



*Sentenza n. 194/2018 della Corte
costituzionale e giudizi pendenti:
prime riflessioni*

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 387/2019

© Luigi de Angelis 2019

Già presidente della sezione lavoro della Corte d'Appello di Genova

lgdeangelis@tin.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X

Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania

On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012

Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)

Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020

csdle@lex.unict.it

<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



**Sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e
giudizi pendenti: prime riflessioni^{α αα}**

Luigi de Angelis
**Già presidente della sezione lavoro della
Corte d'Appello di Genova**

1. Considerazioni di premessa.....	2
2. Ambito d' applicazione della sentenza d' incostituzionalità.....	4
3. Nuove allegazioni e nuove prove nei vari gradi di giudizio.....	5
4. Oggetto delle nuove allegazioni e delle nuove prove.	8
4.1. Responsabilità contrattuale e oneri di allegazione e probatori.	10

^α Il presente scritto, nella versione definitiva destinato per la pubblicazione a *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, sviluppa la traccia della relazione dell'autore al convegno Le sanzioni del licenziamento illegittimo e i limiti costituzionali, organizzato dal dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Bergamo (Bergamo, 7 febbraio 2019).

^{αα} Nel caro ricordo di Rocco Cama.

1. Considerazioni di premessa.

A) Punto di partenza delle considerazioni che farò é la qualificazione dell'indennità prevista dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 come risarcimento del danno. Non perché ne sia convinto - molti sono anzi gli argomenti per sostenere altro (al riguardo la dottrina é divisa¹) - ma perché é il presupposto logico su cui poggia il deciso di Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194² che si sostanzia in pronuncia d' incostituzionalità parziale testuale (si é eliminato un pezzo di testo della disposizione)³ e del quale deve prendersi atto.

Tale presupposto é espressamente enunciato al punto 10 della sentenza sul rilievo dell'essere, il licenziamento illegittimo (per quel che qui interessa, relativo a contratto c.d. a tutele crescenti), un illecito derivante da violazione di norme imperative (gli artt. 2119 c.c. e 1 l. n. 604/1966: su ciò v. *postea*). Nel corpo della sentenza (punto 12.2) vi é anche il riferimento alla non dissuasività di un'indennità determinata in ragione della sola anzianità di servizio, ma questo non per aggiungere alla indennità una funzione⁴, ma per denunciare la sua inadeguatezza

¹ Per riferimenti alle varie tesi, risarcitoria, sanzionatoria, mista cfr. M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel jobs act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, nota a Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 1061 ss., anche note 6-8.

² Appunto in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 1031, con note, di orientamento opposto, di P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della consulta*, e di M.T. CARINCI, cit., nonché in *Foro it.*, 2019, I, 70, con nota di S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Lav. giur.*, 2019, 153, con nota di C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, e in *Arg. dir. lav.*, 2018, commentata, 1518, da M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del Jobs Act*. La massima della sentenza é riportata anche in *Dir. lavori mercati*, 2018, 633, commentata da R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, e in *Giur. it.*, 2018, 2710, commentata da C. ROMEO, *La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità per il licenziamento illegittimo*.

³ Cfr. M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della corte costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria dell'11 giugno 2010, in *cortecostituzionale.it*, § 2.2.

⁴ Conf. P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, in *Dir. lavori mercati*, 2018, 649 ss.; diversamente, M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele*, cit., 1062, che riconosce una funzione sia pur secondaria alla funzione dissuasiva; D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti: gli effetti sui giudizi pendenti*, di prossima pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2019, §1, (letto anticipatamente per cortesia dell'autore); A. TOPO, relazione al citato convegno *Le sanzioni del licenziamento illegittimo e i limiti costituzionali*, che dice di polifunzionalità delle sanzioni da licenziamento illegittimo tra ristoro del danno e funzione punitiva. R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194*, cit., 637 scrive che la corte sembra qualificare l'indennità, "almeno prevalentemente e con qualche forzatura, come risarcimento del danno", e C.

rispetto alla funzione risarcitoria (specie quando il licenziamento interviene nei primi anni di servizio⁵) all'interno della quale la pronuncia quindi si muove, come é ancora sottolineato al punto 14 quando si richiama la Carta sociale europea, la Convenzione Oil n. 158 del 1982 e il Comitato europeo dei diritti sociali. E la sentenza si muove sempre nella logica risarcitoria quando giustifica la forfettizzazione dell'importo nel basso e nell'alto spiegando come l'ordinamento possa derogare al principio della completa ristorabilità del pregiudizio purché ne sia garantita l'adeguatezza (punto 12.1). Soprattutto, la pronuncia fonda la sua conclusione d' incostituzionalità sulla mancata personalizzazione del danno che comporta il criterio di calcolo previsto dalla legge denunciata⁶ e che si traduce in un'indebita assimilazione di situazioni differenti e non realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco nel tradire la finalità primaria della tutela risarcitoria consistente nella compensazione adeguata del pregiudizio subito (punto 12.3)⁷.

B) Altra considerazione di premessa é che le decisioni d' accoglimento della corte costituzionale sono d' immediata operatività nei giudizi pendenti⁸ ("la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione", recita il primo comma dell'art. 136 cost., e "Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione", aggiunge il terzo comma dell'art. 30 l. 11 marzo 1953, n. 87⁹). È la c.d. efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale, un'efficacia retroattiva impropria o indiretta essendo piuttosto il riflesso del divieto per il giudice di applicare leggi incostituzionali rispetto a situazioni

CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure*, cit., 172, scrive di "natura almeno essenzialmente risarcitoria".

⁵ Cfr. G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *WP CSDLE "M. D'Antona"it*, 2018, n. 382, 23.

⁶ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194*, cit., 633.

⁷ Per la funzione risarcitoria cfr., a quel che pare, il cenno di C. ROMEO, *La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità*, cit., 2714, nonché quello di S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti"*, cit., I, 95, anche in *WP CSDLE "M. D'Antona". it*, 2018, n. 378, 8.

⁸ Cfr. D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 3, ed *ivi* richiami, anche in nota, a posizioni risalenti e poi superate; ma già ID., *L'"incostituzionalità differita" dietro quella (asseritamente) "sopravvenuta" (a proposito di Corte cost. 178/2015)*, in *Giorn. dir. lav.*, 2017, 174 ss.

⁹ La pubblicazione é quella sulla *Gazzetta ufficiale* o, per le leggi regionali, sul *Bollettino regionale*: cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, vol. II, Il Mulino, Bologna, 2018, 185 ss., ed *ivi* anche considerazioni sull'efficacia della sentenza d' accoglimento nel periodo compreso tra pubblicazione in cancelleria e pubblicazione sulla *Gazzetta* o sul *Bollettino*.

sostanziali già esistenti¹⁰, e che trova un unico limite nei rapporti esauriti in modo definitivo, per avvenuta formazione del giudicato, anche interno¹¹, o per essersi verificato altro evento cui l'ordinamento collega il consolidamento del rapporto medesimo¹².

2. Ambito d'applicazione della sentenza d'incostituzionalità.

Questo sul piano processuale pone delicati problemi, da varie angolazioni, a cominciare dalle ipotesi in cui gli effetti della sentenza vadano applicati.

a) In proposito, alla luce di quanto si diceva in precedenza sui rapporti esauriti, allorché vi sia stata statuizione di rigetto della domanda o l'indennità sia stata giudizialmente liquidata con il criterio dell'anzianità e non vi sia stata impugnazione della sentenza la questione è chiusa e la decisione 194 sarà inapplicabile. E lo stesso è ove, ad es., sia intervenuta decadenza per violazione dei termini dell'art. 32 l. n. 183/2010 e successiva modifica, o sia intervenuta transazione¹³.

Invece, nel caso in cui vi sia stata tempestiva impugnazione del datore di lavoro e sia stato proposto appello incidentale del lavoratore, anche tardivo¹⁴, inerente la quantificazione pur se proposto per motivo differente (ad es., la mancata inclusione di una voce retributiva) dal criterio di calcolo sulla base dell'anzianità, la nuova regola andrà a mio avviso applicata, posto che il principio *jura novit curia* fa sì che il giudice possa di sua iniziativa esaminare la questione purché il capo della decisione sia stato investito dall'impugnazione anche se per diverso profilo¹⁵. Questo vale *a fortiori* per il caso di tempestivo appello principale che sia stato proposto dal lavoratore, e anche per la reiezione della domanda.

In argomento vale la pena richiamare quanto affermato con riguardo alla modifica delle conseguenze economiche derivati dalla nullità

¹⁰ Così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 188.

¹¹ Cfr. D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 6.2.

¹² Tra le recenti cfr. Cass. 7 luglio 2016, n. 13884, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Corte costituzionale*, n. 86. Per una più puntuale elencazione cfr. G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, cit., 190.

¹³ Cfr. D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 4.

¹⁴ Impugnazione incidentale tardiva avverso qualsiasi capo della sentenza, non esistendo alcun limite oggettivo all'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva: v. Cass. 7 novembre 1989, n. 4640, in *Foro it.*, 1989, I, 3405 e molte altre successive.

¹⁵ Ad es., Cass. 14 marzo 2014, n. 6042, in *Rep. Foro it.*, voce *Procedimento civile*, n. 141, proprio in materia di applicazione di sentenza d'accoglimento della corte costituzionale. In dottrina cfr. G. BALENA, *Le novità relative all'appello nel D.L. n. 83/2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 368.

dell'apposizione del termine *ex lege* n. 183/2010, in cui si è appunto detto che persino nel giudizio di legittimità il *ius superveniens*, che introduca una nuova disciplina del rapporto controverso, può trovare applicazione alla condizione, necessaria, che la normativa sopraggiunta sia pertinente rispetto alle questioni agitate nel ricorso, posto che i principi generali dell'ordinamento in materia di processo per cassazione - e soprattutto quello che impone che la funzione di legittimità sia esercitata attraverso l'individuazione delle censure espresse nei motivi di ricorso e sulla base di esse - richiedono che il motivo del ricorso, con cui è investito, anche indirettamente, il tema coinvolto nella disciplina sopravvenuta, oltre che sussistente sia ammissibile secondo la disciplina sua propria; per cui, ove sia invocata l'applicazione dell'art. 32, commi 5-7, l. n. 183/2010 con riguardo alle conseguenze economiche della dichiarazione di nullità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro, è necessario che i motivi del ricorso investano specificamente le conseguenze patrimoniali dell'accertata nullità del termine, che non siano tardivi, generici o affetti da altra causa di inammissibilità, determinandosi, in caso contrario, la stabilità ed irrevocabilità delle statuizioni di merito contestate¹⁶.

3. Nuove allegazioni e nuove prove nei vari gradi di giudizio.

Le considerazioni che precedono pongono però a loro volta una serie di ulteriori problemi per i vari gradi in cui il procedimento si trovi.

A) Quanto al rispetto del principio della domanda e del diritto alla prova, laddove la causa si trovi in primo grado, la soluzione è abbastanza semplice, soccorrendovi la parte finale del comma 1 dell'art. 420 c.p.c. per il quale "le parti possono, se ricorrono gravi motivi, modificare le domande, eccezioni e conclusioni già formulate, previa autorizzazione del giudice"; modifiche che, alla stregua di recente pronuncia delle sezioni unite¹⁷, resa però *sub specie* dell'art. 183 c.p.c., eccedono perfino la semplice *emendatio*. Personalmente penso che nel caso di mutamento della legge - v. ancora l'ipotesi suddetta dell'intervento della l. 183/2010 - non sia neppure necessaria l'autorizzazione del giudice che deve solo valutare se la modifica normativa sia pertinente ed immediatamente applicabile alla fattispecie, mentre ciò non è nel caso d' intervento di pronuncia abrogativa della corte costituzionale stante la nota, consolidata giurisprudenza di legittimità sul mero impedimento di fatto rappresentato

¹⁶ Cass. 26 luglio 2011, n. 16266, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Cassazione civile*, n. 108.

¹⁷ Cass. s.u. 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2016, I, 255, con nota di C.M. CEA, *Tra mutatio ed emendatio libelli: per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*

da una legge (poi) dichiarata incostituzionale, che, come tale, non impedisce il decorrere della prescrizione¹⁸. Un intervento siffatto, però, certamente costituisce a mio avviso *grave motivo* sul quale il giudice esprime una valutazione che è sì espressione di ampi poteri come é per la valutazione sulle clausole e sulle norme generali ma che é cosa diversa dalla valutazione discrezionale¹⁹.

Alla stregua della suddetta giurisprudenza potrebbe però dirsi che le parti avrebbero potuto "proporre prima" i mezzi di prova, e ancor prima le necessarie allegazioni, sui nuovi elementi della fattispecie scaturiti dalla sentenza 194, ciò impedendo, stando allo stretto testo dell'art. 420, comma 5, l'introduzione di tali elementi e l'ammissione appunto di nuove prove sugli stessi. È però un rilievo, che vanificherebbe di fatto la possibilità di modifica della domanda, non convincente non solo per il formalismo della lettura ma anche perché il fondamento alla base della pronuncia della corte (la natura risarcitoria dell'indennità) poteva non essere l'unico e non essere conosciuto pur da chi avrebbe potuto tener conto dell'incostituzionalità della normativa. Addirittura, poi, qui le indicazioni sui criteri sono solo indicazioni di dubbia tassativa vincolatività (v. *infra*).

Il processo, quindi, va riaperto *in parte qua* anche dal punto di vista istruttorio, con il conseguente operare delle preclusioni e delle decadenze processuali (appunto per le parti relative alle nuove circostanze) però spostate a partire dalla prima udienza successiva alla pubblicazione della pronuncia della corte.

Quanto detto sui mezzi istruttori vale anche per la parte che ha introdotto la causa proprio nel giudizio in cui é stata sollevata la questione, per la quale non può invece valere quanto detto circa la domanda, che ovviamente deve essere introdotta *ab initio* altrimenti la questione stessa sarebbe andata incontro al giudizio d'irrelevanza.

B) Se la pronuncia della corte é intervenuta quando il processo era in grado d'appello o durante il decorso dei termini per l'impugnazione, la questione é meno semplice. L'art. 437, al comma 2, contempla l'ipotesi dell'indispensabilità di nuovi mezzi di prova, ammissibili anche d'ufficio, ma perentoriamente dispone che non sono ammesse nuove domande ed eccezioni. Sennonché, stante la qualificazione risarcitoria di cui si é detto, in senso contrario va richiamata per affinità quella giurisprudenza per la quale in tema di risarcimento del danno la richiesta di una diversa

¹⁸ Cfr., ad es., Cass. 16 giugno 2000, n. 8206, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2000, 789.

¹⁹ Cfr., con qualche differenza, D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 6.4.

quantificazione o specificazione della pretesa, intesa non solo come modifica della valutazione economica del pregiudizio costituito dalla perdita o dalla diminuzione di valore di un bene determinato, ma anche come richiesta dei danni provocati dallo stesso fatto che ha dato origine alla causa e manifestatisi solo nel corso del giudizio, deve ritenersi ammissibile in appello, in quanto non integra l'ipotesi di una nuova *causa petendi* che si aggiunge a quella di primo grado²⁰. Diversamente, proprio perché vi è modifica della *causa petendi*, per Cass. 12 agosto 1987, n. 6899²¹ se il lavoratore licenziato abbia dedotto, con il ricorso introduttivo di primo grado, l'illegittimità del licenziamento per difetto di giusta causa o di giustificato motivo, costituisce domanda nuova quella successivamente proposta nel corso dello stesso giudizio per ottenere l'accertamento della nullità del licenziamento medesimo, avente natura disciplinare, per l'inosservanza della procedura prevista dall'art. 7 statuto dei lavoratori (dichiarato parzialmente illegittimo dalla corte costituzionale con sentenza n. 204 del 1982), in quanto tale domanda importa la deduzione di un'altra *causa petendi* in aggiunta a quella originaria, con l'inserimento nel processo di un fatto nuovo e di un diverso tema d'indagine e di decisione; né l'esame di tale nuova domanda può ritenersi imposto dal principio (art. 1421 c.c.) della rilevabilità d'ufficio della nullità in ogni stato e grado del giudizio, atteso che tale principio va coordinato con le regole del processo e, segnatamente, con i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 99 e 112 c.p.c.), i quali escludono che il giudice possa di sua iniziativa dichiarare una nullità il cui accertamento presupponga l'esercizio di un'azione diversa da quella in effetti proposta²². A conclusione analoga e con più approfondito sviluppo sistematico del ragionamento è pervenuto chi si è per primo occupato del problema²³.

Quanto ai mezzi istruttori soccorre il criterio dell'indispensabilità di cui si è detto.

C) Con riguardo al caso di pendenza del giudizio di cassazione, ove, come si è prima visto, siano stati proposti motivi del ricorso, tempestivi e non generici, coinvolgenti le conseguenze patrimoniali del licenziamento

²⁰ Cass. 18 aprile 2013, n. 9453, in *Foro it.*, 2014, I, 913.

²¹ In *Foro it.*, 1989, I, 1937, con nota di G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*.

²² Diversamente per App. L'Aquila, 26 novembre 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, 516, la stessa *causa petendi* può essere ampliata o modificata ove nel corso del giudizio intervenga una pronuncia della corte costituzionale che determini nuove condizioni dell'azione che possono legittimare l'accoglimento della domanda.

²³ Cfr., D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., §§ 7 e 8.

illegittimo, la cassazione dovrà cassare con rinvio, ed in quella sede dovrà ritenersi consentita la modifica della domanda e la riapertura dell'istruttoria. È questo a mio avviso l'aspetto più problematico, posto che in qualche modo si viene a forzare la natura del giudizio di cassazione e di rinvio. Vi è però giurisprudenza di cassazione piuttosto recente in tal senso²⁴.

4. Oggetto delle nuove allegazioni e delle nuove prove.

Si accennava alle allegazioni e alle prove, che dovranno tener conto della natura risarcitoria dell'indennità in questione, della quale, si è detto, qui si deve prendere atto.

Fermi gli oneri probatori in capo al datore di lavoro sulla esistenza della causale, incomberà allora al lavoratore allegare e provare l'esistenza di un danno superiore al minimo di legge delle quattro - ora sei - mensilità di retribuzione, e al datore di lavoro allegare e provare un danno inferiore alle ventiquattro mensilità (ora trentasei) come potrebbe essere nel caso in cui l'anzianità di servizio sia molto alta.

Qui però si aprono due strade. Se si ritiene i criteri che la corte costituzionale ha indicato nella parte finale della sua motivazione siano vincolanti²⁵, allegazioni e prove dovranno avere ad oggetto le (sole) circostanze in esse previsti. Se, come credo, non lo siano²⁶ - i criteri sono infatti estranei al dispositivo abrogante e non costituiscono presupposti indispensabili dello stesso né, stante appunto, l'illegittimità parziale testuale e il non avere la corte scelto la via della pronuncia additiva²⁷ (o

²⁴ Cass. ord. 15 novembre 2017, n. 27155, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Cassazione civile*, n. 294; 19 dicembre 2016, n. 26193, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Rinvio civile*, n. 2; in punto cfr. D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 9.

²⁵ Come ritiene M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele*, cit., 1064, e sulla sua scia, D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., §1; *contra*, P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato*, cit., 652. Per considerazioni di apprezzamento del ricorso da parte della corte a criteri *desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti* (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti), cfr. O. MAZZOTTA, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor*, 2018, 630, che scrive di volto più apprezzabile del c.d. costituzionalismo laddove integra le lacune riempiendole con un'interpretazione costituzionale che valorizza dati sistematici. Nella inevitabile necessità della scelta fra più opzioni interpretative la Corte ha optato per quella maggiormente in armonia con il sistema complessivo. R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194*, cit., 639, non prende posizione in punto, rilevando che comunque l'alternativa non pone eccessivi problemi pratici-applicativi perché è verosimile che i giudici utilizzeranno i criteri indicati dalla corte.

²⁶ Conf. C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure*, cit., 170.

²⁷ Così, invece, M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele*, cit., 1064, e, ancora sulla sua scia, D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit.,

sostitutiva)²⁸, possono valere in tal senso per la integrazione della motivazione con il dispositivo - andranno allegare e provate tutte le circostanze atte a dimostrare l'esistenza di un danno, incombendo al datore di lavoro, fermo il minimo, di allegare e provare il contrario nonché l'*aliunde percipiendum* (v. *infra*).

Si rendono, a questo punto, necessarie alcune puntualizzazioni. Innanzitutto, l'ho accennato, non ritengo che a fronte di una declaratoria d' illegittimità parziale testuale possa integrarsi il dispositivo con la motivazione, come é in generale per le sentenze di cui non é data immediata lettura. Non ritengo, infatti, che ad una forzatura quale già é la sentenza additiva o sostitutiva cui non é cenno né nell'art. 136 Cost., né nella l. cost. n. 87/1953, possa aggiungersi l'ulteriore forzatura di andare oltre un *dictum* dalla rilevanza enorme data dall'incidere su di un atto del potere legislativo e cioè su di una legge. Un conto è dire, come fatto in precedenza (al § 1), che si debba prendere atto del presupposto indispensabile del deciso, altro conto è superare con la motivazione una pronuncia d' illegittimità parziale che si è limitata ad espungere alcune parole dal testo di legge aggiungendone altre. Penso poi che, alla luce del ragionamento della corte costituzionale, unico aspetto di specialità della tutela risarcitoria in questione rispetto a quella di diritto comune sia la forfettizzazione nel minimo e nel massimo²⁹ di cui si diceva, per il resto dovendo applicarsi le regole del *diritto privato generale* o *diritto primo*³⁰. Tra queste, con riguardo all'*aliquid percipiendum*, le regole previste dall'art. 1227 c.c.³¹ (la caducazione del rapporto a seguito del licenziamento, pure illegittimo, esclude possa porsi problema di *aliquid*

§1; *contra*, P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato*, cit., 651 ss.; C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure*, cit., 170.

²⁸ Come sentenza additiva s' intende quel tipo di pronuncia con la quale la corte dichiara incostituzionale una certa disposizione in quanto omette di dire qualcosa ("nella parte in cui non prevede che"), mentre come sentenza sostitutiva s' intende la pronuncia che prevede una determinata cosa anziché prevederne un'altra, componendosi quindi di una parte demolitoria del contenuto della disposizione impugnata, e di altra ricostruttiva attraverso cui la corte provvede a dotare la disposizione stessa di un diverso contenuto: così E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2018, 138.

²⁹ Sull'importanza dell'aver la corte salvato il limite massimo cfr. P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento*, cit., 1051.

³⁰ Secondo la terminologia di C. CASTRONOVO: *Diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1981, 158 ss.

³¹ *Contra*, C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure*, cit., 172.

*perceptum*³² data la ormai consolidata giurisprudenza sulla natura obbligatoria del preavviso³³).

Quel che si é detto a proposito di allegazioni e prove non deve riguardare anche il danno non patrimoniale, che pure pare essere estraneo alla onnicomprensività pure affermata dalla corte per "palese volontà del legislatore" (v. punto 10, parte finale); danno non patrimoniale connesso ad eventuali modalità ingiuriose del licenziamento e quindi ad un fatto che presenta ulteriori connotati ma che già sussisteva a prescindere dalla sentenza della corte.

4.1. Responsabilità contrattuale e oneri di allegazione e probatori.

Sempre in tema di allegazioni e prove, valgono le regole proprie del risarcimento del danno. In particolare, il richiamo all'illecito fatto nella sentenza e prima messo in luce al paragrafo 1 di questo scritto, non specifica se si tratti di illecito aquiliano o contrattuale, come ritengo alla stregua del rilievo, presente nella sentenza stessa, che il licenziamento, pur efficace, ha violato la regola inderogabile del rapporto per la quale al licenziamento può procedersi in caso di giusta causa o giustificato motivo. In tale direzione é orientata la corte di cassazione in materia di prescrizione, che per questo afferma che il diritto del lavoratore al risarcimento del danno resta assoggettato all'ordinaria prescrizione decennale anziché a quella quinquennale³⁴.

³² Per D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 1, la questione, tra quelle su cui a suo avviso resta il dubbio, può riguardare il periodo compreso tra licenziamento e deposito della sentenza.

³³ Tra le recenti cfr. Cass. 6 giugno 2017, n. 13988, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2017, 567.

³⁴ Cfr. Cass. 7 maggio 2004, n. 8720, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1888; 4 dicembre 2002, n. 17209, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, 540, con nota di G. FONTANA, *La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore nelle ipotesi di dequalificazione professionale*.