

Maria Vittoria Ballestrero

Habemus legem!

1. La riforma del mercato del lavoro ha visto finalmente la luce¹. Certo la fumata bianca non è stata accolta da folle osannanti; anzi, a dire il vero, l'accoglienza è stata meno che tiepida persino da parte dei più convinti sostenitori del "Governo dei tecnici". Nondimeno si può dire che l'intera comunità dei giuslavoristi (ammesso e non concesso che possa parlarsi di comunità) aspettava con ansia di poter poggiare il lavoro interpretativo, su cui si sta affannando da mesi, sul solido terreno di un testo definitivo. Peccato che il terreno tanto solido non sia: primo, perché non si tratta della storica riforma che era stata annunciata, ma dell'ennesimo intervento legislativo che incrementa la stratificazione del nostro diritto del lavoro, sempre più farraginoso e meno decifrabile; secondo, perché alcune modifiche, in vista a breve scadenza, rimetteranno in discussione parti non irrilevanti del testo appena entrato in vigore (dall'allargamento della flessibilità in entrata, al rinvio della riforma degli ammortizzatori sociali).

Nelle more della gestazione della legge, proprio l'affannarsi dei giuslavoristi intorno ad un testo non ancora definitivo, ma prossimo a diventarlo, ha dato luogo ad un dibattito per certi versi curioso, che vale la pena di

¹ Legge 28 giugno 2012, n. 92. Il testo del d.d.l. S-3249, approvato dal Senato con quattro voti di fiducia, che hanno "spacchettato" gli originari 72 articoli rimpacchettandoli in 4, ognuno dei quali conta un numero elevato di commi dal contenuto disparato. Il testo approvato dal Senato è stato approvato dalla Camera il 27 giugno scorso, ancora una volta ricorrendo a 4 voti di fiducia. Dopo sei mesi difficile gestazione, l'iter parlamentare è stato contrassegnato dalla fretta di approvare una legge sgradita a destra e a sinistra, contestata dai sindacati, e ben poco apprezzata da Confindustria; ma l'approvazione doveva comunque avvenire in tempo utile perché il Presidente del Consiglio potesse vantare a Bruxelles la realizzazione di un'altra delle riforme strutturali che ci ha "chiesto l'Europa". Una prima lettura critica del d.d.l. in F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, csdle.lex.unict.it.

rammentare, perché ripropone qualche interrogativo non banale sul nostro ruolo in bilico tra *ius condendum* e *ius conditum*.

Durante il recente Congresso nazionale dell'AIDLISS (Pisa, 7-8-9 giugno 2012), il cui tema – “Il diritto del lavoro al tempo della crisi” – chiaramente sollecitava la riflessione sulla ormai imminente legge di riforma del mercato del lavoro, Pietro Ichino ha duramente condannato l'atteggiamento critico dei giuslavoristi che, commentando un disegno di legge in via di approvazione definitiva, si comportavano a suo giudizio come se fossero di fronte allo *ius condendum*, mentre stavano in realtà “squalificando e disprezzando” i prodotti normativi del legislatore (cioè lo *ius conditum*), perché poco corrispondenti alle loro visioni e preferenze. Così facendo – ha aggiunto Ichino – i giuslavoristi aggravano la già “impressionante divaricazione” tra le loro elaborazioni e la produzione legislativa dell'ultimo decennio².

Le parole di Ichino hanno suscitato l'orgogliosa reazione di quanti, giustamente rivendicando il ruolo critico che comunque spetta alla cultura giuridica, sottolineano come sia piuttosto da condannare un legislatore che mette mano alla riforma del diritto del lavoro, trascurando completamente di tenere nel debito conto l'opinione degli specialisti della materia, certamente più avvertiti delle esigenze di coerenza sistematica dell'insieme delle norme e più consapevoli dei problemi interpretativi derivanti dalla formulazione, talora infelice, delle disposizioni che il legislatore si accinge a mettere in vigore. Quanto al ruolo dei giuristi rispetto allo *ius conditum*³, posto che se una legge è in vigore non possono semplicemente “rifiutarla”, essi restano tuttavia liberi, nel rispetto dei canoni dell'interpretazione giuridica, di proporre le interpretazioni che ritengono più adeguate, denunciando, ove necessario, l'incoerenza, l'irrazionalità o la non conformità della legge alla Costituzione o alle fonti internazionali ed europee di rango su-

² Secondo ICHINO, «l'autorevolezza culturale di una comunità accademica, e in particolare di una comunità che coltiva il diritto del lavoro, nasce dalla sua capacità di conciliare il proprio ruolo di interprete dello *ius conditum* con l'impegno a essere luogo di confronto tra orientamenti diversi sul terreno dello *ius condendum*, senza che questa seconda funzione possa in qualche modo appannare la prima». L'intervento di ICHINO è pubblicato nel suo sito (www.pietroichino.it), dove possono leggersi anche le risposte di MAZZOTTA, M.T. CARINCI, GHERA.

³ Nel Congresso di Pisa si discuteva ancora del testo approvato dal Senato, ma era chiaro che sarebbe stato approvato a breve anche dalla Camera, e senza ulteriori modifiche: dunque si stava discutendo di *ius quasi conditum*.

periore⁴. Rispetto della legge non significa consenso sulle scelte del legislatore; non significa nemmeno che l'interprete sia tenuto ad arrampicarsi sugli specchi per trovare soluzioni che consentano di salvare da giuste censure disposizioni irrazionali e irragionevoli.

Pienamente rispettando la legge, e non avendo cause da difendere, proverò a dire in breve perché dissento da alcune delle scelte compiute dal legislatore.

2. *Habemus legem*, dunque. Ma perché questa legge che piace a pochi e scontenta molti è stata voluta con tanta determinazione, e perché la si è voluta approvare in tutta fretta, blindando il testo con quattro voti di fiducia in ogni ramo del Parlamento?

Manco a dirlo, perché “ce lo chiede l'Europa”. Vero: la riforma ci è stata chiesta dalle istituzioni europee (BCE e Commissione), e in termini che riecheggiano le formulazioni della *flexicurity* contenute nel *Libro Verde* della Commissione delle Comunità europee del 22 novembre 2006. La “modernizzazione” del mercato del lavoro pretesa dalle istituzioni europee nel quadro dell'austerità inflitta all'Italia (ma anche alla Spagna, per tacere del massacro sociale imposto alla Grecia) ha infatti molto a che fare con la flessibilità e ben poco con quella sicurezza nel mercato, che dovrebbe fare da contrappeso alla flessibilità in entrata ed anche in uscita. Alle richieste dell'Europa il nostro Governo ha obbedito con prontezza, e senza interrogarsi su quali riforme le istituzioni europee possano legittimamente chiedere agli Stati membri, e in nome di quali obiettivi di *flexicurity*. Senza addentrarmi su di un terreno che richiederebbe analisi accurate⁵, mi limito ad

⁴ Si potrebbe rispondere a ICHINO con le parole di BAYLOS GRAU, *El sentido general de la reforma: la ruptura de lo equilibrios y la exaltación del poder privado del empresario*, in *RDS*, 57/2012, p. 15: «La capacidad de reconstruir el momento jurídico como un espacio abierto en el que se deben preservar los valores y los derechos constitucionalmente reconocidos es muy decisiva para la administración concreta de la reforma una vez se convierta en ley por el parlamento. La legitimidad de la norma es también resultado de quienes la estudian y la interpretan, de quienes la analizan y explican. Y la necesidad de derogar y revocar las opciones regulativas que están presentes en ella, puede ser eficazmente alentada desde la teoría académica». La riforma di cui parla l'A. è quella spagnola (*RDley* 3/2012), di cui mi sono occupata brevemente nel saggio BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, p. 441. Riprendo alcune considerazioni da questo saggio, nonché dal mio intervento al Congresso AIDLASS.

⁵ Per l'analisi rinvio a L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 141/2012*.

osservare che, stando a quanto la Commissione europea ha scritto nella Comunicazione del 3 marzo 2010 (Europa 2020), le istituzioni europee non dovrebbero pretendere una riduzione dei livelli di protezione dei lavoratori incompatibile con il modello sociale prefigurato dal Trattato di Lisbona. E invece il modello sociale europeo pare oggi diversamente coniugato in ragione dell'entità del debito sovrano, del deficit di bilancio, e peggio ancora della valutazione dell'affidabilità dello Stato da parte dei mercati, cioè degli investitori: tanto che c'è seriamente da dubitare che, in questi tempi grami per l'Europa mediterranea, abbia ancora senso parlare di modello sociale europeo.

L'ha chiesto l'Europa, e il Governo prima, il Parlamento poi, hanno sfornato una riforma del mercato del lavoro, che non riforma il mercato (ciò che richiederebbe seri interventi dal lato della domanda di lavoro), ma alcune delle regole di funzionamento del mercato dal lato dell'offerta, agendo dunque essenzialmente sul versante della legislazione del lavoro, in più nel segno di una *flexicurity* vecchia maniera.

È chiaro a tutti, e certamente anche al Ministro Fornero⁶, che la legislazione del lavoro, di per sé, non può né creare occupazione, né ridurre la disoccupazione: la realizzazione di questi obiettivi dipende da altro, e in particolare dalle politiche industriali e dello sviluppo che il Governo sarà in grado di mettere in campo, stante la scarsità delle risorse a disposizione. Alla legislazione del lavoro si potrebbe invece chiedere di svolgere una funzione di riequilibrio del mercato dalla parte dei soggetti deboli: ma una siffatta richiesta rimarrebbe senza risposta. Anche questa riforma si colloca infatti (almeno per la parte relativa ai rapporti di lavoro) a valle di quello che il mercato ha già prodotto (vale a dire la frammentazione del lavoro e, di conseguenza, lo stridente dualismo tra stabili e precari), non senza l'importante contributo della legislazione degli anni 2000, rispetto alla quale l'attuale legge presenta troppo timide discontinuità.

3. *Old fashioned flexicurity*, dicevo: nella legge n. 92/2012, la *flexicurity* pare essenzialmente intesa come "bilanciamento" tra due flessibilità, o me-

⁶ Anche se i genitori sono più d'uno, penso che la legge n. 92/2012 sarà nota come "legge FORNERO": del resto, a legare la legge al proprio nome ha provveduto il Ministro stesso, che l'ha fortemente voluta e caparbiamente difesa dagli attacchi e dai giudizi talora sprezzanti espressi da più parti.

⁷ Cfr. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *LD*, 2012, p. 589.

glio come compensazione della riduzione della frammentazione in entrata con l'affievolimento dei vincoli in uscita. Non che la legge taccia del tutto sul versante della *security* nel mercato: qualcosa (poco) è previsto in materia di politiche attive del lavoro; una scelta sul versante della universalizzazione (per ora solo tendenziale) della protezione sociale è stata fatta con l'introduzione dell'ASpI (e della mini-ASpI); qualche misura (modesta) è stata introdotta a favore del lavoro delle donne⁷ e degli anziani. La mia impressione, tuttavia, è che su questo piano non solo la strada da fare sia ancora lunga, ma richieda anche di qualche correzione di rotta. Al di là di alcune opportune misure di razionalizzazione dell'esistente, le vere scelte in materia di CIG e mobilità, ad esempio, pure rinviate di qualche anno, dovranno essere seriamente meditate alla luce della situazione del mercato del lavoro che si sarà verificata nel frattempo⁸: se la pesante crisi occupazionale perdura, occorrerà riflettere se non sia più saggio mantenere in vita ammortizzatori sociali che evitino di scaricare disoccupati sul mercato.

Fermandosi alla sola considerazione della disciplina dei rapporti di lavoro, la redistribuzione delle tutele proposta dalla legge n. 92/2012 opera su due versanti: il contrasto alla "flessibilità cattiva" (abusi e usi distorti), conservando invece la flessibilità in entrata considerata "buona"; la flessibilizzazione della disciplina dei licenziamenti individuali, ma anche collettivi. Il legislatore condivide dunque l'ipotesi che la flessibilità in uscita dei protetti renda più fluido e dinamico il mercato del lavoro, contribuendo così alla redistribuzione, a vantaggio degli *outsiders*, delle opportunità di accesso al lavoro protetto (ma ora meno protetto per tutti). Un'ipotesi di cui molti contestano la fondatezza con buoni argomenti.

4. Non posso approfittare dello spazio di un editoriale per entrare nel merito della parte della legge n. 92/2012 dedicata alla flessibilità in entrata, pur essendo consapevole che un'analisi di dettaglio sarebbe decisiva per valutarne l'impatto sull'attuale assetto del diritto dei rapporti di lavoro. Mi limito a dire che alcune scelte mi paiono apprezzabili. Così la valorizzazione dell'apprendistato, ispirata dalla fiducia che possa diventare la via maestra di ingresso al lavoro dei giovani: una via che però non è decisiva né risolu-

⁸ Penso in particolare all'abrogazione (rinviata però all'1.1.2017), dell'art. 3, l. n. 223/1991. Si vedano in proposito le osservazioni critiche di FERRARO, *Ammortizzatori sociali e licenziamenti collettivi nella riforma del mercato del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 143/2012.

tiva, dal punto di vista della garanzia di accesso al lavoro stabile, e che comunque non interessa una larga quota di lavoratori precari, disoccupati e inoccupati, specialmente donne, che la soglia dei ventinove anni l'hanno superata, magari da tempo. Così anche le nuove regole in materia di collaborazione a progetto, indebolite tuttavia dalla marcia indietro (che probabilmente non sarà l'ultima) sulle "partite IVA".

Altre scelte mi lasciano invece assai perplessa: è il caso della previsione di un "primo" contratto a tempo determinato, o di una "prima" utilizzazione in somministrazione, della durata di ben 12 mesi, per cui non è richiesta alcuna giustificazione oggettiva (c.d. causale). È noto che, nella prima fase della gestazione della riforma, si era prospettata l'adozione di uno dei modelli di contratto unico (a tempo indeterminato) di cui si discute da qualche anno a questa parte, e che tra le proposte sul tavolo vi era anche quella della "prova lunga", che introduce nel contratto a tempo indeterminato un periodo iniziale caratterizzato dalla libera recedibilità (dunque privo di garanzie di stabilità, e non solo di stabilità). Il Governo ha accantonato le insistenti pressioni di quanti speravano che la strada del contratto unico sarebbe stata imboccata, scartando così anche la proposta della prova lunga⁹. Il contratto a tempo indeterminato non subisce modifiche; ma, aprendo la possibilità di assumere a termine senza causa giustificativa, la prova lunga uscita dalla porta rientra – seppure camuffata – dalla finestra. Pare come minimo dubbio che favorire assunzioni (o utilizzazioni) di carattere temporaneo, di lunga durata, libere e insindacabili, possa essere funzionale all'obiettivo enunciato di ridurre precarietà e dualismo. Anche perché, se è vero che lo stesso datore di lavoro non può assumere (o utilizzare) lo stesso lavoratore più di una volta con contratto a termine (o di somministrazione) a-causale, il lavoratore potrà invece passare da un datore di lavoro ad un altro, e da un contratto a-causale ad un altro, senza riuscire a trovare il bandolo della matassa della precarietà in cui è finito. Il datore di lavoro, a sua volta, potrà usare il *turn over* degli assunti a termine per realizzare quella estrema flessibilità organizzativa che la legge a parole si propone di contrastare.

⁹ La speranza era stata rinfocolata dalle parole del Sen. Prof. MONTI, nel discorso alle Camere in occasione della presentazione del suo Governo per il voto di fiducia, che parevano alludere appunto alla introduzione del contratto unico. La "prova lunga" (della durata di un anno) è prevista in Spagna dal *RD Ley 3/2012*, per le imprese fino a 50 dipendenti (che rappresentano il 93% delle imprese spagnole).

In conclusione mi sembra che l'insieme delle nuove regole non riesca a modificare sostanzialmente il quadro della segmentazione del mercato del lavoro. Non perché il legislatore lascia aperto lo spazio alla flessibilità in entrata (su questo il consenso è generale), ma perché, se davvero avesse voluto che il contratto a tempo indeterminato fosse il “contratto dominante”, come retoricamente annuncia l'art. 1, comma 1, lett. a, l. n. 92/2012, sarebbe stato necessario affondare le forbici nella flessibilità in entrata, lasciando in vita (e regolando in modo stringente) le sole forme contrattuali sorrette da ragioni funzionali, capaci di offrire ai lavoratori opportunità di un lavoro decente, ancorché precario, senza esporli al rischio di rimanere ghettizzati in una precarietà senza uscita. Fino a quando resta aperta un'ampia possibilità di mantenere *out* gli *outsiders*, disponendo di varie forme di impiego flessibile e iperflessibile a durata determinata, rendere più agevole e meno costoso il licenziamento degli *insiders* non è sufficiente a rendere attraente il contratto a tempo indeterminato. Specie dove la competitività si gioca (come in una parte rilevante del nostro tessuto produttivo) non sull'innovazione e la ricerca, ma sulla riduzione del costo del lavoro (e dunque sull'abbassamento complessivo delle tutele), il lavoro precario resta sempre più conveniente per le imprese. L'agevolazione dei licenziamenti non compensa la libertà da vincoli che caratterizza il lavoro precario, garantendo alle imprese una flessibilità a tutto campo.

5. Dedico qualche considerazione finale alle misure relative alla flessibilità in uscita, sulla quale già si registrano numerosi contributi dottrinali: a testimonianza del fatto che quella relativa al cosiddetto “rimaneggiamento” della disciplina dei licenziamenti (individuali, ma anche collettivi) è considerata la parte più importante della legge (e, a quanto pare, quella destinata a durare). A rendere importante la riforma dell'art. 18 st. lav. non è tanto il suo valore simbolico, quanto il fatto che la forte riduzione del diritto alla reintegrazione priva i lavoratori di una storica tutela: la restituzione al lavoratore del bene di cui stato ingiustamente privato, e di cui l'ordinamento gli garantiva il possesso fino al limite del licenziamento legittimo. Ammetto senza difficoltà che l'enfasi che circonda il *totem* della reintegrazione è eccessiva, e che l'attuale disciplina meritava un accurato restauro; ma non credo sia corretto giudicare un dinosauro (o peggio un cretino) chi continua a definire la reintegrazione una conquista di civiltà (giuridica e non). Quella dell'art. 18 sarà anche, come si sente ripetere, una riforma che allinea il diritto italiano a quello di altri paesi dell'UE: ma provate a chiedere

ad un lavoratore, privato del diritto alla reintegrazione, se è felice di poter oggi disporre di un art. 18 “più europeo” (come dice il nostro Ministro).

5.1. Il rimaneggiamento (che a me pare piuttosto uno sbriciolamento) dell'art. 18 (art. 1, comma 42, l. n. 192/2012) agisce su due distinti piani, strettamente interconnessi: il piano dei presupposti del licenziamento (la giustificazione, vale a dire la causa o il motivo addotti per giustificarlo); il piano delle sanzioni dei licenziamenti illegittimi. Su entrambi i piani le modificazioni apportate sono di grande rilievo e di notevole impatto.

I campi di applicazione degli art. 18 st. lav. e 8 l. n. 604/1966 restano tuttavia immutati: il risultato è che, con la nuova disciplina, le due aree originarie (più l'area residuale del recesso *ad nutum*) risultano divise in cinque aree (più l'area del recesso *ad nutum*), essendo stata frammentata l'area originaria della tutela reale in almeno quattro sub-aree, due delle quali, espulse dalla tutela reale, sono diventate aree di applicazione della tutela obbligatoria (una forte e una media); in queste due ultime aree, l'ammontare dell'indennità è superiore a quella prevista dal regime applicabile nelle unità produttive minori (art. 8, l. n. 604/1966). Le disparità di trattamento dei lavoratori a fronte di un licenziamento illegittimo, prima determinate dalla circostanza che il licenziamento ricadesse nell'area della tutela reale o in quella della tutela obbligatoria, ora si moltiplicano nella stessa area di applicazione dell'art. 18. A sorreggere tali disparità non possono più essere invocati i criteri delle capacità economiche dell'impresa e del più intenso vincolo fiduciario, utilizzati a suo tempo dalla Corte costituzionale per salvare la legittimità del trattamento deteriore riservato ai lavoratori occupati nelle piccole imprese. Sorregge le nuove disparità di trattamento, che riguardano i lavoratori occupati nelle unità produttive con più di 15 dipendenti, un'altra ragione: la frammentazione delle tutele è frutto infatti della frammentazione delle fattispecie di licenziamento illegittimo. Che poi la ragione sia anche ragionevole, è un altro paio di maniche.

5.2. Riassumendo brevemente: nella nuova formulazione dell'art. 18, la tutela reale piena resta in vigore per i licenziamenti discriminatori, e si estende a tutti i licenziamenti altrimenti nulli. Per i licenziamenti ingiustificati, il nuovo art. 18 prevede invece l'alternativa tra tutela reale (ma con indennità risarcitoria forfetaria) e tutela obbligatoria (solo indennità forfetaria). Il nuovo art. 18 distingue dunque nettamente il licenziamento discriminatorio, o altrimenti nullo, dal licenziamento ingiustificato, tenendo

separata la situazione della carenza del potere di licenziare che caratterizza la prima ipotesi (il licenziamento è vietato), dalla situazione che caratterizza la seconda ipotesi, nella quale il potere di licenziare sussiste, ma il suo esercizio legittimo è condizionato dal rispetto di limiti (o presupposti), la cui definizione esprime il bilanciamento tra gli interessi contrapposti delle parti.

Per quanto riguarda la prima ipotesi (i licenziamenti nulli), è stata proposta di recente una lettura unificante delle diverse fattispecie previste, dalla quale dissento¹⁰. La “confusione” tra licenziamento discriminatorio e licenziamento nullo per violazione di espressi divieti o per motivo illecito può essere ingenerata dalla circostanza che il nuovo art. 18, comma 1, unifica la sanzione (reintegrazione piena), estendendola anche al di fuori del suo campo di applicazione originario¹¹. A me pare tuttavia necessario ribadire che il licenziamento discriminatorio deve essere tenuto distinto da altre fattispecie di licenziamento nullo¹². La dimostrazione di questa tesi richiederebbe di spiegare perché la discriminazione è un concetto di relazione, che come tale si basa su di un giudizio comparativo: ciò che del resto emerge con evidenza dalle definizioni legali della discriminazione, che è una differenza di trattamento, direttamente o indirettamente riconducibile ad un fattore di discriminazione, pregiudizievole per gli effetti che produce, e non per l'intento dell'agente. Ma non è questa la sede per attardarsi sulla questione. Piuttosto mi pare necessario precisare che per quanto molto lungo, e arricchito di recente di nuove ipotesi, l'elenco dei fattori di discriminazione previsto dall'art. 3, l. n. 108/1999 resta tassativo: la fattispecie del licenziamento discriminatorio è dunque attualmente molto ampia, ma non priva di confini, e ciò mi pare imponga ancora di distinguere tra licenziamento discriminatorio e licenziamento nullo per

¹⁰ L'unificazione tra licenziamenti discriminatori e altri licenziamenti nulli è stata sostenuta da M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione, XVII Congresso nazionale AIDLASS, Pisa 7-9 giugno 2012, www.aidlass.it. Riprendo qui alcune osservazioni svolte come *discussant* della relazione dell'A., che ho più ampiamente sviluppato nel saggio *Declinazioni di flexicurity*, cit., al quale mi permetto di fare rinvio.

¹¹ Era già così per il licenziamento discriminatorio, ma non per altri casi di nullità: viene dunque meno quella distinzione tra nullità di diritto speciale e nullità di diritto comune, che ha dato luogo a non pochi problemi interpretativi: cfr., se vuoi, BALLESTRERO, *Licenziamento individuale*, in *Enc. dir., Annali V*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 791 ss.

¹² Rinvio alle più ampie considerazioni svolte sul punto nel saggio *Declinazioni di flexicurity*, cit.

motivo illecito (altro e diverso dalla discriminazione: una fattispecie aperta, nella quale possono rientrare casi disparati)¹³.

Per quanto riguarda la seconda ipotesi (licenziamenti ingiustificati), come ho detto sopra, il legislatore distingue nettamente il licenziamento ingiustificato dal licenziamento discriminatorio o altrimenti nullo. Rispetto al vecchio testo dell'art. 18, il cambiamento è radicale, perché in quel testo i licenziamenti invalidi per ragioni diverse (nulli, inefficaci, ma anche ingiustificati "qualificati come annullabili") erano unificati nella sanzione, e l'unificazione avveniva sul versante della nullità (e quindi della reintegrazione). La distinzione tra licenziamento nullo o inefficace (improduttivo di effetti) e licenziamento ingiustificato (illecito, ma produttivo di effetti), era invece presente e chiaramente leggibile nella legge n. 604/1966: e lì tutto resta com'era.

Nella nuova formulazione dell'art. 18 fanno infine caso a sé i licenziamenti viziati nella procedura, per i quali è prevista la sola sanzione risarcitoria (ma in misura notevolmente ridotta rispetto ai licenziamenti viziati per difetto di giustificazione). La scelta è già alquanto opinabile quando il vizio attiene alla violazione dell'art. 7 st. lav., che, secondo l'orientamento consolidato della S.C., non è un vizio procedurale ma sostanziale; più che opinabile la scelta è assurda, quando il vizio è addirittura l'omessa motivazione (di cui, peraltro, opportunamente la legge sancisce l'obbligatoria contestualità con la comunicazione scritta del licenziamento): da un lato, il vizio in questo caso non è procedurale, ma di forma, e dunque il licenziamento dovrebbe essere inefficace; d'altro lato, non è un vizio minore, dato che all'obbligo di motivazione scritta è strettamente collegato il diritto del lavoratore di impugnare il licenziamento sapendo che cosa contestare al datore di lavoro.

5.3. Come è noto, per i licenziamenti ingiustificati, il nuovo art. 18 prevede l'alternativa tra tutela reale e tutela obbligatoria (nelle ipotesi regolate dai commi 4 e 7): il licenziamento privo di giustificazione potrà infatti essere alternativamente improduttivo o produttivo di effetti, a seconda che la giustificazione addotta dal datore di lavoro sia insussistente (cioè totalmente infondata), ovvero sussista ma sia insufficiente (o inadeguata). La

¹³ L'intento dell'agente, irrilevante per la qualificazione del licenziamento come discriminatorio, rileva invece nel caso della nullità del licenziamento per illiceità del motivo: con rilevanti conseguenze sul piano probatorio.

sanzione varia dunque a seconda del “grado” (se così si può dire) o della gravità della mancata giustificazione.

A fronte della introduzione di nuove differenze (o disparità) di trattamento sul piano sanzionatorio, che il legislatore questa volta ha collegato non al criterio dimensionale, che giustificava in passato l’applicazione dei diversi regimi (tutela reale e tutela obbligatoria), ma ad una inedita “graduazione” delle giustificazioni, occorre finalmente valutare se tale criterio sia razionale e ragionevole.

Alcuni pensano che la ragionevolezza delle disparità di trattamento stia nella “oggettiva” diversità della situazione, diversa appunto a seconda del grado di (non) giustificazione del licenziamento¹⁴. Detto altrimenti: la graduazione delle sanzioni previste (reintegrazione forte, reintegrazione debole, tutela obbligatoria forte, tutela obbligatoria debole) si spiega perché razionalmente discende dal grado di violazione del dovere di giustificazione (giustificazione da insussistente a insufficiente). Convengo che l’ottica adottata dal legislatore è quella della graduazione delle sanzioni a seconda del grado della “colpa” del datore di lavoro, come se il licenziamento ingiustificato fosse un illecito extracontrattuale, anziché, come da sempre sostiene la migliore dottrina, un illecito contrattuale. Ma si tratta di un vizio prospettico: la graduazione delle sanzioni prevista dalla riforma opera non sul versante della “punizione” del datore (in ragione dell’entità della sua “colpa”, ovvero della sua mala o buona fede) ma su quello dei presupposti che devono sorreggere il licenziamento perché sia legittimo. Il che è ovvio: perché non si possono graduare le sanzioni se non se ne sono graduati i presupposti.

La graduazione della (mancata) giustificazione (il fatto addotto non sussiste, oppure il fatto sussiste, ma non è sufficiente a giustificare) introduce una distinzione nuova, che a me pare in contrasto con la regola della (doverosa) giustificazione, la quale comporta l’attribuzione al lavoratore del diritto soggettivo (e non solo di un interesse) a conservare il proprio posto di lavoro fino a quando non sopravvenga una ragione (soggettiva od oggettiva) che il datore di lavoro possa addurre, e sia in grado di provare, per

¹⁴ Mi riferisco essenzialmente alle tesi formulate da MARESCA, *Le scommesse di un mercato del lavoro duale*, in *Newsletter Nuovi Lavori*, n. 87 e ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in www.pietroichino.it. Osservazioni critiche attente ed equilibrate in CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in corso di pubblicazione in *ADL*.

esercitare legittimamente il potere di licenziare¹⁵. Se il licenziamento per essere legittimo deve essere giustificato, deve essere sorretto da una motivazione adeguata, cioè corrispondente alle definizioni legali, che la legge n. 92/2012 non modifica, e che non contengono alcuna graduazione che consenta di distinguere tra insussistenza e insufficienza: in entrambi i casi la motivazione è inadeguata, e dunque il licenziamento costituisce un effetto sproporzionato rispetto alle ragioni addotte.

5.3.1. Il richiamo alle definizioni legali di giusta causa e giustificato motivo oggettivo e soggettivo induce ad una breve digressione. Come la lettura del testo rende evidente, nella nuova formulazione dell'art. 18 il legislatore sembra essersi sommamente preoccupato della limitazione della discrezionalità del giudice, tentando di costringere le sue valutazioni entro limiti precostituiti. Ne è un chiaro esempio la riduzione alle sole tipizzazioni contrattuali (o del codice disciplinare) della possibilità del giudice di valutare se il comportamento del lavoratore doveva essere punito con sanzione conservativa anziché con il licenziamento: il legislatore dimentica così che, al di là dell'esplicito richiamo all'art. 2106 cod. civ., costituisce principio generale la regola della proporzionalità tra infrazione addebitata al lavoratore e licenziamento (principio proprio altresì del diritto dell'UE, e ribadito più volte dalla CGUE) in materia di sanzioni. Per quanto riguarda poi la giustificazione "oggettiva", il legislatore pretende di costringere la valutazione del giudice entro i paletti segnati dalla distinzione tra la "manifesta insussistenza del fatto" e la sussistenza del fatto, non sufficiente però a giustificare il licenziamento, trascurando di considerare che la giustificazione oggettiva per lo più non è basata direttamente su fatti, ma su valutazioni dell'imprenditore in ordine al venir meno della convenienza della conservazione di un posto di lavoro, nella quale i fatti giocano un ruolo secondario.

La pervicace intenzione di contenere al massimo la valutazione discrezionale del giudice, nasce, tra l'altro, dall'equivoco teorico di ravvisare "clausole generali" nelle definizioni legali della giusta causa e del giustificato motivo, laddove si tratta piuttosto di "norme aperte", o meglio "vaghe": Le definizioni (prescrittive, come tutte le definizioni legali), fanno

¹⁵ La doverosità della giustificazione risponde, oltre che all'art. 4 Cost., a quanto previsto dalle fonti europee: l'art. 24 della Carta sociale europea; l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ed è una regola inderogabile.

rinvio a canoni tecnici (specie in materia di inadempimento); in esse ricorrono tuttavia anche espressioni che esigono valutazioni dell'interprete (notevole inadempimento, causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto, esigenze tecnico-produttive), che lasciano al giudice un margine per il bilanciamento tra libertà dell'iniziativa economica e diritto al lavoro nella fattispecie concreta. Tale margine non è comprimibile fino a che le definizioni legali restano come sono, anche se il giudice dovrà tener conto della nuova graduazione tra giustificazioni insussistenti e giustificazioni insufficienti nel decidere in ordine alla sanzione da applicare.

La volontà di limitare le valutazioni discrezionali del giudice è chiara. Ma anche una rozza teoria dell'interpretazione del diritto è sufficiente per capire che la discrezionalità del giudice è ineliminabile.

6. Mi fermo qui. Molto ci sarebbe ancora da dire: ma anche limitandosi ai pochi punti che ho brevemente trattato, viene da chiedersi se davvero era il caso di varare in tutta fretta una riforma della quale si stenta a capire se le contingenti ragioni di urgenza vadano oltre la volontà di mostrare che un altro dei compiti a casa assegnatici di falchi europei del rigore è stato fatto. Per la ristrutturazione del nostro disastroso mercato del lavoro temo che occorrerà attendere tempi migliori.

