve du droit de l'Union Européenne*, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université Lumière Lyon 2, 2017, spec. 49 ss.

¹⁰ Si v. OIL, *Decent work indicators*, Ufficio Pubblicazioni OIL, 2013.

La questione principale diventa allora quella della vincolatività giuridica dei principi e dei diritti collegati alla dignità della persona e in particolare del diritto al lavoro, del quale la tutela contro i licenziamenti costituisce una componente essenziale. Uno spiraglio in questo senso è stato recentemente aperto dalla Corte Interamericana dei diritti umani, che ha ricavato il diritto alla tutela contro il licenziamento dai diritti contenuti nella convenzione Americana sui diritti umani, in particolare dall'art. 13 sulla libertà di espressione, dall'art. 16 sulla libertà di associazione, letti in connessione con l'art. 26, che obbliga gli Stati aderenti ad attuare progressivamente i diritti economici e sociali¹¹. Per ora di un simile coraggio non sembra aver dato prova né la nostra Corte costituzionale, né la Corte di cassazione francese, per le ragioni che si illustreranno più avanti.

Le premesse appena svolte, sia pure sinteticamente, servono a riconoscere alla convenzione n. 158/1982 dell'OIL una portata maggiore rispetto a quella tradizionale riconosciuta agli strumenti della stessa organizzazione¹², proprio in quanto collegata alla tutela del diritto al lavoro e, più in generale, alla garanzia di effettività di tutti i diritti della persona implicati nel rapporto di lavoro. Come si è accennato, tuttavia, nell'ambito dell'OIL l'approvazione di una convenzione in materia di licenziamento ha seguito un percorso piuttosto accidentato.

Il primo intervento in materia di licenziamento è infatti avvenuto con uno strumento non vincolante, la raccomandazione n. 119/1963, segno questo della difficoltà di trovare ampi consensi su una tema così delicato. La raccomandazione, tuttavia, sembra aver avuto un impatto significativo sui sistemi di relazioni industriali dei Paesi membri, come risulta dal rapporto del Comitato di esperti dell'OIL del 1974¹³, sicché la questione viene riproposta nella Conferenza del 1981 per arrivare all'adozione, nel corso della Conferenza del 1982, della convenzione n. 158 e della Raccomandazione n. 166, che sostituisce la precedente raccomandazione n. 119. La convenzione riprende sostanzialmente i contenuti della Raccomandazione n. 119, consacrando in uno strumento vincolante (sia pure in seguito alla ratifica da parte degli Stati membri) i principi

¹¹ Corte Interamericana dei diritti umani, 31 agosto 2017, *Lagos del Campo vs Peru*. Sulla pronuncia si v. L. PALADINI, *Una nuova tappa nella giurisprudenza della Corte IDH: la giustiziabilità diretta del diritto al lavoro*, in *DPCE online*, 2017, n. 4, 997 ss., reperibile all'indirizzo www.dpceonline.it

¹² A. PERULLI, V. BRINO, *op. cit.*, 40 ss.

¹³ B. NAPIER, *Dismissals – The New Ilo Standards*, in *Ind. law jour.*, 1983, 17 ss.; M. CORTI, *op. cit.*, 7; M.T. CARINCI, *ILO Convention No. 158 on Termination of Employment*, in E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVIER (eds.), *International and European Labour Law*, Hart Publishing, Baden-Baden, 2018, 1149 ss.

della necessaria giustificazione del licenziamento (art. 4), della previsione di sanzioni adeguate alla garanzia dell'effettività della tutela (art. 6), della possibilità di ricorso all'autorità giudiziaria o a un organismo imparziale per la contestazione dell'illegittimità del licenziamento (art. 8), cui si affiancano le procedure da seguire sia nell'ipotesi di licenziamento legato alla condotta del lavoratore (art. 7), sia nell'ipotesi di licenziamenti per ragioni economiche (artt. 13 e 14). Si tratta di disposizioni già presenti in moltissimi ordinamenti europei, ma che in ogni caso assumono, per alcuni aspetti, un carattere innovativo. Si pensi, ad esempio, alla possibilità, prevista dall'art. 2, par. 5, di escludere dall'applicazione della convenzione o di alcune sue disposizioni, previa consultazione con le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, "categorie limitate di lavoratori per i quali si pongono problemi specifici di una certa importanza, tenendo conto delle particolari condizioni di impiego di tali lavoratori, della dimensione dell'impresa nella quale sono assunti o della natura di tale impresa"¹⁴. Una simile esclusione deve poi, ai sensi del par. 6 del medesimo articolo, essere motivata e periodicamente rivista. È appena il caso di ricordare che l'Italia, fino all'approvazione della legge n. 108/1990, ha mantenuto una disciplina che consentiva il recesso *ad nutum* in un numero molto elevato di imprese di piccole dimensioni, attraverso la combinazione delle previsioni dell'art. 11 della legge n. 604/1966 e dell'art. 35 Stat. lav.¹⁵. Questa può essere considerata una delle ragioni che hanno impedito, almeno in un primo momento, la ratifica della convenzione da parte del nostro Paese; per il periodo successivo al 1990, invece, non se ne comprende la motivazione; neppure l'idea per la quale il nostro (così come altri ordinamenti) deve considerarsi già pienamente conforme alle previsioni della convenzione risulta, come del resto sottolineato in dottrina, convincente¹⁶.

¹⁴ Com'è noto, sulla base di detta previsione è stato ritenuto contrario alla convenzione n. 158 il *Contrat Nouvelle Embauche* francese, che consentiva di escludere la tutela contro il licenziamento illegittimo per i primi due anni. Sul punto si v. M.T. CARINCI, *op. cit.*, 1154 ss.; S. NADALET, *L'applicazione dell'art. 24 della Carta sociale Europea: il punto di vista dell'ordinamento francese*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta Sociale Europea?*, in *Forum Quad. Cost.*, 2018, 123 ss. (il volume è reperibile all'indirizzo <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/07/atti-convegno-jobs-act.pdf>).

¹⁵ Sul punto si rinvia alle osservazioni di M. ROCCELLA, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, 8, 9 ss.

¹⁶ Si v. le osservazioni svolte da M. CORTI, *op. cit.*, 22; M.T. CARINCI, *ILO Convention No. 158 on Termination of Employment*, cit., 1149 ss., sottolinea che la convenzione confligge con "l'imperativo categorico" della flessibilità, imponendo principi immodificabili e costosi per i datori di lavoro.

2. Il principio della giustificazione del licenziamento

La previsione cardine della convenzione è senza dubbio il principio della necessaria giustificazione nel licenziamento¹⁷, già riconosciuto nella Raccomandazione n. 119/1963 e ripreso nei medesimi termini dalla Carta Sociale Europea (d'ora in avanti CSE). Si può anticipare che tra gli interventi dell'OIL sui licenziamenti e la CSE, come si vedrà, esiste un rapporto di influenza reciproca, anche quanto alla loro interpretazione, che deve essere sempre tenuto presente nell'affrontare la questione della loro portata giuridica¹⁸.

L'art. 4 della convenzione stabilisce infatti che i lavoratori non possono essere licenziati senza che sussista un motivo legato all'attitudine o alla condotta del lavoratore o fondato sulla necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento e del servizio, gli stessi presupposti previsti dall'art. 24 della CSE¹⁹. Il rapporto del CEACR precisa altresì che la previsione esclude che il preavviso di licenziamento possa sostituire la giustificazione, come avveniva del resto in Italia nelle ipotesi in cui continuava ad applicarsi il recesso *ad nutum*²⁰. La convenzione, insomma, non consente che la previsione della corresponsione di una somma a titolo di preavviso, ma anche altre forme di indennizzo previste dalle legislazioni nazionali in caso di licenziamento, nonché eventuali forme di protezione del reddito per il periodo di disoccupazione, possano sostituire la giustificazione del licenziamento, per la quale è prevista una sanzione distinta, come si può ricavare dalla combinazione delle previsioni degli artt. 10, 11 e 12 della convenzione. Una simile osservazione porta ad concludere, tra l'altro, che nella valutazione dell'adeguatezza delle sanzioni previste per il licenziamento illegittimo non possa avere rilievo alcuno l'attribuzione al lavoratore di somme e altri benefici in relazione alla cessazione del rapporto di lavoro, dal momento che detti benefici hanno causa e titolo diversi (si pensi alla competenza di fine rapporto, alla possibile percezione di un'indennità legata alla disoccupazione, ecc.). Sul punto si tornerà più avanti; si può però fin d'ora osservare come il principio della necessaria giustificazione del licenziamento sia volto a presidiare diritti fondamentali del la-

¹⁷ Il CEACR lo qualifica come “pietra angolare” delle disposizioni della convenzione: si v. il rapporto CEACR, *Protection contre le licenciement injustifié*, 1995, 35 (punto 75).

¹⁸ M. SCHMITT, Sub art. 24, in N. BRUUN, K. LORCHER, I. SCHOMANN, S. CLAUWERT S. (eds.), *The European Social Charter and the employment relation*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 415 ss.

¹⁹ M. CORTI, *op. cit.*, 20

²⁰ CEACR, *Protection contre le licenciement injustifié*, 1995, 35.

voratore, primo tra tutti il diritto al lavoro, e abbia la funzione, tra l'altro, di rimediare, per questo aspetto, al disequilibrio di fatto esistente nel rapporto di lavoro subordinato²¹. Non a caso, il principio in parola si è progressivamente affermato in tutte la Carte dei diritti fondamentali sul lavoro, a partire dalla CSE fino ad arrivare alla Carta di Nizza.

La convenzione n. 158/1982 limita la possibilità di giustificare il licenziamento ai motivi legati all'attitudine o alla condotta del lavoratore, per quanto riguarda le ragioni soggettive, e alle necessità di funzionamento dell'impresa, per quanto attiene alle ragioni oggettive. La formulazione è naturalmente molto ampia, anche per rispettare le specificità nazionali, ma lo studio condotto sulla legislazione in materia di numerosi Paesi aderenti all'OIL fornisce indicazioni sul significato di ciascuno dei termini utilizzati dalla norma. È interessante notare come lo studio distingua i casi di inattitudine professionale e quelli legati alle mancanze del lavoratore²², arrivando a valutare anche la possibile rilevanza di comportamenti estranei alla corretta esecuzione della prestazione lavorativa, ivi compresi quelli sanzionati penalmente, suggerendo, in quest'ultimo caso, che la soluzione preferibile sia la sospensione del rapporto di lavoro, in modo da aiutare il lavoratore "a riprendere una vita normale una volta scontata la pena"²³. Si tratta di una posizione decisamente progressista, che assegna peraltro al lavoro una funzione rieducativa e di reinserimento nella società. Da questo punto di vista, la previsione dell'art. 102-*bis* delle disposizioni di attuazione del Codice di Procedura Penale italiano, che riconosce il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro nel caso di *ingiusta* detenzione, costituisce solo un timido passo nella direzione indicata.

In un altro passaggio, lo stesso studio aggiunge che, essendo il licenziamento la più grave delle sanzioni, il datore di lavoro dovrebbe considerare la possibilità di ricorrere alle altre sanzioni conservative prima di utilizzare quest'ultima²⁴. Non è difficile intravedere in questi passaggi alcune delle questioni che sono state oggetto di attenzione nel nostro ordinamento; si pensi alla giurisprudenza sulla nozione di giusta causa di licenziamento e al dibattito, mai sopito, sul licenziamento come *extrema ratio*.

²¹ Si vv. sul punto le osservazioni di V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 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?*, Ediesse, Roma, 2019, 56 ss.; A. PERULLI, *Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2019, 339 ss.

²² Sul punto si vv. le osservazioni di M. CORTI, *op. cit.*, 5 ss.

²³ CEACR, *Protection contre le licenciement injustifié*, 42, punto 92.

²⁴ CEACR, *Protection contre le licenciement injustifié*, 42, punto 93.

La convenzione esclude, poi, la possibilità di giustificare un licenziamento per motivi legati all'attività sindacale, al sesso, alla razza, alla gravidanza e allo stato matrimoniale, alla religione, alle opinioni politiche, alla nazionalità o all'origine sociale, così come all'assenza dal lavoro durante la maternità. Si tratta delle classiche ragioni discriminatorie, tra le quali non compare (ancora) la disabilità²⁵, ma fa il suo ingresso il motivo ritorsivo, là dove la convenzione si riferisce al fatto di "aver presentato un'istanza o partecipato a procedure avviate contro il datore di lavoro in ragione di presunte violazioni della legislazione, o presentato un ricorso alle autorità amministrative competenti". Anche per questo aspetto si conferma la stretta connessione esistente tra la tutela contro il licenziamento illegittimo e la garanzia dell'effettività dei diritti fondamentali sul lavoro riconosciuti dalle altre convenzioni dell'OIL, in particolare la convenzione n. 111/1958 sulla discriminazione in materia di impiego.

Tra le ragioni che possono giustificare un licenziamento assumono particolare rilievo quelle di carattere oggettivo, legate cioè alle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio, per le quali la convenzione prevede una procedura di informazione e consultazione con i rappresentanti dei lavoratori (art. 13) e la notifica all'autorità competente (art. 14), permettendo tuttavia agli Stati aderenti di limitare questi ultimi due obblighi alle ipotesi in cui il licenziamento interessi un certo numero o una certa percentuale del personale²⁶. Un simile approccio costituisce una conferma della assoluta coincidenza della nozione di ragioni giustificative di carattere economico del licenziamento individuale e del licenziamento collettivo, questione che ha per anni impegnato la dottrina e la giurisprudenza italiana. Secondo il Rapporto, dunque, la definizione più ampia delle ragioni giustificative in parola è quella che fa riferimento ai motivi "non inerenti la persona del lavoratore", definizione del resto fatta propria anche dalla dir. 75/129/CE, successivamente sostituita dalla dir. 98/59/CE. La nozione di licenziamento per ragioni economiche che emerge dalla convenzione, alla luce dell'interpretazione datane nel più volte citato rapporto del CEACR, è inoltre del tutto indipendente dalla condizione di crisi, essendo invece legata

²⁵ Il rapporto del 1995, tuttavia, precisa che la lista contenuta nell'art. 5 è una lista aperta, suscettibile dunque di integrazione, come si comprende dalla presenza dell'avverbio "in particolare" in apertura. Si v. CEACR, *Protection contre le licenciement injustifié*, 45, punto 101

²⁶ Sugli aspetti procedurali si v. M. CORTI, *op. cit.*, 12 ss.; S. TOZZOLI, *Il licenziamento individuale nelle fonti internazionali e comunitarie*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 173 ss.; M.T. CARINCI, *op. cit.*, 1166 ss.

alle “necessità di funzionamento dell’impresa”, che possono giustificare la riduzione del numero dei dipendenti anche in condizioni di buon andamento dell’attività produttiva. In Italia il dibattito si è riaperto a seguito della sentenza della Corte di Cassazione n. 25201/2016, che ha ritenuto meritevole di considerazione, ai fini della legittimità del licenziamento per ragioni economiche, “l’obiettivo aziendale di salvaguardare la competitività nel settore nel quale si svolge l’attività dell’impresa attraverso le modalità, e quindi la combinazione dei fattori della produzione, ritenute più opportune dal soggetto che ne assume la responsabilità anche in termini di rischio e di conseguenze patrimoniali pregiudizievoli”²⁷, con ciò ammettendo la possibilità di procedere al licenziamento anche in caso in cui l’impresa sia complessivamente produttiva. Non è possibile, in questa sede, dare conto compiutamente del dibattito, che vede fronteggiarsi posizioni antitetiche²⁸; si può solo osservare che l’adesione all’impostazione propugnata dalla Cassazione, del resto non nuova²⁹, non significa svuotare di contenuto il controllo del giudice sulla sussistenza e sull’effettività della scelta organizzativa e sul nesso causale che la lega alla soppressione del posto di lavoro. In tal senso depone anche il rapporto del CEACR che, dopo aver ricordato che le ragioni del licenziamento possono essere le più diverse, precisa tuttavia che il licenziamento deve basarsi su un motivo valido e che “il datore di lavoro dovrà ricorrere al licenziamento solo come ultima istanza”³⁰, anche perché, come segnalato anche in dottrina, “non appare ricorrente o plausibile che un imprenditore avveduto consideri la soppressione di posto, implicante il licenziamento di

²⁷ Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 743, con commento di M. PALLINI. Sulla sentenza si v. B. CARUSO, *La fattispecie «giustificato motivo oggettivo» di licenziamento tra storia e attualità*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona».IT*, n. 323/2017, spec. 9 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo «organizzativo»: la fattispecie*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D’Antona».IT*, n. 317/2016; M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità del punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, I, 133 ss.; P. ICHINO, *Sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, 545 ss.

²⁸ Si vv., ad esempio, le critiche rivolte da P. ICHINO, cit., *passim*, alla posizione di V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o “normale” licenziamento economico?*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, 142 ss.

²⁹ Che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo possa avvenire anche per ragioni diverse dalla crisi dell’impresa, come nel caso dei c.d. licenziamenti “tecnologici”, è una posizione sostenuta da tempo in dottrina. Si vv. ad esempio M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980, spec. 330 ss.; B. CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo” di licenziamento tra storia e attualità*, cit., 10 ss.

³⁰ CEACR, *Protection contre le licenciement injustifié*, 113, punto 276 e 128, punto 320.

una persona, una scelta aziendale di ordinaria amministrazione, fisiologica, routinaria, e come altre”³¹. In senso analogo, peraltro, si esprime il Rapporto del CEACR, là dove osserva che le misure volte a evitare i licenziamenti per ragioni economiche sono anche nell’interesse dell’impresa “perché permettono di salvaguardare l’investimento, talvolta considerevole, rappresentato dalle competenze e dall’esperienza del personale”³².

3. La questione delle sanzioni per il licenziamento illegittimo

3.1. L’art. 10 della convenzione n. 158/1982

La previsione senz’altro più discussa della convenzione n. 158/1982 è quella contenuta nell’art. 10, che obbliga gli Stati aderenti a prevedere sanzioni adeguate in caso di licenziamento illegittimo. La disposizione, di recente oggetto di due importanti pronunce della nostra Corte costituzionale e della Corte di Cassazione francese in materia di licenziamento, è formulata in termini analoghi all’art. 24 della CSE e prevede il diritto dei lavoratori ingiustamente licenziati a “un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata”. Rispetto all’art. 24 della CSE, l’art. 10 precisa che le suddette conseguenze devono applicarsi se gli organi giurisdizionali o amministrativi degli Stati aderenti “non hanno il potere di annullare il licenziamento e/o di ordinare o proporre la reintegrazione del lavoratore”. Sebbene gli Stati aderenti abbiano la possibilità di scegliere il rimedio applicabile in caso di illegittimità del licenziamento³³, non c’è dubbio che la convenzione privilegi la sanzione della reintegrazione o della ricostituzione del rapporto di lavoro conseguente all’annullamento del licenziamento, come si legge anche nel rapporto del CEACR³⁴ che sottolinea, peraltro, come nel caso di previsione di un’indennità risarcitoria questa debba essere distinta dalle altre spettanze di fine rapporto e che, nel caso di violazione dei diritti fondamentali della persona, detta indennità debba avere come obiettivo la riparazione integrale del danno subito dal lavoratore³⁵. Una simile posizione ha influenzato anche l’interpretazione dell’art. 24 della CSE, in

³¹ B. CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo” di licenziamento tra storia e attualità*, cit., 23.

³² CEACR, *Protection contre le licenciement injustifié*, 128, punto 320.

³³ M. CORTI, *op. cit.*, 16

³⁴ CEACR, *Protection contre le licenciement injustifié*, 88, punto 218.

³⁵ CEACR, *Protection contre le licenciement injustifié*, 93, punto 232.

particolare nel caso *Finnish Society*³⁶, sul quale si tornerà a breve. Per il momento si può segnalare come il rapporto tra i due provvedimenti sia, anche alla luce della recente giurisprudenza, sempre più stretto.

3.2. *L'art. 10 della convenzione n. 158 alla prova della giurisprudenza delle Corti francesi*

L'applicazione dell'art. 10 della convenzione n. 158/1982 è stata oggetto di una recente sentenza della Corte costituzionale italiana e di una sentenza della *Cour de Cassation* francese in materia di indennità conseguenti al licenziamento illegittimo. La questione posta aveva ad oggetto, in entrambi i casi, la determinazione delle somme da corrispondere al lavoratore nel caso di accertamento del licenziamento ingiustificato e la comparazione tra le conclusioni cui pervengono i giudicanti è particolarmente interessante perché nel caso italiano la convenzione n. 158/1982 non è stata ratificata, mentre la Francia l'ha ratificata il 16 marzo 1989.

Per meglio comprendere la portata delle pronunce in parola è opportuno riepilogare brevemente i termini della questione.

Per quanto riguarda l'Italia, oggetto di contestazione è stata la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 23/2015 che, com'è noto, ha ridotto ulteriormente l'ambito di applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro nel caso di licenziamento ingiustificato, già confinata a poche ipotesi, peraltro di non facile interpretazione, dalla legge n. 92/2012. La previsione senz'altro più discussa del d.lgs. n. 23/2015 è quella che quantifica l'indennità dovuta in caso di licenziamento ingiustificato in due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, con un minimo di 4 e un massimo di 24 mensilità, elevate a 6 e 36, nelle more del giudizio davanti alla Corte Costituzionale, dal c.d. Decreto Dignità (d.l. n. 86/2018, conv. in legge n. 97/2018).

In Francia la riforma della disciplina del licenziamento individuale introdotta dal Governo Macron ha viaggiato, per questo aspetto, su binari paralleli³⁷. L'ordinanza n. 2017-1387 del 22 settembre 2017, ratificata dalla legge n. 217/2018 del 29 marzo 2018 ha modificato l'art. L. 1235-3 del Code du travail, introducendo una forfettizzazione (*barémisation*) dell'indennità dovuta nel caso di licenziamento illegittimo³⁸, per l'ipotesi in cui le parti non si ac-

³⁶COMITATO EUROPEO DEI DIRITTI SOCIALI, 8 settembre 2016, Complaint n. 106/2014, *Finnish society v. Finland*.

³⁷Per un'analisi delle divergenze e delle convergenze delle riforme introdotte in Francia e in Italia si v. A. PERULLI, *Les ordonnances Macron et le Jobs Act: valeurs et fonctions dans le nouveau paradigme du droit du travail*, in *Dr. Soc.*, 2018, 1, 86 ss.

³⁸Sulla questione si v. T. SACHS, *Le barème d'indemnisation du licenciement injustifié*:

cordino sulla reintegrazione nel posto di lavoro³⁹, calcolata in ragione dell'anzianità di servizio del lavoratore e delle dimensioni dell'impresa⁴⁰, tenendo conto, ove il giudice lo ritenga opportuno, delle somme versate in occasione della cessazione del contratto di lavoro. La previsione non si applica nei casi di nullità del licenziamento per una delle ragioni indicate dall'art. L. 1235-3-1 Code du Travail, che comprendono i motivi discriminatori e ritorsivi. La disciplina così introdotta è stata peraltro giudicata conforme alla Costituzione e alle norme internazionali dal Consiglio di Stato⁴¹ e dal Conseil constitutionnel⁴². La decisione del Consiglio di Stato è particolarmente interessante in questa sede perché prende espressamente in considerazione il possibile contrasto della *barémisation* con la convenzione OIL n. 158/1982 e con la CSE, escludendolo con una motivazione che si presta a più di una critica, alla luce delle osservazioni svolte in queste pagine⁴³.

l'épreuve (fatidique) du droit international et comparé, in *Rev. droit trav.*, 2018, 802 ss.; sulla riforma della disciplina del licenziamento dopo le *ordonnances* Macron si v. i saggi di A. FABRE, J. MOULY, G. COUTURIER e P. MORVAN, in *Dr. Soc.*, 2018, 4 ss.

³⁹ In Francia, sempre ai sensi dell'art. L. 1235-3, la reintegrazione nel posto di lavoro non può essere disposta dal giudice se una delle parti si oppone.

⁴⁰ La misura massima dell'indennità è pari a una mensilità di retribuzione lorda per i lavoratori che hanno meno di un anno di anzianità e arriva fino a 20 mensilità per i lavoratori che hanno almeno 29 anni di anzianità. Per fare un esempio, un lavoratore con 5 anni di anzianità ha diritto a un'indennità compresa tra 3 e sei mensilità, se occupato in un'impresa con più di 11 dipendenti. Per le imprese minori l'indennità minima (ma non la massima) è ridotta, arrivando al massimo a 2,5 mensilità (per i lavoratori con almeno 9 anni di anzianità), mentre per le imprese più grandi la misura minima dell'indennità è pari a tre mensilità a partire dal secondo anno di anzianità di servizio. Si v. in proposito A. TURSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e "decreto dignità")*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 258 ss.

⁴¹ Conseil d'Etat 7 dicembre 2017, n. 415243, reperibile sul sito www.legifrance.gouv.fr. Il Consiglio si è pronunciato sulla base di un ricorso presentato dalla CGT (Confédération Générale du Travail).

⁴² Conseil constitutionnel 7 settembre 2017, n. 2017-751 DC, reperibile sul sito www.conseilconstitutionnel.fr. Com'è noto, il Conseil constitutionnel effettua un controllo di costituzionalità preventiva delle leggi e dei decreti, a differenza di quanto succede in Italia. Sulla decisione richiamata si v. V. BERNAUD, *Le Conseil constitutionnel valide pour l'essentiel la loi portant ratification des ordonnances réformant le code du travail*, in *Dr. Soc.*, 2018, 6, 493 ss. Il Conseil constitutionnel ha poi considerato conforme alla Costituzione anche la legge di ratifica delle ordinanze: cfr. Conseil constitutionnel Cons. const. 21 marzo 2018, n. 2018-761 DC, reperibile sul sito www.conseilconstitutionnel.fr.

⁴³ Segnala come il Consiglio di Stato, in questa decisione, abbia mutato la propria impostazione rispetto alla portata delle norme internazionali nell'ordinamento interno S. NADALET, *op. cit.*, 125 ss.

In primo luogo, il Consiglio di Stato ritiene che né la convenzione, né la CSE, anche alla luce dell'interpretazione datane dal Comitato Europeo per i Diritti Sociali (d'ora in avanti CEDS), vietino allo Stato di prevedere indennità inferiori a 24 mesi di retribuzione e osserva, altresì, che la possibilità di superare i limiti stabiliti dall'art. L. 1235-3-1 è espressamente prevista per i licenziamenti nulli per ragioni discriminatorie o ritorsive (punto 6 della decisione). Inoltre, prosegue il Consiglio, la riduzione della somma da corrispondere al lavoratore in relazione al carattere ingiustificato del licenziamento a fronte delle altre indennità dovute per la cessazione del rapporto di lavoro è solo un'eventualità, dal momento che il giudice può decidere diversamente (punto 7). In verità, la lettura della decisione del CEDS nel caso *Finnish Society* sembra far concludere diversamente⁴⁴. In primo luogo, il Comitato sottolinea che la previsione di un massimo di 24 mensilità quale risarcimento per il licenziamento ingiustificato “può non essere sufficiente a compensare le perdite e i danni sofferti”⁴⁵ dal lavoratore e che il fatto che detta indennità possa essere elevata in caso di licenziamento discriminatorio non esclude la contrarietà alla CSE (e dunque alla convenzione n. 158/1982), dal momento che priva di adeguata tutela i lavoratori vittime di licenziamenti non ricollegabili a ragioni discriminatorie⁴⁶.

Quanto al fatto che l'importo da corrispondere al lavoratore possa essere ridotto, sia pure a discrezione del giudice, occorre ricordare che la convenzione, secondo l'interpretazione datane dal CEACR, esclude l'indennità per il licenziamento ingiustificato possa assorbire le somme dovute a titolo di competenze di fine rapporto (si v. *supra*). Anche per questo profilo, dunque, la decisione del Consiglio di Stato sembra non tenere adeguatamente conto dell'elaborazione dell'interpretazione della convenzione e della CSE da parte dei Comitati di esperti competenti.

La storia successiva alle pronunce citate ci consegna una parte della giurisprudenza di merito risolta ad affrancarsi dalle strettoie imposte dai barèmes. Invocando la convenzione n. 158/1982 e la CSE, diversi giudici di merito⁴⁷

⁴⁴ Sulla decisione si vv. le osservazioni di T. SACHS, *Le controle de conventionnalité peut-il crever le plafond?*, in *Bull. joly trav.*, 2019, 40 ss.; G. LOISEAU, *Le contrôle de conventionnalité du barème d'indemnité de licenciement*, *ibidem*, 49 ss.

⁴⁵ CEDS, 8 settembre 2016, Complaint n. 106/2014, *Finnish society v. Finland*, punto 49: “The Committee considers that in some cases of unfair dismissal an award of compensation of 24 months as provided for under the Employment Contracts Act may not be sufficient to make good the loss and damage suffered”.

⁴⁶ CEDS, 8 settembre 2016, Complaint n. 106/2014, *Finnish society v. Finland*, punti 51, 52 e 53.

⁴⁷ A fare da apripista è stato Conseil des Prud'hommes Troyes 13 settembre 2018, n.

hanno rifiutato di applicare le previsioni dell'art. 1235-3-1 Code du travail⁴⁸, ritenendole in contrasto con l'art. 10 della convenzione e con l'art. 24 della CSE. Sulla posizione dei giudici, peraltro, pare aver influito la decisione della nostra Corte costituzionale in materia di contratto a tutele crescenti, in particolare per quanto riguarda il riconoscimento dell'efficacia della CSE⁴⁹.

La questione è stata dunque portata all'attenzione della Corte di cassazione dal Conseil de prud'homes de Louviers (10 aprile 2019) e dal Conseil de prud'homes de Toulouse (4 aprile 2019) che ha richiesto di pronunciarsi sulla conformità dell'art. L. 1235-3-1 Code du Travail agli obblighi internazionali, in particolare a quelli derivanti dalla CSE e dalla convenzione OIL n. 158 del 1982. La Corte si è pronunciata il 17 luglio 2019⁵⁰ con una sentenza che, quanto al contenuto, appare speculare, per alcuni profili, a quella della nostra Corte costituzionale, arrivando però a un risultato opposto. Secondo la Corte, in particolare, mentre la CSE non può avere effetto diretto⁵¹, dal momento che si rivolge agli Stati membri del Consiglio d'Europa, la convenzione OIL, essendo stata ratificata, produce effetti nei confronti dei singoli. Le disposizioni dell'art. L. 1235-3-1 del Code du Travail, tuttavia, non possono considerarsi in contrasto con la convenzione, poiché il termine "indennizzo adeguato" lascia agli Stati aderenti un margine di apprezzamento importante quanto alle misure da adottare in materia. La sentenza, senz'altro sorprendente alla luce delle osservazioni svolte sull'interpretazione della convenzione da parte del CEACR,

F18/00418; più di recente si v. Cons. Prud'homes Longjumeau, 14 giugno 2019, n. 18/00391. Per una sintesi del dibattito in giurisprudenza si v. M. PEYRONNET, *Conseils de prud'homes: conventionnalité (ou non) du plafonnement des indemnités de licenciement?*, in *Dalloz act.*, 4 febbraio 2019.

⁴⁸ Sul punto si v. P. LOCKIEC, *Barèmes d'indemnisation en cas de licenciement abusif: la résistance des juges*, in *Rec. Dalloz*, 2019, 248 ss.; T. SACHS, *Le contrôle ...*, cit., 41; A. GARDIN, J.-P. LHEMOULD, *Le barème d'indemnisation du licenciement face au droit européen et international. Le coeur et la raison*, in *Rev. juris. soc.*, 2019, 5, 353 ss.

⁴⁹ In questo senso T. SACHS, *Le contrôle ...*, cit., 41.

⁵⁰ Cour de Cassation, Ass. Plénière, 17 luglio 2019, n. 19-70.010, reperibile all'indirizzo www.courdecassation.fr.

⁵¹ Non è possibile analizzare, in questa sede, la complessa questione dell'effetto diretto delle disposizioni della CSE: sul punto si v. le osservazioni di T. SACHS, *Le contrôle ...*, cit., 42 ss.; P. LOI, *La Carta Sociale Europea: uno strumento ancora vitale per la tutela dei diritti sociali fondamentali*, in M. CORTI (a cura di), *Il lavoro nelle Carte internazionali*, Vita e Pensiero, Milano, 2016, 105 ss.; F. OLIVIERI, *la Carta Sociale Europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 509 ss.; G. FONTANA, *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*.IT, n. 132/2016.

è piuttosto laconica sul punto; per comprendere meglio le ragioni di una simile posizione è illuminante la lettura delle conclusioni dell'avvocato generale, che partono proprio da quell'interpretazione. In primo luogo, secondo l'avvocato generale, né la convenzione, né l'interpretazione datane dal CEACR possono condurre alla conclusione per cui al lavoratore deve necessariamente essere riconosciuto il ristoro integrale del danno subito a seguito del licenziamento illegittimo⁵². In secondo luogo, l'adeguatezza delle sanzioni deve essere valutata guardando al sistema nel suo complesso⁵³, sistema che comprende la possibilità di reintegrazione, il superamento dei limiti al risarcimento in caso di licenziamento discriminatorio e le altre sanzioni previste a carico del datore di lavoro.

A questo punto, verrebbe spontaneo mettere la parola fine; al contrario, sulla tenuta della posizione assunta dalla Corte gravano ancora alcune incognite. La prima deriva dal reclamo presentato dalla CGT-Force Ouvrière al CEDS contro la Francia per violazione dell'art. 24 della CSE e dell'art. 10 della convenzione n. 158/1982⁵⁴, sul quale il CEDS dovrà pronunciarsi; la seconda deriva dall'effetto che la sentenza della Corte di cassazione avrà sui giudici di merito. Se, da un lato, i giudici di prima istanza sembrano non volersi adeguare alle indicazioni della Corte⁵⁵, dall'altra resta il dubbio su quale posizione assumeranno i giudici d'appello. Attualmente risultano pendenti almeno due controversie, una davanti alla Corte d'Appello di Parigi e l'altra avanti quella di Reims⁵⁶, dall'esito ancora incerto.

⁵² Si vv. le conclusioni dell'avv. generale C. COURCOL-BOUCHARD, 17, reperibili all'indirizzo www.courdecassation.fr. Su questo profilo si vv. le osservazioni di G. LOISEAU, *op. cit.*, 50 ss., che segnala come nel diritto francese il principio del ristoro integrale del danno non abbia copertura costituzionale e, dunque, "occorra pensarci due volte" prima di introdurlo sotto forma di adempimento di un obbligo internazionale; in senso contrario J. MOULY, *La barémisation des indemnités prud'homales: un premier pas vers l'inconventionnalité?*, in *Dr. soc.*, 2019, 122.

⁵³ «Ce n'est pas le barème qui devrait satisfaire à l'exigence portée par l'article 10 mais le système de sanction du licenciement prononcé pour un motif injustifié ou illicite dans son ensemble»: conclusioni Avv. Generale, 19.

⁵⁴ Reclamo n. 171/2018 Confédération générale du Travail (CGT) vs France, presentato il 7 settembre 2018 e dichiarato ammissibile in data 3 luglio 2019. In seguito alle pronunce dei giudici di merito citate nel testo sono stati depositati altri reclami aventi ad oggetto la disciplina del licenziamento illegittimo da parte di organismi locali della CGT.

⁵⁵ Cons. Prud'hommes Grenoble, 22 luglio 2019, n. 18/00267, pubblicata pochi giorni dopo la pronuncia della Cassazione. Sul punto si v. T. COUSTET, *Macron: Grenoble résiste à l'avis de la Cour de cassation*, in *Dalloz act.*, 24 luglio 2019, che sottolinea come la decisione della Corte di Cassazione abbia semplicemente un valore indicativo.

⁵⁶ Si v. T. COUSTET, *Le barème Macron suspendu à la décision de la cour d'appel de Paris*,

3.3. *La Corte Costituzionale italiana tra convenzione OIL e Carta Sociale Europea*

La sentenza della Corte Costituzionale italiana sull'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015 è stata oggetto di grande attenzione, come si è visto, da parte della dottrina francese soprattutto per la posizione assunta in relazione alla CSE, ma anche per non aver ritenuto applicabile la convenzione n. 158/1982 dell'OIL esclusivamente a causa della mancata ratifica da parte dell'Italia.

La pronuncia è stata approfonditamente analizzata dalla dottrina italiana⁵⁷; in questa sede è però opportuno svolgere alcune considerazioni sulla portata della convenzione per l'ordinamento italiano.

Com'è noto, nella valutazione della legittimità costituzionale dell'art. 3, la Corte esamina anzitutto l'efficacia delle norme che potrebbero venire in considerazione. Il giudice rimettente⁵⁸, infatti, aveva individuato come possibili riferimenti la convenzione n. 158/1982 dell'OIL, l'art. 24 CSE e l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, in relazione agli artt. 76 e 117 della Costituzione italiana, che impongono allo Stato di esercitare il potere legislativo nel rispetto, oltre che delle norme costituzionali, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Tutti gli atti appena citati prevedono, come si è detto, il diritto dei lavoratori alla giustificazione del licenziamento e a un congruo indennizzo o altra forma di riparazione in caso di licenziamento ingiustificato.

In particolare, la convenzione n. 158/1982, così come interpretata dal CEACR, privilegia, come si è visto, la reintegrazione nel posto di lavoro o, in subordine, una sanzione economica effettiva, cioè "idonea a garantire un risto-

in *Dalloz act.*, 23 maggio 2019 e ID., *Barème Macron: la cour d'appel de Reims se prononcera le 25 septembre, ibidem*, 19 giugno 2019.

⁵⁷ Si vv., ad esempio, oltre agli Autori già citati, i commenti di A. BOLLANI, A. MARESCA, P. TOSI, A. TURSI, L. ZOPPOLI, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 214 ss.; i saggi e gli interventi pubblicati in A. ANDREONI, L. FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, Roma, 2019; V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 3 ss.; M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *Lav. dir.*, 2019, 243 ss.; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act" e oltre*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT*, n. 378/2018; M. MAGNANI, *Il "Jobs Act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su Corte cost. n. 194/2018*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 2.

⁵⁸ La questione di costituzionalità è stata sollevata dal Tribunale di Roma con l'ordinanza 26 luglio 2017, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 333 ss., con commento di V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*.

ro effettivo e adeguato del danno subito dal lavoratore in conseguenza della lesione del suo diritto fondamentale”.

La Corte sottolinea però che la convenzione n. 158/1982 non è stata ratificata dall'Italia e, pertanto, non può considerarsi applicabile al giudizio perché la sua osservanza non può considerarsi oggetto di un “obbligo internazionale”. In realtà, la questione è molto più complessa, dal momento che sull'efficacia delle convenzioni OIL non ratificate il dibattito è tuttora aperto⁵⁹; vi sono infatti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che ne hanno riconosciuto il valore ai fini dell'interpretazione del diritto interno, come Demir⁶⁰. Si potrebbe sostenere, quanto meno, che le convenzioni (e l'interpretazione che di esse abbiano dato gli organi dell'OIL) possano essere utilizzate in funzione interpretativa del diritto interno, là dove lo Stato abbia adottato una regolamentazione nelle materie oggetto delle convenzioni medesime. In questo senso, peraltro, depongono le Note sulla convenzione n. 158 e sulla raccomandazione n. 166 elaborate dal CEACR nel 2009⁶¹ che, nell'esaminare l'utilizzo della convenzione da parte dei tribunali dei Paesi che non l'avevano ratificata, osserva che la convenzione e il rapporto elaborato nel 1995 dallo stesso CEACR hanno costituito importanti criteri di interpretazione del diritto interno.

Si può segnalare che, in ogni caso, il controllo dell'OIL sull'attuazione delle convenzioni si svolge anche in relazione a quelle non ratificate, secondo quanto dispone l'art. 19, par. 5, lett. E) della Costituzione dell'OIL, che obbliga gli Stati aderenti a fare rapporto al Direttore Generale sullo stato della sua legislazione e sulla sua prassi per quanto riguarda la questione che è oggetto della convenzione, precisando in che misura “è stato dato seguito o si intende dare seguito alle disposizioni della convenzione” in campo legislativo, amministrativo o attraverso la contrattazione collettiva, specificando anche le difficoltà che impediscono o ritardano la ratifica della convenzione medesima⁶². Anche sotto questo profilo, dunque, le convenzioni non ratificate dispiegano alcuni effetti giuridici, quanto meno in termini di obbligo degli stati di motivarne la mancata adozione.

⁵⁹ Si v. le osservazioni di S. BORELLI, M. ROCCA, *E all'improvviso quel silenzio tra noi. Storie di dialoghi interrotti tra corti nazionali e sovranazionali*, in *Lav. dir.*, 2018, 171 ss.

⁶⁰ CEDU 12 novembre 2008, *Demir e Baykara*; sulla sentenza si v. K.D. EWING, J. HENDY, *The dramatic implications of Demir and Baykara*, in *Ind. law jour.*, 2010, 2 ss.

⁶¹ CEACR, *Note sur la convention n. 158/1982 et la recommandation n. 166 sur le licenciement*, CEACR09-2009-02-0243-01-Fr.doc/v.2, reperibile sul sito www.ilo.org.

⁶² Sul punto si v. C. DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Giuffrè, Milano, 2007, 110 ss.; A. PERULLI, V. BRINO, *Manuale di diritto internazionale del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2015, 37 ss.

È probabile che la Corte Costituzionale non abbia ritenuto opportuno adentrarsi in un campo così irto di ostacoli, avendo a disposizione il ben più solido appoggio della CSE⁶³. Il discorso cambia decisamente segno, infatti, quando la Corte si trova ad affrontare la questione dell'applicazione dell'art. 24 della CSE del 1961, rivista nel 1996 e ratificata dall'Italia nel 1999. In questo caso la Corte non esita a riconoscere alla Carta valore vincolante per il nostro ordinamento quale parametro interposto di costituzionalità, attraverso le previsioni (già richiamate) degli artt. 76 e 117 Cost., che impongono al legislatore il rispetto degli obblighi internazionali.

A questo punto, la Corte passa ad analizzare il meccanismo di calcolo del risarcimento del danno, basato sull'anzianità di servizio del lavoratore e non modificato dal decreto n. 87/2018, che ha semplicemente elevato l'importo minimo e massimo dell'indennità. Ed è proprio tale meccanismo che viene censurato dalla Corte. Secondo la sentenza, infatti, il calcolo dell'indennità di licenziamento in ragione dell'anzianità di servizio del lavoratore, che esclude la possibilità per il lavoratore di aver subito danni più elevati in seguito al licenziamento illegittimo, pone sullo stesso piano la situazione di lavoratori che hanno la stessa anzianità, senza che il giudice possa valutare la situazione concreta dei lavoratori stessi. Una simile previsione, dunque, contrasta anzitutto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., perché pone sullo stesso piano situazioni diverse.

Il pregiudizio prodotto da un licenziamento ingiustificato, infatti, sempre secondo la sentenza, dipende da una pluralità di fattori, come del resto si ricava da altre disposizioni di legge in materia di licenziamento. Per esempio, il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, il comportamento e le condizioni delle parti, tutti criteri individuati dall'art. 8 della legge n. 604/1966.

Secondo la Corte, pertanto, l'indennità economica per il licenziamento ingiustificato non può essere legata esclusivamente all'anzianità di servizio, dovendo il giudice tenere in considerazione i parametri indicati dalla sentenza. Tra l'altro, la forfettizzazione del risarcimento e il calcolo sulla base dell'anzianità di servizio impediscono alla sanzione indennitaria di svolgere una funzione deterrente nei confronti del datore di lavoro, che potrebbe decidere di licenziare senza una valida giustificazione, sapendo con certezza quale sarebbe, in caso di contestazione, la sanzione economica applicabile.

⁶³ La Corte esclude anche l'applicazione dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Sulla questione, che non può essere affrontata in questa sede, si rinvia alle osservazioni degli AA. citati alla nota 57.

Su questo punto, in effetti, la dottrina ha mosso critiche severe alla disciplina del licenziamento introdotta dal d.lgs. n. 23/2015, considerando anche il fatto che l'indennità può essere ridotta della metà in caso di conciliazione stragiudiziale⁶⁴. La Corte mostra, per questo aspetto, di accogliere dette osservazioni, restituendo al giudice il potere di determinare discrezionalmente l'importo del risarcimento dovuto al lavoratore ingiustamente licenziato. Cade così una delle colonne portanti della riforma introdotta dal c.d. *Jobs Act*, cioè la predeterminazione certa del "costo" del licenziamento.

L'ultimo punto sul quale la Corte si pronuncia riguarda la previsione di limiti minimi e massimi del risarcimento del danno, che non può essere inferiore a 6 né superiore a 36 mensilità di retribuzione, ed è proprio su questo punto che l'interpretazione della CSE adottata nel caso *Finnish Society* avrebbe potuto avere rilievo⁶⁵. Secondo la sentenza, la Costituzione italiana non vincola affatto il legislatore ad adottare la "regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato", purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento⁶⁶. Il limite massimo di 24 (ora 36) mensilità non contrasta con la nozione di adeguatezza; sotto questo profilo, dunque, non risulta esservi alcun contrasto con la Costituzione, neppure alla luce del parametro interposto della CSE. Quali siano le ragioni per le quali detto limite deve ritenersi "adeguato", tuttavia, la Corte non lo spiega, né spiega perché la considerazione dei parametri di valutazione del pregiudizio subito dal lavoratore non possa portare a riconoscere un risarcimento superiore al limite massimo stabilito dalla legge. Si può anche condividere l'idea che il principio del risarcimento integrale non sia presente nella nostra Costituzione, ma sarebbe stato opportuno spiegare perché in una materia in cui vengono in considerazione i diritti fondamentali della persona non si debba applicare il criterio adottato in generale dal nostro ordinamento in materia di risarcimento

⁶⁴ Si vv., per tutti, le osservazioni di A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 30 ss.

⁶⁵ Riconoscono alle funzioni del CEDS un ruolo "quasi-giurisdizionale", S. FORLATI, *Corte costituzionale e controllo internazionale: quale ruolo per la "giurisprudenza" del Comitato Europeo per i Diritti Sociali nel giudizio di costituzionalità delle leggi?*, in *La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta Sociale Europea?* in *Forum quad. cost.*, 2018, 71 ss., e L. BORLINI, L. CREMA, *Il valore delle pronunce del Comitato Europeo dei diritti sociali ai fini dell'interpretazione della Carta Sociale Europea nel diritto internazionale*, *ibidem*, 86 ss.; il volume è reperibile all'indirizzo <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2018/07/atti-convegno-jobs-act.pdf>

⁶⁶ La Corte richiama qui i precedenti costituiti da Corte Cost. n. 148/1999, n. 199/2005, n. 420/1991.

del danno non patrimoniale⁶⁷. Su questo aspetto, peraltro, si può notare un *fil rouge* che lega la sentenza della Corte con quella della *Cour de Cassation* di cui si è discusso nel paragrafo precedente. Può darsi che per questo profilo la nostra Corte abbia ritenuto di non poter incorrere nella censura di cui al caso *Finnish Society*, in considerazione dell'elevazione da 24 a 36 del numero massimo delle mensilità riconoscibili al lavoratore operata dal "Decreto Dignità" e della sanzione della reintegrazione prevista per il licenziamento discriminatorio; peraltro la Corte esclude che le decisioni del CEDS, benché autorevoli, siano vincolanti per il giudice nazionale⁶⁸.

Anche per l'Italia, tuttavia, restano aperte alcune questioni. In primo luogo, sull'efficacia delle Convenzioni OIL e sul rilievo dell'interpretazione adottata dal CEACR non può essere ancora detta l'ultima parola; la stessa Corte costituzionale fa riferimento, in un passaggio che collega l'art. 24 della CSE alla convenzione n. 158/1982, all'integrazione tra fonti e "tra le tutele da esse garantite". In secondo luogo, anche nei confronti dell'Italia pende un reclamo per violazione dell'art. 24 della CSE presentato dalla CGIL il 6 ottobre 2017 al Comitato europeo per i diritti sociali, reclamo dichiarato ammissibile il 20 marzo 2018. I percorsi dell'Italia e della Francia sulla strada dell'applicazione della CSE e della convenzione n. 158/1982 sono dunque destinati ad intrecciarsi nuovamente.

⁶⁷ Si pensi, in particolare, alla giurisprudenza sul risarcimento del danno non patrimoniale. Sul punto si v. L. ZOPPOLI, *Il licenziamento "de-costituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 292; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ...*, cit., 18 ss.; A. TURSI, *Il diritto stocastico ...*, cit., 262 ss.

⁶⁸ La Corte aveva già svolto questa affermazione nella sentenza n. 120/2018. Sul punto si v. anche G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2019.