

ADL

ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

FONDATI DA MATTIA PERSIANI

DIRETTI DA

Mattia Persiani e Franco Carinci

2/2015

Licenziamento disciplinare e clausole elastiche

**Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro:
i campi esclusi dal *jobs act***

Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel *jobs act*

Organizzazione degli uffici pubblici in "forma privatistica"

Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del *jobs act*

Il salario minimo legale nel *jobs act*

Due problemi interpretativi della nuova disciplina dei licenziamenti

Stato di disoccupazione dei disabili idonei nei concorsi pubblici - Trasferimento di ramo d'azienda e interesse ad agire dei lavoratori - Incompatibilità tra indennità di mobilità e svolgimento di lavoro autonomo - Condizioni di punibilità dell'omesso versamento di ritenute previdenziali - Retribuibilità del tempo per la vestizione della divisa da lavoro - Uso promiscuo dell'auto aziendale e revoca dei *fringe benefits* -

Successione negli appalti *labour intensive* e diritto all'indennità di funzione -

Accordi separati e tutela del dissenso nella giurisprudenza.

www.edicolaprofessionale.com/ADL

MARCO MARAZZA

Prof. ord. dell'Università di Roma Universitas Mercatorum

IL REGIME SANZIONATORIO DEI LICENZIAMENTI NEL *JOBS ACT*(¹)

SOMMARIO: 1. Le novità, in sintesi. – 2. Le ombre di una riforma che riguarda i nuovi assunti nel settore privato. – 3. L'ambito di applicazione del decreto. – 3.1. *Segue*: il vaglio di ragionevolezza (art. 3 Cost.). – 3.2. *Segue*: impiego pubblico e impiego privato. – 3.3. *Segue*: i rapporti speciali di lavoro. – 3.4. *Segue*: i lavoratori già dipendenti da datori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione della tutela obbligatoria. – 3.5. *Segue*: i rapporti di apprendistato e a termine convertiti a tempo indeterminato successivamente all'entrata in vigore del decreto. – 4. I licenziamenti disciplinari. – 4.1. *Segue*: reintegrazione e insussistenza del "fatto materiale". – 4.2. *Segue*: insussistenza del fatto materiale e irrilevanza disciplinare del fatto (nel senso di fatto che non è inadempimento o di fatto non imputabile). – 4.3. *Segue*: reintegrazione e preclusione di una verifica di proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione. – 4.4. *Segue*: qualche dubbio sulla razionalità dei rigidi criteri di quantificazione dell'indennizzo. – 4.5. *Segue*: i problemi sulla ripartizione dell'onere della prova. – 5. Il regime sanzionatorio del licenziamento disciplinare proceduralmente viziato, tra indennizzo e tutela reintegratoria. – 5.1. *Segue*: il problema della natura procedurale della violazione dei requisiti di tempestività e immediatezza. – 6. Il regime sanzionatorio del licenziamento per motivi oggettivi proceduralmente o formalmente viziato. – 7. La reintegrazione nei licenziamenti per disabilità fisica o psichica del lavoratore ed il problema del regime sanzionatorio del licenziamento per superamento del comportamento. – 8. Ipotesi di nullità del licenziamento non tipizzata e reintegrazione di diritto comune.

1. – Per coloro che verranno assunti a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, con il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (²) entra in vigore una nuova disciplina dei licenziamenti destinata a sostituire, a seconda della dimensione occupazionale del datore di lavoro, sia l'art. 18 della legge n. 300 del 1970 (la cosiddetta "tutela reale") che l'art. 8 della legge n. 604 del 1966 (la cosiddetta "tutela obbligatoria").

Le novità non riguardano i presupposti giustificativi del recesso datoriale, che come prima deve essere sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo, ma alcuni aspetti procedurali (³), il regime processuale applicabile alle impugnazioni giudiziali (⁴), gli strumenti di incentivazione al-

(¹) Il contributo è destinato alla raccolta di scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo.

(²) Il decreto, emanato in attuazione della legge delega n. 183 del 2014, è pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 6 marzo 2015 (serie generale n. 54) e, ai sensi dell'art. 12 del decreto stesso, entra in vigore il giorno successivo a quello della pubblicazione.

(³) È stato superato l'obbligo del preventivo tentativo di conciliazione per i licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966.

(⁴) Alle impugnazioni giudiziali dei licenziamenti rientranti nel campo di applicazione del nuovo regime non trova applicazione il cosiddetto "rito Fornero" introdotto dall'art. 1, commi da 48 a 68, della legge n. 92 del 2012.

la composizione consensuale della controversia sulla risoluzione del rapporto di lavoro⁽⁵⁾, nonché, questo certamente l'aspetto più qualificante della riforma, parte dell'impianto sanzionatorio dei licenziamenti individuali e collettivi invalidi. Con una restrizione delle ipotesi di applicazione della sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro ed un nuovo criterio di quantificazione della mensilità di retribuzione utile per la quantificazione delle indennità risarcitorie del cosiddetto periodo intermedio o sostitutive della tutela reintegratoria⁽⁶⁾.

Fatti salvi i licenziamenti inefficaci perché intimati senza la forma scritta, i licenziamenti nulli⁽⁷⁾ ed i licenziamenti intimati per ragioni di disabi-

⁽⁵⁾ Il decreto introduce un interessante meccanismo di defiscalizzazione e decontribuzione della somma corrisposta al lavoratore alla cessazione del rapporto per licenziamento che, se accettata, comporta la rinuncia alla impugnazione della risoluzione del rapporto. La misura, certamente utile, è limitata ai soli lavoratori assunti a tempo indeterminato successivamente alla data di entrata in vigore del decreto e la quantità dell'indennizzo defiscalizzato (ma nulla esclude che a tale somma se ne possano aggiungere altre corrisposte per un diverso titolo, con applicazione del conseguente regime fiscale e contributivo) è vincolata. L'importo, compreso tra un minimo di 2 ed un massimo di 18 mensilità, è infatti quantificato in modo predeterminato nell'ordine di una mensilità della retribuzione di riferimento – ai sensi di quanto previsto dalla contrattazione collettiva applicata – per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Affinché operi il regime di defiscalizzazione è necessario che la somma sia offerta dal datore di lavoro al lavoratore entro il termine di sessanta giorni per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in una delle sedi protette ove è possibile perfezionare una valida rinuncia o transazione (ivi inclusa la sede deputata alla certificazione dei contratti di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003). La somma deve essere corrisposta mediante assegno circolare che, se accettato dal lavoratore, produce un effetto legale di rinuncia alla impugnazione del licenziamento. Nella medesima transazione possono essere corrisposte anche ulteriori somme a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro con applicazione, come detto, dell'ordinario regime fiscale e contributivo previsto per lo specifico titolo di attribuzione degli importi pattuiti.

⁽⁶⁾ Per la quantificazione delle indennità risarcitorie occorre prendere in considerazione l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, da quantificare alla luce delle specifiche previsioni della contrattazione collettiva applicata. Il criterio, dunque, non coincide più con la nozione – inderogabilmente omnicomprensiva – di ultima retribuzione globale di fatto.

⁽⁷⁾ Da un punto di vista letterale la massima sanzione della reintegrazione ad effetti risarcitori pieni è applicabile nel caso in cui il Giudice dichiari “*la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*”, ivi inclusa l'ipotesi di licenziamento inefficace perché intimato in forma orale. Dunque, a differenza dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, il decreto – fatto salvo l'esplicito riferimento all'art. 15 dello Statuto dei Lavoratori, non espone analiticamente tutte le diverse ipotesi di nullità del licenziamento ma la sostanza, a ben vedere, non potrebbe non cambiare rispetto a quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970. In primo luogo, il fatto che la reintegrazione debba essere disposta nei casi di nullità del licenziamento “*espressamente previsti dalla legge*” non autorizza ad affermare che questa sanzione sia applicabile solo ai casi in cui la legge sancisca, in modo specifico, la nullità di un atto negoziale tipico qual è il licenziamento. Ne deriva, pertanto, che la reintegrazione dovrà essere disposta anche nel caso in cui il licenziamento sia nullo ai sensi della più generale disciplina dell'invalidità degli atti negoziali perché, ad

lità fisica o psichica del lavoratore ⁽⁸⁾ che presentino un vizio di giustificazione, per i quali opera la sanzione della reintegrazione con effetti risarcitori pieni ⁽⁹⁾, la reintegrazione ad effetti risarcitori limitati nell'ammontare massimo di dodici mensilità ⁽¹⁰⁾ può essere disposta dal Giudice solo in

esempio, connotato da un motivo illecito, esclusivo e determinate, ai sensi dell'art. 1345 cod. civ. Del resto, a ritenere diversamente si dovrebbe poi concludere nel senso che ai dirigenti assunti successivamente all'entrata in vigore del decreto, ma comunque esclusi da suo campo di applicazione, troverebbe applicazione un regime sanzionatorio del licenziamento nullo (art. 18 della legge n. 300 del 1970) più rigido rispetto a quello applicabile ai nuovi assunti nella categoria impiegatizia. Perché, ad esempio, tra gli assunti successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, solo i dirigenti potrebbero invocare la nullità del cosiddetto licenziamento ritorsivo ai sensi dell'art. 1345 cod. civ. e non anche gli impiegati. Per altro verso, ove si volesse attribuire alla nuova formulazione legislativa ("agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge") un'efficacia selettiva delle ipotesi di nullità che danno luogo alla sanzione della reintegrazione ad effetti risarcitori pieni la conseguenza pratica dal punto di vista della tutela del lavoratore non risulterebbe poi così evidente in ragione del fatto che dovrebbe comunque trovare applicazione la sanzione della cosiddetta reintegrazione di diritto comune (sul punto, vedi *infra* nel testo al paragrafo n. 8). Sulla questione si veda anche F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", per il quale la nuova formulazione del decreto dilaterrebbe invece la sfera delle ipotesi di configurabilità del licenziamento discriminatorio. Più ambiguo, invece, può risultare il riferimento ai solo fattori discriminatori (ragioni sindacali, politiche, religiose, razziali, lingua, sesso, handicap, età, orientamento sessuale, convinzioni personali) contemplati dall'art. 15 della legge n. 300 del 1970, che per alcuni potrebbero non ricomprendere le discriminazioni per ragioni "origine etnica" di cui al d.lgs. n. 215 del 2003 (anche se, a parere di chi scrive, la piena tutela dei lavoratori licenziati per ragioni di origine etnica potrebbe senza troppe difficoltà trovare sostegno nell'art. 15 dello statuto dei lavoratori o, comunque, direttamente riconducendo la nullità del licenziamento alle previsioni del d.lgs. 215 del 2003).

⁽⁸⁾ Si rinvia al par. n. 7.

⁽⁹⁾ In questi casi continua a trovare applicazione la sanzione della reintegrazione con l'integrale risarcimento del danno per il cosiddetto periodo intermedio, nei termini sostanzialmente già previsti dalla attuale formulazione dei primi tre commi dell'attuale art. 18 della legge n. 300 del 1970. Da un punto di vista dei criteri di quantificazione dell'indennità risarcitoria dovuta per il cosiddetto periodo intermedio non deve essere presa a riferimento l'ultima retribuzione globale di fatto del lavoratore ma l'ultima retribuzione, potenzialmente più contenuta, di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto così come quantificata dalla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 2120 cod. civ.

⁽¹⁰⁾ In questi casi il Giudice dispone la reintegrazione del dipendente con effetti risarcitori commisurati alla durata del periodo intermedio ma comunque limitati ad un massimo di 12 mensilità, secondo il meccanismo già vigente nell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 per i licenziamenti più manifestamente ingiustificati. Le novità rispetto all'art. 18 sono circoscritte, come evidenziato da G. MIMMO, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183)*, dattiloscritto, e riguardano: a) il fatto che la mensilità da prendere in considerazione non è quantificata con riferimento all'ultima retribuzione globale di fatto del lavoratore ma prendendo in considerazione l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto così come quantificata dalla contrattazione collettiva ai sensi dell'art. 2120 cod. civ.; b) il chiarimento sul fatto che l'indennizzo massimo di dodici mensilità copre esclusivamente il periodo che intercorre dalla data del licenziamento a quella della sentenza che dispone la reintegrazione; c) il regime dell'*aliunde perceptum*, che nel decreto prevede che dal risarcimento venga dedotto quanto percepito dal lavoratore per

caso di licenziamenti disciplinari intimati da datori di lavoro che superano la nota soglia occupazionale di cui all'art. 18, commi ottavo e nono, della legge n. 300 del 1970 quando risulti insussistente il fatto materiale contestato al lavoratore (vedi *infra* n. 4-4.5).

In tutti gli altri casi, il licenziamento (sia individuale che collettivo ⁽¹¹⁾) invalido produce comunque l'effetto estintivo del rapporto di lavoro ed è sanzionato con un'indennità economica rigidamente parametrata all'anzianità di servizio ⁽¹²⁾, differenziata in considerazione della natura sostanziale ⁽¹³⁾ o procedurale ⁽¹⁴⁾ del vizio invalidante, il cui importo è comunque

lo svolgimento di altre attività lavorative “*nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 187*”. Viene dunque meno il riferimento, per il vero piuttosto generico, alla detrazione degli importi che il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. Più esplicitamente, ai fini dell'*aliunde perceptum* rileva, ai sensi del d.lgs. n. 181 del 2010, il “*rifiuto senza giustificato motivo di una congrua offerta di lavoro a tempo pieno ed indeterminato o determinato o di lavoro temporaneo ai sensi della legge 24 giugno 1997, n. 196, nell'ambito dei bacini, distanza dal domicilio e tempi di trasporto con mezzi pubblici, stabiliti dalle Regioni*”.

⁽¹¹⁾ È da valutare positivamente l'estensione del nuovo regime sanzionatorio anche ai licenziamenti collettivi viziati sotto il profilo procedurale o della applicazione dei criteri di scelta, ove però emergerà con ancora più evidenza l'irrazionalità di un impianto di riforma destinato esclusivamente ai nuovi assunti. Ai licenziamenti collettivi viziati trova pertanto applicazione l'indennizzo previsto in caso di vizio di motivazione (variabile tra 4 e 24 mensilità), indipendentemente dal fatto che l'invalidità derivi dal mancato rispetto della procedura o dei criteri di scelta. Un dubbio sul regime sanzionatorio applicabile si potrebbe in verità porre nel caso in cui la procedura di licenziamento collettivo sia impugnata dalle organizzazioni sindacali con un ricorso ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970 giacché in tal caso, a fronte di una condotta accertata come antisindacale, si porrebbe il problema di sapere se il provvedimento del giudice possa rimuovere gli effetti della condotta antisindacale anche disponendo la reintegrazione dei lavoratori licenziati.

⁽¹²⁾ Nell'ambito degli appalti il criterio dell'anzianità di servizio subisce una peculiare modulazione giacché ai fini della quantificazione del risarcimento si computa l'anzianità complessivamente maturata dal dipendente nell'attività appaltata, anche se prestata a favore di diversi datori di lavoro. La formulazione risulta piuttosto vaga e non è ben chiaro se il correttivo operi solo in caso di passaggio da un datore di lavoro all'altro senza soluzione di continuità. L'ampiezza del testo, che fa riferimento al “*lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa che subentra nell'appalto*” non sembra porre limiti alla ricongiunzione dei periodi di servizio ai fini specifici della quantificazione dell'anzianità di servizio utile alla determinazione dell'indennizzo. Dunque la disposizione sembra applicabile anche nel caso di lavoratore riassunto dall'appaltatore che subentra nell'appalto a distanza di tempo dall'avvio delle attività appaltate.

⁽¹³⁾ In presenza di un vizio di giustificazione l'indennizzo è esente da contribuzione previdenziale e può variare da 4 a 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La quantificazione dell'indennizzo non è rimessa alla valutazione del giudice in quanto esclusivamente condizionata dall'anzianità di servizio del lavoratore. Nei tetti minimi e massimi appena detti, l'indennizzo aumenta con la progressione di due mensilità per ogni anno di servizio. In caso di recesso intimato nel corso dell'anno di servizio l'indennità è proporzionata ai mesi di vigenza del rapporto, computandosi per mese intero quello in cui il rapporto di lavoro è risultato attivo per almeno quindici giorni.

⁽¹⁴⁾ Ove il licenziamento presenti vizi formali o procedurali l'indennizzo è ridotto ed è

ridotto in caso di lavoratori occupati da datori di lavoro rientranti nel campo di applicazione della tutela obbligatoria ⁽¹⁵⁾.

2. – Da un punto di vista generale occorre considerare che la nuova e più flessibile disciplina del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi si applica, come noto, solo ai nuovi assunti (vedi *infra* n. 3 - 3.5). È chiaramente il frutto di un difficile compromesso politico, ma i limiti di questa opzione, che connota le fondamenta stesse della riforma, si possono cogliere almeno da due diversi punti di vista.

In primo luogo è da valutare se una riforma così impostata sia coerente con l'attuale congiuntura economica oppure no ⁽¹⁶⁾. Perché se è vero che un alleggerimento delle sanzioni contro i licenziamenti può incentivare nuove assunzioni, soprattutto unitamente agli sgravi contributivi introdotti dalla legge di stabilità (art. 1, comma 118, legge n. 190 del 2014), che pure qualche dubbio sollevano ⁽¹⁷⁾, resta comunque da verificare se l'innova-

compreso tra un minimo di due ed un massimo di 12 mensilità, con incremento progressivo di una mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio. Questo regime sanzionatorio alleggerito si applica nel caso in cui il licenziamento sia intimato in violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o in caso di violazione della procedura disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970. L'indennizzo ridotto, dunque, non è applicabile in caso di licenziamento collettivo intimato in violazione della procedura di informazione e consultazione sindacale, per il quale si applica l'indennizzo pieno compreso tra 4 e 24 mensilità.

⁽¹⁵⁾ Per i datori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione della cosiddetta tutela obbligatoria l'indennizzo è l'unica sanzione applicabile giacché la reintegrazione è esclusa anche per i licenziamenti disciplinari viziati. L'ammontare "delle indennità e dell'importo", si legge nel decreto, è dimezzato rispetto a quanto previsto per i datori di lavoro che superano la soglia dimensionale di cui all'art. 18, commi ottavo e nono, della legge n. 300 del 1970. Il riferimento all'importo, oltre che all'indennità, significa che per questi lavoratori l'indennità è quantificata con la progressione di mezza mensilità (anziché una) dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio (in caso di licenziamento che presenta vizi di forma o procedura) e di una mensilità (anziché due) dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio in caso di licenziamento che presenta vizi di giustificazione. L'indennità non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità, ma non è chiaro se trovi applicazione la soglia minima di indennizzo, eventualmente dimezzata rispetto al regime applicabile ai datori di lavoro che soddisfano i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi ottavo e nono, della legge n. 300 del 1970.

⁽¹⁶⁾ Per R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del jobs act*, in corso di pubblicazione su *Mass. Giur. Lav.*, gli effetti del decreto sono destinati a manifestarsi nel corso del prossimo decennio, anche tenuto conto dell'impatto della riforma pensionistica del 2011.

⁽¹⁷⁾ Solo per i nuovi assunti nel 2015 con contratto a tempo indeterminato l'art. 1, comma 118, della legge n. 190 del 2014 introduce un significativo sgravio contributivo per la durata di tre anni. Un'incentivazione di tale portata concentrata sulle nuove assunzioni effettuate nel 2015 rischia di alimentare l'avvio di nuove attività che possono gravemente alterare la concorrenza tra imprese, in maniera eccessiva soprattutto nei settori *labour intensive* nei quali il costo del lavoro rappresenta la parte più significativa del costo di impresa, con potenziali ricadute sulla conservazione degli attuali livelli occupazionali e, conseguentemente, sulla spesa

zione sia storicamente adeguata in una fase economica recessiva contraddistinta da una bassa domanda di lavoro e, soprattutto, dall'esigenza di assecondare i processi di riconversione del sistema produttivo che coinvolgono, essenzialmente, il personale già occupato.

In secondo luogo il fatto che la nuova disciplina dei licenziamenti sia destinata solo ai nuovi assunti non solo introduce una ulteriore sottocategoria di *insider* e *outsider* ma scoraggia la mobilità degli attuali occupati, certamente poco incentivati a cambiare lavoro e datore di lavoro per il timore di perdere le tutele di cui oggi beneficiano, con ricadute immediate anche sui processi di riorganizzazione in corso (18).

3. – I destinatari delle nuove regole sono tutti i “*lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati e quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore*” del decreto, anche se assunti da datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale di istruzione ovvero di religione o di culto, sino ad oggi esclusi dal campo di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 ai sensi dell'art. 4, primo comma, della legge n. 108 del 1990 (19).

pubblica necessaria per finanziare gli ammortizzatori sociali. Ciò a maggior ragione anche considerato il rischio che al termine del periodo incentivato potrà in molti casi emergere l'insostenibilità dell'incremento del costo del lavoro con conseguenze imprevedibili per gli stessi lavoratori neo assunti. È da evidenziare, infatti, che al termine del periodo incentivato il datore di lavoro potrà risolvere il rapporto di lavoro avvalendosi della nuova flessibilità in uscita senza perdere il diritto alla riduzione dei contributi previdenziali di cui ha usufruito nel corso del triennio e che, in tale evenienza, alle finanze pubbliche si dovrà registrare un aggravio di spesa per l'erogazione dei trattamenti di disoccupazione.

(18) Basti pensare, solo per fare un esempio, alle innumerevoli procedure di mobilità che quotidianamente si chiudono con accordi sindacali che ai sensi dell'art. 5 della legge n. 223 del 1991 prevedono quale unico criterio di scelta per la risoluzione del rapporti di lavoro quello della non opposizione del dipendente. È quanto meno probabile che il regime destinato ai nuovi assunti comporti, in questi casi, la necessità di un significativo incremento delle somme che i datori di lavoro destinano normalmente alla incentivazione delle non opposizioni alla collocazione in mobilità.

(19) A questi particolari datori di lavoro si applica infatti la disciplina del decreto con la conseguenza che, solo per le nuove assunzioni, cambia il regime sanzionatorio dei licenziamenti invalidi. La formulazione letterale del decreto potrebbe fare sorgere il dubbio che il nuovo regime trovi applicazione anche per il personale già occupato in queste particolari organizzazioni ma tale conclusione è in parte impedita dal contenuto della legge delega (che rivolge espressamente il nuovo regime ai nuovi assunti) e, per altra parte, anche superabile in considerazione del fatto che per questi datori di lavoro trova applicazione l'intero decreto che, all'art. 1, delimita il suo campo di applicazione ai soli nuovi assunti. Per le organizzazioni di tendenza parte minoritaria della giurisprudenza aveva come noto escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 18 soltanto i lavoratori adibiti a mansioni “di tendenza” e non coloro che svolgessero attività c.d. neutre (Pret. Milano 24 luglio 1987, in *Riv. Giur. Lav.*, 1988, II, 499; v. anche Cass. 6 novembre 2001, n. 13721, in *Dir. Lav.*, 2002, II, 186). Con il decreto

3.1. – Al di là del riferimento contenuto nel titolo al “*contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*”, il decreto non introduce una tipizzazione della fattispecie in grado di fare emergere una specificità di requisiti rispetto al tradizionale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Più semplicemente, il contratto a tutele crescenti, caratterizzato più per i suoi effetti che per la fattispecie ad essi sottesa, sostituisce l’attuale contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato limitandosi ad introdurre per i nuovi assunti un nuovo modello di statuto protettivo contro i licenziamenti la cui sfera di applicazione, *ratione temporis*, resta esclusivamente condizionata dalla data di costituzione del vincolo obbligatorio⁽²⁰⁾.

Tale constatazione è probabilmente destinata ad alimentare qualche dubbio di legittimità costituzionale del nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi per contrasto con l’art. 3 Cost., soprattutto in considerazione della fattuale coesistenza all’interno della stessa organizzazione del lavoro di dipendenti diversamente tutelati pur a fronte della stipulazione di un identico contratto di lavoro, ove si ritenesse che la sola data di costituzione del rapporto di lavoro (pre o post l’entrata in vigore del decreto) non possa costituire un elemento differenziale in grado di giustificare, in sé, la razionalità formale e la ragionevolezza⁽²¹⁾ del diverso regime applicabile ai lavoratori subordinati assunti, in tempi diversi, con contratto a tempo indeterminato⁽²²⁾.

Tuttavia tale considerazione sembra superabile alla luce di quell’orientamento della Corte costituzionale che ha già in altre occasioni avuto modo di precisare che “*non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversifi-*

nelle organizzazioni di tendenza l’applicazione del nuovo regime sanzionatorio troverà invece applicazione senza alcuna distinzione in ragione delle mansioni affidate al dipendente.

⁽²⁰⁾ In tal senso anche R. Pessi, op. cit., che ribadisce come il contratto a tutele crescenti si inserisce nell’originaria matrice dell’art. 2094 cod. civ. senza dare luogo ad una duplicazione delle tipologie contrattuali.

⁽²¹⁾ Corte cost. n. 172 del 1996. Ma si veda anche Corte cost. n. 206 del 1999 per la quale la ragionevolezza è da intendersi anche come non arbitrarietà, che si ravvisa quando la scelta del legislatore è sostenuta da un’adeguata ragione giustificatrice.

⁽²²⁾ Sul rapporto tra ragionevolezza e giudizio di eguaglianza, G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, pag. 25 e segg., che mette in evidenza le diverse fasi in cui tradizionalmente si articola la valutazione di ragionevolezza a partire dalla verifica in merito alla omogeneità delle situazioni poste a raffronto, onde accertare la loro comparabilità (nel nostro caso, gli assunti con contratto a tempo indeterminato prima e dopo l’entrata in vigore del decreto). Nel caso di specie, dunque, il punto centrale consiste proprio nel sapere se le situazioni comparate sono o no omogenee, rilevando a tal riguardo la forza differenziale della sola data di costituzione del rapporto di lavoro. Data che, se successiva alla entrata in vigore del decreto, determina l’applicazione di un nuovo e alleggerito regime sanzionatorio.

cazione delle situazioni giuridiche, (...), essendo conseguenza dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo” (23).

Ond'è che, seguendo tale principio, anche valutato l'attuale quadro socio economico, il decreto potrebbe superare positivamente il giudizio di ragionevolezza che, “lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti” (24).

Ciò, quanto meno, ove si considerasse il nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti proporzionato e coerente (25) rispetto al mutato contesto socio economico ed alla finalità, dichiarata dal legislatore delegante, di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione” (art. 1, comma 7, legge n. 183 del 2014) (26).

3.2. – La lettura coordinata della legge delega (legge n. 183 del 2014) e del decreto attuativo non offre riferimenti testuali diretti per concludere nel senso dell'esclusione del pubblico impiego dal nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti, pur essendo oramai nota la volontà del Governo di affrontare la materia nell'ambito della riforma della pubblica amministrazione (con ciò avvalorando la tesi che la normativa oggi in esame è riferita esclusivamente all'impiego privato).

Invero, l'assenza di una esplicita esclusione del pubblico impiego dal

(23) Corte cost. 13 novembre 2014, n. 254 in ordine al possibile contrasto con l'art. 3 Cost., sotto il profilo della disparità di trattamento, del nuovo regime della responsabilità solidale applicabile agli appalti (art. 29 del d.lgs. 276/2003). Nello stesso senso anche le ordinanze della Corte costituzionale n. 25 del 2012, n. 224 del 2011, n. 61 del 2010, e n. 77 del 2008.

(24) Corte cost. n. 1130 del 1988.

(25) La ragionevolezza può essere rappresentata anche come coerenza, che difetta nel caso in cui “la legge manca il suo obiettivo e tradisce la sua ratio” (Corte cost. n. 43 del 1997).

(26) Da questo punto di vista potrebbero dunque tornare utili i criteri di interpretazione della legge orientati alla analisi degli effetti che la stessa produce nel mercato. Si tratta di criteri ermeneutici elaborati dalla dottrina inglese con la denominazione di “argomento consequenzialista” (MAC CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978) e da quella tedesca sotto forma di tecnica di “argomentazione orientata alle conseguenze” (LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974). Ma un siffatto approccio ermeneutico è stato anche in Italia teorizzato da Luigi Mengoni nello schema argomentativo della “interpretazione pragmatica della legge” (L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1994). Più recentemente, sul tema si segnalano le interessanti letture di M. D'ANTONA, *L'anomalia post positiva del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1990; R. DEL PUNTA, *Ragioni economiche, tutela dei lavoratori e libertà del soggetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002; M. NOVELLA, *Analisi economica e interpretazione nel diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002.

campo di applicazione della legge delega e del decreto lascerebbe propendere per la soluzione opposta e, cioè, per un'applicazione generalizzata del nuovo regime in coerenza con quanto stabilisce l'art. 2, comma secondo, del d.lgs. n. 165 del 2001 ⁽²⁷⁾.

D'altra parte resta comunque da osservare che l'esclusione del pubblico impiego dal campo di applicazione del decreto potrebbe essere argomentata alla luce del fatto che per i pubblici dipendenti non trova applicazione l'art. 2095 cod. civ. e, quindi, neanche la classificazione del personale in operai, impiegati, quadri e dirigenti ivi contenuta ⁽²⁸⁾.

Ond'è che, facendo il decreto riferimento proprio ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati e quadri, la nuova disciplina dei licenziamenti potrebbe, forse per questa specifica ragione, ma pur sempre con qualche sofferenza argomentativa, non essere applicabile ai dipendenti pubblici.

Ciò non toglie, bene inteso, che la differenziazione di regime tra pubblico e privato appaia comunque discutibile. Se è pur vero che nella pubblica amministrazione il licenziamento per motivi economici può essere considerato marginale, giacché la relativa disciplina è di fatto sostituita da quella sulla mobilità del lavoratore, a parere di chi scrive non vi è alcun motivo per tutelare diversamente i dipendenti pubblici e privati in caso di licenziamenti disciplinari. Anzi, proprio nel pubblico impiego l'interesse generale intensifica il vincolo fiduciario sotteso al rapporto di lavoro e richiede, a ben vedere, una maggiore responsabilizzazione del dipendente.

3.3. – Resta comunque un dubbio non trascurabile sul fatto che per come è formulato il decreto la disciplina, se interpretata in modo strettamente letterale, potrebbe non essere applicabile ad alcune speciali tipologie di lavoratori subordinati che non è possibile inquadrare nelle tradizionali categorie (operai, impiegati e quadri) di cui all'art. 2095 cod. civ.

⁽²⁷⁾ In questo senso anche G. MIMMO, op. cit.

⁽²⁸⁾ In tal senso Cass. 5 luglio 2005, n. 14193 “*al rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dopo la cosiddetta privatizzazione non è applicabile la disciplina prevista in materia di categorie e qualifiche per il settore privato, con la relativa individuazione dei quadri (art. 2095 cod. civ. e legge n. 190 del 1985), stante la specialità del regime giuridico previsto per il primo, soprattutto con riferimento al sistema delle fonti cosicché la contrattazione collettiva può intervenire senza incontrare il limite dell'inderogabilità delle norme concernenti il lavoro subordinato privato, quale emerge dal complesso normativo del D.Lgs. n. 165 del 2001, testo che ora costituisce lo “statuto” di tale rapporto di lavoro (...)*”. Sulla incerta applicabilità dell'art. 2095 cod. civ. al pubblico impiego, U. CARABELLI - M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2010, pag. 168. Nel senso della applicabilità del d.lgs. n. 23 del 2015 al pubblico impiego, G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23*, in *giustiziavivile.com*.

Il problema si pone, anzitutto, per gli apprendisti, già esclusi dal campo di applicazione della legge n. 604 del 1966 dall'art. 10 della medesima legge che, con formulazione analoga a quella utilizzata dal decreto, dispone(va⁽²⁹⁾) che le norme di quella legge si applicano “*nei confronti dei prestatori di lavoro che rivestano la qualifica di impiegato e di operaio, ai sensi dell'articolo 2095 del Codice civile*”.

Se il presupposto della pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 10 della legge n. 604 del 1966 nella parte in cui non ricomprendeva gli apprendisti era proprio l'esclusione di questi lavoratori subordinati dalle categorie di dipendenti lavoratori individuate da quella disposizione è chiaro, a ben vedere, che il medesimo problema si può porre con riferimento al decreto in commento. E ciò pur essendo opportuno rimarcare come per gli apprendisti, ai sensi dell'art. 2, comma primo, lett. I), del d.lgs. n. 167 del 2011, in caso di licenziamento privo di giustificazione intimato durante il periodo di formazione “*trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente*”. La mancata individuazione di uno specifico regime sanzionatorio rende la norma strutturalmente aperta alle successive evoluzioni legislative e ciò potrebbe agevolare l'applicazione della nuova disciplina introdotta dal decreto per i contratti di apprendistato – che sono pur sempre contratti di lavoro a tempo indeterminato – stipulati dopo la sua entrata in vigore.

Per fare un altro esempio di significativa portata si pensi anche al personale navigante del settore marittimo ed aeronautico – per il quale la classificazione del personale è contenuta direttamente nel codice della navigazione (artt. 129, 130, 322, 732 Cod. Nav.) – cui la Corte Costituzionale aveva già esteso la disciplina comune dichiarando l'incostituzionalità sia dell'art. 10 della legge n. 604 del 1966 che dell'art. 35 della legge n. 300 del 1970, nella parte in cui queste disposizioni escludevano il personale navigante rispettivamente dal campo di applicazione della legge n. 604 del 1966 (proprio in ragione della impossibilità di ricondurre tale personale alle categorie di cui all'art. 2095 cod. civ.) e dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970⁽³⁰⁾.

L'irrazionalità della esclusione di tali categorie di lavoratori dalla nuova disciplina potrebbe esporre il decreto ad alcuni profili di incostituzionalità, pur essendo evidente che una eventuale pronuncia di incostituzionalità – a differenza di quanto accaduto in passato – avrebbe questa volta l'ef-

⁽²⁹⁾ Sino alla pronuncia della Corte costituzionale che ha esteso anche agli apprendisti l'applicazione della legge n. 604 del 1966, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 10 di quella legge nella parte in cui esclude gli apprendisti. Corte cost. 22-28 novembre 1973, n. 169.

⁽³⁰⁾ Corte cost. n. 96 del 1987; Corte cost. n. 41 del 1991.

fetto di estendere a categorie di lavoratori non espressamente contemplate dal decreto l'applicazione di uno statuto protettivo per loro di minor vantaggio rispetto all'attuale.

È comunque plausibile che anche prima di un possibile, forse auspicabile, intervento additivo della Corte Costituzionale si possa giungere in via interpretativa, proprio al fine di preservare la coerenza della norma con il dettato costituzionale, ad affermare l'estensione del campo di applicazione del decreto a tutte le categorie di lavoratori subordinati a tempo indeterminato sopra menzionate⁽³¹⁾. Ciò pur dovendo mettere in conto una prevedibile ritrosia della giurisprudenza ad estendere il campo di applicazione del decreto oltre quanto previsto dal dato strettamente letterale.

Resterebbero dunque esclusi dalla nuova disciplina i dirigenti, chiaramente non assimilabili alle categorie di lavoratori (operai, impiegati, quadri) cui il decreto si rivolge, e quei rapporti speciali di lavoro, non sussumibili nelle categorie di cui all'art. 2095 cod. civ., che erano e sono destinatari di un loro speciale regime di tutela. Si pensi ai lavoratori domestici (il cui regime di impegno speciale è contenuto nella legge n. 339 del 1958) ed agli sportivi professionisti (legge n. 91 del 1981).

3.4. – Oltre che ai nuovi assunti, la disciplina introdotta dal decreto si applica anche ai dipendenti già occupati da datori di lavoro che oggi rientrano nel campo di applicazione della cosiddetta “*tutela obbligatoria*”, nel caso in cui per effetto delle assunzioni effettuate successivamente all'entrata in vigore del decreto sia superata una delle soglie dimensionali stabilite dall'art. 18, commi ottavo e nono, della legge n. 300 del 1970.

La disposizione persegue il condivisibile obiettivo di non ostacolare le nuove assunzioni a tempo indeterminato nelle imprese di piccole dimensioni ma introduce, di fatto, una nuova disciplina dei licenziamenti applicabile anche a coloro che sono già occupati.

Emerge pertanto un serio rischio di superamento dei limiti della delega, con possibile rischio di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 76 e 77 Cost., giacché ai sensi dell'art. 1, comma 7, lett. c), della legge n. 183 del 2014 il Governo era delegato ad introdurre una nuova disciplina del regi-

⁽³¹⁾ Il personale nautico potrebbe essere incluso nell'ambito di applicazione della nuova disciplina, tenendo conto di quell'orientamento giurisprudenziale che in passato aveva ritenuto sufficiente “*la circostanza che i rapporti di arruolamento dei lavoratori del settore (fossero) qualificabili come rapporti di lavoro a tempo indeterminato (...) a rendere applicabili la legge 15 luglio 1966, n. 604 (con i relativi requisiti di forma e di giustificazione sostanziale del licenziamento), nonché l'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300*” (Cass. 11 aprile 2005, n. 7368), spostando pertanto l'attenzione sul rapporto di lavoro piuttosto che sulla categoria legale di appartenenza.

me sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi solo “*per le nuove assunzioni*” (32).

3.5. – Nella sua formulazione finale il decreto dispone che la disciplina in esso contenuta trova applicazione “*anche nei casi di conversione, successiva all’entrata in vigore del decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato*”.

Al di là degli appunti stilistici che si potrebbero muovere al concetto di conversione a tempo indeterminato del contratto di apprendistato, che in verità è un contratto che già nasce a tempo indeterminato, anche questa disposizione – per le medesime ragioni esposte nel paragrafo che precede – potrebbe presentare un vizio di eccesso di delega se interpretata nel senso che la nuova disciplina si applica anche al rapporto convertito successivamente all’entrata in vigore del decreto ma costituito (come contratto a termine o di apprendistato) antecedentemente a quella data.

Ne deriva, a ben vedere, che secondo un’interpretazione costituzionalmente orientata la disposizione in commento potrebbe essere intesa nel senso che la conversione a tempo indeterminato determina l’applicazione del nuovo regime delle tutele crescenti solo nel caso in cui il contratto a termine o il rapporto di apprendistato siano costituiti successivamente alla data di entrata in vigore del decreto e, poi, convertiti.

Anche se, a ben vedere, ragionando in questo modo si finisce per avvalorare l’idea che il contratto di apprendistato, sino al momento della sua eventuale “conversione”, non rientra nel campo di applicazione della nuova disciplina (vedi sopra n. 3.3.).

Ove, invece, la disposizione fosse applicabile anche ai rapporti a termine e di apprendistato costituiti antecedentemente al 7 marzo 2015, ma convertiti successivamente a questa data, l’applicazione del nuovo regime delle tutele crescenti dovrebbe operare, indistintamente, sia nel caso di conversione negoziale che di conversione giudiziale.

(32) Si richiama la definizione, ancora attuale, della figura dell’eccesso di delega, elaborata nella sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 1957, n. 3 che ascrive a tale categoria la “*mancaza, anche parziale, di delegazione, nonché l’uso del potere normativo da parte del Governo oltre il termine fissato, ovvero in contrasto con i predeterminati criteri direttivi o per uno scopo estraneo a quello per cui la funzione legislativa fu delegata*”. Se non può parlarsi di un sicuro decalogo in base al quale poter accertare la sussistenza dell’eccesso di delega è utile, comunque, richiamare a riguardo la sentenza della Corte cost. 2 aprile 2008, n. 98 che nel ricostruire gli orientamenti giurisprudenziali in materia fissa i seguenti passaggi interpretativi: “*il primo, relativo alla norma che determina l’oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l’altro, relativo alla norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi, senza tuttavia escludere un margine di discrezionalità da parte del legislatore delegato, il cui eventuale eccesso va individuato tenendo conto della ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente (...)*”.

In tal senso, almeno per quanto riguarda i contratti a tempo determinato, è certamente rilevante notare che l'art. 32, comma quinto, della legge n. 183 del 2010 fa espressamente riferimento al concetto di "conversione" del contratto a termine. Per altro verso, il fatto che in questi casi la conversione produca effetto con decorrenza dalla data di costituzione del rapporto non sembra potere escludere l'ingresso nel regime sanzionatorio del d.lgs. n. 23 del 2015 il cui campo di applicazione, a ben vedere, in queste specifiche ipotesi sembra definito con riguardo alla data dell'atto che dispone la conversione del contratto piuttosto che alla decorrenza dei suoi effetti. Semmai andrà verificato con attenzione se questa dilatazione del campo di applicazione delle tutele crescenti possa essere estesa anche alle ipotesi di conversione di contratti di somministrazione e di contratti di lavoro a progetto, pur essendo in questo secondo caso necessario tenere ben distinte le ipotesi sanzionatorie del primo e del secondo comma dell'art. 69 del d.lgs. n. 276 del 2003.

4. – In caso di licenziamento disciplinare viziato sono più circoscritte le ipotesi in cui il Giudice può disporre la reintegrazione del lavoratore, anche se la formulazione del decreto lascia prevedere alcune incertezze applicative affatto trascurabili.

Testo alla mano, in caso di licenziamento disciplinare il Giudice potrà disporre la reintegrazione esclusivamente quando *"sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento"*.

4.1. – Il decreto precisa, in ciò allineando la disciplina legale alla più recente giurisprudenza della Suprema Corte ⁽³³⁾, che l'insussistenza deve ri-

⁽³³⁾ Sul significato da attribuire alla insussistenza del "fatto" contestato ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 si è come noto espressa la Corte di Cassazione con la sentenza 6 novembre 2014, n. 23669, stabilendo che *"in tema di licenziamento e reintegrazione ex art. 18 Stat. lav. come modificato dalla L. n. 92 del 2012 la reintegrazione nel posto di lavoro avviene solo in caso di verifica giudiziale della insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento medesimo rispetto alla quale non può esservi alcuna valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato"*. La sentenza supera quel diverso orientamento che faceva riferimento al cd. "fatto giuridico" inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo (Trib. Bologna 15 ottobre 2012). Per un commento alla sentenza della Suprema Corte si veda R. DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in corso di pubblicazione su *Riv. It. Dir. Lav.* In dottrina, sulla nozione di "fatto materiale" si rinvia a M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, n. 1 pag. 1 e segg.; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II,

guardare il “*fatto materiale*” contestato al lavoratore e, dunque, ma è facile prevedere una forte tensione interpretative sul punto, un fatto apparentemente depurato da ogni qualificazione giuridica⁽³⁴⁾.

Ne deriva, anzitutto, che ai fini dell'individuazione della sanzione applicabile l'accertamento riguarderà la sussistenza del comportamento contestato al lavoratore, con la precisazione che nel concetto di materiale sussistenza della condotta può essere considerato implicito, a ben vedere, anche quello della materiale riferibilità della stessa al lavoratore contestato. Ciò in quanto un fatto esistente, ma compiuto da altri, risulterebbe comunque insussistente avuto specifico riguardo alla sfera comportamentale del lavoratore destinatario della contestazione disciplinare.

4.2. – È difficile, invece, dire se nella categoria dell'insussistenza del fatto materiale debba anche rientrare l'ipotesi in cui il fatto contestato esiste, pur essendo del tutto privo di rilevanza disciplinare.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui il fatto contestato sia in sé oggettivamente privo di qualsiasi rilevanza disciplinare perché non costituisce un inadempimento o un comportamento comunque in grado di incidere sul vincolo fiduciario sotteso al rapporto di lavoro (licenziamento intimato al lavoratore per non aver salutato il superiore gerarchico) ovvero all'ipotesi

pag. 1067; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Risistemare il diritto del lavoro*, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Milano, 2012, pag. 875 e segg.; A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2012, pag. 621 e segg.; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 612 e segg. Sul fatto, come “fatto giuridico”, si rinvia a F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1049; Id., *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, n. 2, pag. 324, per il quale il fatto è da intendere in senso giuridico (senza che ciò comporti che la mera esclusione di una giusta causa o di un giustificato motivo possa determinare l'applicazione della sanzione reintegratoria) perché deve consistere in una condotta imputabile e colposa; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 785 e segg.; M.T. CARINCI, *Fatto “materiale” e fatto “giuridico” nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, pag. 1326 e segg.

(34) Sulla questione del fatto materiale va detto che non può essere in alcun modo ritenuta risolvete l'osservazione, piuttosto diffusa, per la quale l'ordinamento non conosce fatti materiali privi di una qualificazione giuridica. Con parole che sento di condividere profondamente, l'anomalia di questo assunto è stata bene messa in evidenza da M. PERSIANI, *ult. op. cit.*, pag. 10, per il quale, ricordando A. FALZEA (*Fatto giuridico*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967), un fatto giuridico ben può essere un fatto materiale cui l'ordinamento fa derivare la produzione di effetti giuridici, e R. DEL PUNTA, *op. cit.*, per il quale affermare che il fatto non può che essere giuridico “*non ha di per sé senso, giacché il legislatore, in astratto, può ben isolare la componente materiale di un fatto ... per imputare ad essa un effetto*”. Ciò che va tenuto distinto, in altri termini, è la componente materiale del fatto dagli effetti, ovviamente giuridici, che l'ordinamento ad esso può ricollegare.

in cui l'inadempimento esiste nella sua materialità ma sia determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile al lavoratore⁽³⁵⁾ (art. 1218 cod. civ.) e, quindi, difetti il requisito della colpa (il licenziamento intimato al lavoratore per un fatto commesso per ragioni di forza maggiore).

La risoluzione del rapporto, in questi casi, risulterebbe chiaramente ingiustificata per insussistenza di una giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ma si porrebbe comunque il problema di individuare la sanzione da applicare.

Inserendo tali ipotesi tra quelle che possono legittimare la reintegrazione del lavoratore, l'accertamento del Giudice riguarderebbe non solo la sussistenza materiale del fatto ma, a ben vedere, anche la sua qualificazione giuridica alla stregua di un inadempimento imputabile o meno. Una siffatta interpretazione, per alcuni, potrebbe sembrare una forzatura della lettera del decreto che, come visto, è chiaramente incentrata sulla materialità oggettiva del fatto piuttosto che sulla sua qualificazione.

D'altra parte è però evidente che un licenziamento intimato per fatti privi di rilevanza disciplinare o per fatti commessi senza alcuna colpa risulterebbe del tutto carente di motivazione e, quindi, anche se non nullo, certamente meritevole della sanzione più consistente⁽³⁶⁾.

Proprio in considerazione di ciò è ragionevole sostenere – salvo non voler alimentare un pericoloso ed imprevedibile percorso di dilatazione della fattispecie del licenziamento nullo, cui la giurisprudenza potrebbe contribuire invocando la nullità dell'atto per frode alla legge (art. 1344 cod. civ.)⁽³⁷⁾ – che l'“*insussistenza*” del “fatto materiale” deve essere intesa

⁽³⁵⁾ Nel diritto civile sul problema della rilevanza dell'imputabilità dell'inadempimento ai fini della legittimazione del rimedio della risoluzione per inadempimento, M. GIORGIANNI, *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, pag. 888, per il quale l'imputabilità non condiziona il diritto del creditore di risolvere comunque il contratto. Diversamente, nel senso che l'imputabilità dell'inadempimento assurge ad elemento costitutivo del diritto di risolvere il contratto (art. 1453 cod. civ.), A. BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, pag. 1316.

⁽³⁶⁾ Lo stesso problema si pone nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nel testo riformato nel 2012, ed ha infatti alimentato il noto dibattito tra “fatto materiale” e “fatto giuridico” di cui si è dato conto nelle note che precedono. Ma nell'art. 18 la questione, senza mettere in discussione la natura materiale del fatto, può essere comunque risolta dal secondo canale di accesso alla tutela reintegratoria in quanto il ripristino del rapporto di lavoro può comunque essere disposto – a differenza di quanto previsto per il contratto a tutele crescenti – quando il “fatto rientra tra le condotte punibili con sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicati”. In tal senso anche M. PERSIANI, op. cit., pag. 12.

⁽³⁷⁾ Ovvero, come segnalato da R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in corso di pubblicazione su *Arg. Dir. Lav.*, 2015, la dilatazione delle ipotesi di conversione del licenziamento in sanzione conservativa in applicazione di quei principi, già

non solo nel senso di “*non esistenza*” del comportamento contestato ma anche in quello di “*assoluta irrilevanza*” disciplinare (o, meglio, di “*insussistenza disciplinare*”) dello stesso. Con la conseguenza, dunque, che il fatto può essere considerato materialmente sussistente se integra un inadempimento – qualunque esso sia ⁽³⁸⁾ – imputabile. Mentre è escluso, come del resto chiarito anche dalla Suprema Corte, che l’indagine sulla sussistenza del fatto possa essere condizionata dalla sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo o, più in generale, da una qualsiasi valutazione sulla proporzionalità della sanzione rispetto alla infrazione.

Ciò, se non altro, perché la contestazione disciplinare ha pur sempre ad oggetto “l’addebito” (art. 7, comma secondo, della legge n. 300 del 1970) di un’infrazione (art. 7, comma primo, della legge n. 300 del 1970) disciplinare. Ond’è che se ciò che è contestato non risulta qualificabile alla stregua di un’infrazione, e cioè di un inadempimento (qualunque esso sia), la contestazione ha ad oggetto un fatto materiale *insussistente dal punto di vista disciplinare* ⁽³⁹⁾.

Per evitare imprevedibili e forse anche inutili tensioni interpretative sarebbe stato opportuno un chiarimento in via legislativa sulle questioni della rilevanza disciplinare e della imputabilità del fatto contestato. Chiaramento che non avrebbe dovuto in alcun modo spaventare i teorici della limitazione a tutti i costi della sanzione della reintegrazione proprio in considerazione del fatto, come ora si dirà, che il decreto stesso esclude esplicitamente – per l’individuazione della sanzione applicabile – ogni indagine sulla proporzionalità della sanzione rispetto alla infrazione.

4.3. – L’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, nei termini ora descritti, è l’unica ipotesi di accesso alla tutela reintegratoria. La differenza rispetto a quanto previsto dall’art. 18 della legge n. 300 del 1970 è significativa perché l’assenza di ulteriori canali di accesso alla tutela reintegratoria fa sì che una volta accertata la sussistenza del fatto contesta-

elaborati dalla giurisprudenza, che ora consentono alla magistratura di convertire il licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

⁽³⁸⁾ Si esprime nel senso che la reintegrazione opera anche nel caso di un “inadempimento al limite dell’irrelevante”, F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, op. cit. Ma il punto, a ben vedere, è che l’esclusione di ogni valutazione in merito alla proporzionalità circoscrive necessariamente l’indagine del giudice esclusivamente all’esistenza o meno di un inadempimento, indipendentemente dalla sua (anche minimale) entità.

⁽³⁹⁾ Semmai, come sopra evidenziato, può essere considerata più controversa la rilevanza del requisito della imputabilità dell’inadempimento, tenuto anche conto del dibattito che ancora affanna i civilisti sulla rilevanza o meno della imputabilità dell’inadempimento, certamente necessaria per la fondatezza dell’azione risarcitoria, anche ai fini della risoluzione del contratto (art. 1453 cod. civ.).

to al Giudice è preclusa, ai soli fini della individuazione della sanzione applicabile, ogni indagine e valutazione in merito alla proporzionalità tra infrazione e sanzione.

Il principio, va da subito chiarito a scanso di ogni equivoco, non limita la discrezionalità del Giudice nella valutazione della proporzionalità del licenziamento al fine di accertarne l'eventuale ingiustificatezza. Come sempre, al Giudice compete in primo luogo il comito di accertare se i motivi posti a base del licenziamento siano sussumibili nelle fattispecie di giusta causa o giustificato motivo, anche alla stregua della verifica di proporzionalità effettuata ai sensi dell'art. 2106 cod. civ. e delle disposizioni del codice disciplinare.

Piuttosto, ed è questa la novità più rilevante introdotta dal decreto, perché supera l'art. 18 della legge n. 300 del 1970 nella parte in cui dispone la reintegrazione nei casi in cui il codice disciplinare preveda sanzioni di tipo conservativo per l'infrazione oggetto di contestazione risultata sussistente, al Giudice che ritenga il licenziamento ingiustificato è oggi precluso ogni accertamento di proporzionalità ai fini della individuazione della sanzione applicabile al licenziamento ingiustificato intimato per un fatto materiale sussistente.

Ne deriva che in presenza di una infrazione disciplinare di qualsiasi tipo, purché provata nella sua materiale sussistenza in giudizio, troverà sempre applicazione la tutela indennitaria. Dunque, se il datore di lavoro ha licenziato il lavoratore per un ritardo di pochi minuti, realmente esistito, la reintegrazione non potrà essere disposta ed il lavoratore illegittimamente licenziato avrà diritto ad un indennizzo proporzionato alla sua anzianità di servizio.

4.4. – È in questo passaggio specifico del decreto che può emergere, anche alla luce delle fonti sovranazionali (art. 30 CDFUE; art. 24 della Carta Sociale Europea), un dubbio di razionalità sull'impianto del nuovo sistema sanzionatorio.

Non tanto avuto riguardo al più ristretto margine di operatività della sanzione della reintegrazione quanto, piuttosto, al connesso meccanismo di quantificazione dell'indennizzo il cui ammontare è esclusivamente proporzionato all'anzianità di servizio e, di conseguenza, espone ad un rischio di sotto protezione i dipendenti con minore anzianità di servizio nei casi di licenziamenti intimati in palese violazione del principio di proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione. È proprio in questi casi, a ben vedere, che potrebbe emergere un profilo di non congruità dell'indennizzo, pur essendo evidente che l'art. 30 CDFUE non pone vincoli espressi sui criteri di quantificazione del risarcimento e che, in ogni caso, appare comunque

difficile individuare dei parametri di riferimento per valutare l'eventuale violazione dell'impegno a riconoscere il "*diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione*" (art. 24 Carta Sociale Europea) ⁽⁴⁰⁾.

Era forse preferibile, per conferire maggiore certezza ed equilibrio all'impianto sanzionatorio, escludere del tutto l'ipotesi di reintegrazione in caso di licenziamento viziato e, comunque, modulare l'indennizzo in una componente fissa legata all'anzianità di servizio del lavoratore ed in una componente variabile, quantificata dal Giudice alla luce del caso concreto preso in considerazione.

In questo modo i datori di lavoro avrebbero avuto la certezza di non dover reintegrare il lavoratore ed i lavoratori licenziati ingiustificatamente per futili motivi avrebbero avuto, come giusto, diritto ad un indennizzo economico maggiormente consistente a prescindere dalla loro anzianità di servizio.

4.5. – Un problema rilevante che si pone è poi quello di capire se il decreto, nella parte in cui afferma che l'insussistenza del fatto materiale deve essere "*direttamente dimostrata in giudizio*", abbia inteso in qualche modo anche superare il principio che pone in capo al datore di lavoro l'onere di provare la giustificatezza del licenziamento (art. 5 della legge n. 604 del 1966).

La questione è di grande importanza ma la lettera del decreto non offre adeguate certezze ed induce alcuni primi commentatori, comprensibilmente, a concludere nel senso che nulla è cambiato rispetto a prima ⁽⁴¹⁾. È difficile, però, fare finta che la formulazione del decreto non abbia una portata innovativa.

Per inquadrare correttamente il problema occorre anzitutto evidenziare che il decreto non esclude affatto l'applicabilità dell'intera legge n. 604 del 1966 al nuovo contratto di lavoro a tutele crescenti limitandosi, piuttosto, ad indicare solo alcune specifiche disposizioni di quella legge non applicabili ai nuovi assunti. Tra le disposizioni non applicabili non è citato l'art. 5 della legge n. 604 del 1966, che come noto onera il datore di lavoro di provare la giustificatezza del licenziamento.

⁽⁴⁰⁾ Sulla questione si veda G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, pag. 619 e segg.

⁽⁴¹⁾ Per G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento ecc.*, op. cit., il decreto non introduce modifiche in materia di ripartizione dell'onere della prova. L'A. evidenzia tra l'altro come a ritenere diversamente si dovrebbe poi concludere nel senso che in caso di contumacia del datore di lavoro il licenziamento andrebbe dichiarato illegittimo, non potendo trovare applicazione, in mancanza di prova da parte del lavoratore, la reintegrazione nel posto di lavoro.

Ond'è che, ai fini della preliminare verifica in merito alla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento, l'onere della prova continua a gravare sul datore di lavoro perché è lui a dover dimostrare l'esistenza dei fatti giustificativi del recesso. Ne deriva, in altri termini, che il Giudice, ferma restando la sua piena autonomia in merito al controllo proporzionalità effettuato ai sensi dell'art. 2106 cod. civ. e di quanto previsto dal codice disciplinare, dovrà prendere in considerazione la prova offerta dal datore di lavoro anche, ovviamente, per ciò che riguarda la sussistenza del fatto materiale contestato.

Ove all'esito di tale valutazione il licenziamento risulti ingiustificato (perché sproporzionato rispetto alla infrazione o perché difetti la prova dei fatti posti a suo fondamento) si pone, come già avviene in applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, il problema di individuare la sanzione applicabile e di scegliere tra l'indennizzo e la reintegrazione.

Ed è proprio con riferimento a questa specifica e autonoma fase istruttoria, il cui scopo è quello di individuare la sanzione applicabile al licenziamento illegittimo e non di qualificare il licenziamento come ingiustificato o no, che può emergere un impatto della nuova formulazione adottata dal decreto nella parte in cui è disposto che l'insussistenza del fatto materiale deve essere “*direttamente provata in giudizio*”⁽⁴²⁾.

Restando alla lettera della disposizione, infatti, sembrerebbe che la reintegrazione possa essere disposta solo nel caso in cui il lavoratore dimostri in giudizio l'insussistenza del fatto a lui contestato, non essendo chiaramente ipotizzabile che sia il datore di lavoro a dover dimostrare la medesima circostanza.

E tale conclusione risulterebbe avvalorata dal fatto che il decreto richiede che l'insussistenza del fatto sia “*direttamente*” dimostrata in giudizio. Il lavoratore, dunque, per ottenere la reintegrazione dovrebbe offrire la prova negativa in merito all'insussistenza del fatto contestato, e ciò in applicazione del principio giurisprudenziale giusto il quale la regola che ri-

⁽⁴²⁾ La novità introdotta dal legislatore non sembra riguardare soltanto il tema dell'onere probatorio, ma anche un eventuale limite alle prove che possono essere ammesse nell'ambito del giudizio. In ordine a tale ultimo profilo, la prova richiesta al lavoratore può qualificarsi come negativa (o contraria), là dove mira a stabilire che un fatto non si è verificato e quindi che il relativo enunciato è falso (M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2012, pag. 58). La prova negativa può essere data dalla “*dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo (...) non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto*” (Cass. Sez. III, 13 giugno 2013, n. 14854). Tale costante orientamento sembra, tuttavia, soltanto parzialmente recepito dalla lettera della disposizione in esame che sembra prevedere la sola prova “*diretta*” dell'insussistenza del fatto, escludendo in tal senso le c.d. prove indirette negative, come le presunzioni *ex art. 2727 cod. civ.* e segg.

partisce l'onere probatorio “*non subisce deroga quando ne formino oggetto fatti costitutivi negativi, ancorché l'onere possa, in tale caso, essere assolto mediante dimostrazione del fatto positivo contrario oltre che – ovviamente – mediante la prova – anche presuntiva – dello stesso fatto negativo*”⁽⁴³⁾.

Ne deriverebbe, in pratica, che per l'applicazione della reintegrazione non sarebbe più sufficiente constatare la carenza delle prove offerte dal datore di lavoro in merito alla sussistenza del fatto. Occorrerebbe infatti anche un'adeguata prova da parte del lavoratore, che può consistere in una prova positiva contraria al fatto contestato ovvero in una prova negativa dello stesso fatto. E nel fornire tale prova, peraltro, il lavoratore non potrà invocare il sistema delle presunzioni giacché il decreto richiede che la prova sia diretta (“*direttamente provato*”)⁽⁴⁴⁾.

L'effetto pratico, ove questa fosse la corretta interpretazione del decreto, è che la reintegrazione – in mancanza di adeguata prova diretta contraria da parte del lavoratore circa l'insussistenza del fatto contestato – non potrebbe essere disposta in presenza di carenza di prova da parte del datore di lavoro in merito ai fatti contestati in quanto la mancata soddisfazione degli oneri probatori posti a suo carico inciderebbe esclusivamente sulla valutazione della illegittimità del licenziamento (ma non anche sul regime sanzionatorio applicabile).

L'effetto appare per certi versi eccessivo ed è indubbio che anche questo punto affannerà non poco gli interpreti.

5. – Come già emerso anche con riferimento all'attuale formulazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 la sanzione della reintegrazione dovrebbe trovare applicazione anche nel caso in cui il licenziamento disciplinare non sia preceduto dalla contestazione dell'addebito richiesta dall'art. 7 della legge n. 300 del 1970.

In tal caso, infatti, il presunto inadempimento del lavoratore non risulterebbe contestato e, dunque, si configurerebbe un'ipotesi di *insussistenza del fatto materiale contestato*, documentalmente provata, con conseguente diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro senza necessità di ulteriori allegazioni in giudizio.

Ne deriva che la disposizione del decreto che per i licenziamenti disciplinari prevede un indennizzo ridotto in caso di “*violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970*” sembra più che altro applicabile quando la contestazione è priva di adeguata specificità o risulta violato uno

⁽⁴³⁾ Cass. 9 giugno 2008, n. 15162. In senso conforme anche le sentenze n. 384, 3374, 18480 del 2007; n. 12963 del 2005; n. 23229 del 2004.

⁽⁴⁴⁾ Vedi le due note qui sopra.

dei passaggi o termini procedurali richiesti dalla legge o dalla contrattazione collettiva per l'esercizio del potere disciplinare.

5.1. – Resta un dubbio su cosa debba esattamente intendersi per violazione della procedura, ed è un peccato che il decreto non abbia definitivamente risolto i nodi interpretativi che già erano emersi nell'applicazione dell'art. 18⁽⁴⁵⁾. Ciò in quanto se è pacifico che tra i vizi procedurali rientrano quelli appena menzionati non altrettanto chiara è la natura, procedurale o sostanziale, dei vizi di tempestività e immediatezza della contestazione e del provvedimento disciplinare. Sul punto sono consentite diverse opzioni interpretative e proprio per questo serviva il coraggio di una maggiore chiarezza.

Per la Suprema Corte – che si è di recente pronunciata in un *obiter dictum* sull'analoga formulazione contenuta nell'art. 18, comma sesto, della legge n. 300 del 1970 – mentre il requisito della tempestività del licenziamento è da considerare elemento costitutivo del recesso, ed incide pertanto sul profilo della giustificatezza del licenziamento con accesso alla tutela indennitaria piena, quello della immediatezza della contestazione rispetto al momento in cui l'infrazione è nota rientra tra le regole processuali la cui violazione può dare luogo all'indennizzo ridotto⁽⁴⁶⁾.

L'affermazione non è argomentata, se non con l'assunto della natura costitutiva del requisito della tempestività, ed i primi commentatori della sentenza non hanno mancato di sollevare qualche dubbio ipotizzando che i vizi di tempestività ed immediatezza incidono entrambi sul profilo della giustificatezza del recesso dando luogo alla tutela indennitaria piena, ovviamente se il fatto è contestato e sussiste⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Sul punto si veda F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 309; C. PISANI, *Le conseguenze procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, n. 2, pagg. 267 e segg.

⁽⁴⁶⁾ Cass. n. 23669 del 2014. L'assolutezza di una siffatta classificazione dei requisiti di tempestività e immediatezza può essere discutibile, anche tenuto conto che la giurisprudenza sia di legittimità che di merito usa questi termini in modo assai fungibile, ma aiuta a fissare i concetti ed è dunque utile al dibattito. In dottrina il termine "immediatezza" è stato impiegato per la prima volta come sinonimo di "tempestività" nel commento all'art. 7 di L. MONTUSCHI, in G. GHEZZI, F. MANCINI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei lavoratori*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja-Branca, Roma, 1979.

⁽⁴⁷⁾ R. DEL PUNTA, op. cit., per il quale i requisiti in questione sarebbero entrambi rilevanti ai fini della legittimità del licenziamento, per ragioni sostanziali e non procedurali, "essendo l'immediatezza/tempestività della reazione un elemento costitutivo dell'illecito disciplinare, in quanto sintomo dell'impossibilità di prosecuzione del rapporto di lavoro". Negli stessi termini, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 190/2013. Negli stessi termini C. PISANI, *Le conseguenze dei vizi procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*,

La questione si presenta estremamente complessa e va affrontata in primo luogo individuando quale sia la fonte dei principi di immediatezza della contestazione e tempestività del licenziamento per chiarire se il loro fondamento è da ricercare nell'art. 7 della legge n. 300 del 1970⁽⁴⁸⁾ o altrove (a partire dall'art. 2016 cod. civ.) giacché, come evidente dal tenore del decreto, nel secondo caso non potrebbe trovare applicazione la tutela indennitaria ridotta (vedi n. 1 e note ivi riportate) (che il decreto, come detto, prevede solo in caso di violazione della “*procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970*”).

A tal riguardo può forse tornare utile considerare quell'orientamento per il quale la *ratio* dei principi di immediatezza e tempestività “*riflette l'esigenza di osservare le regole di correttezza e buona fede nell'attuazione del rapporto di lavoro*”⁽⁴⁹⁾, ond'è che si potrebbe argomentare che quei vincoli sono posti all'esercizio del potere disciplinare ai sensi e per gli effetti dell'art. 1175, 1375 cod. civ. e non dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970.

Ciò con una duplice conseguenza. In primo luogo seguendo questo schema argomentativo la violazione dei principi di tempestività ed immediatezza non potrebbe essere considerata alla stregua di una violazione della procedura disciplinare dettata dallo statuto dei lavoratori, con l'effetto che il licenziamento per queste ragioni viziato dovrebbe dare luogo alla sanzione indennitaria piena (almeno in tutti casi in cui il fatto contestato è comunque esistente). Inoltre, il riferimento ai principi di correttezza e buona fede aiuterebbe comunque a distinguere il vero vizio di tempestività e immediatezza da quello meramente procedurale consistente, ad esempio, nell'intimazione del licenziamento con qualche giorno di ritardo rispetto al termine di intimazione del provvedimento disciplinare eventualmente posto dalla contrattazione collettiva⁽⁵⁰⁾. È questo, infatti, un ulteriore e non irrilevante vantaggio di sistematizzazione che si può ottenere assegnando, per il tramite della correttezza e buona fede, agli obblighi di tempestività e

in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, pag. 264 e segg.; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, pag. 11 e segg. Diversamente, distingue tra tardività della contestazione disciplinare e tardività dell'esercizio del potere disciplinare, facendo ricadere soltanto la prima nell'ambito della tutela indennitaria, A. MARESCA, op. cit.

⁽⁴⁸⁾ F. CARINCI, ult. op. cit., pag. 309.

⁽⁴⁹⁾ Cass. n. 14756 del 2014; Cass. n. 1995 del 2012.

⁽⁵⁰⁾ Se pur, stando al dato letterale, la regolamentazione prevista dalla contrattazione collettiva sembra espunta dall'ambito di applicazione della tutela indennitaria, là dove il decreto fa riferimento esclusivamente ai vizi previsti per legge, si potrebbe approdare a conclusioni del tutto opposte, rilevando che le eventuali procedure contrattuali partecipano integralmente a quelle di natura legale. In tal senso in relazione all'art. 18, sesto comma della l. n. 92/2012 A. MARESCA, op. cit.

immediatezza un contenuto che prescinde dall'art. 7 dello Statuto e dalla rigida scansione temporale della procedura disciplinare e che si identifica, piuttosto, nel dovere del datore di lavoro/creditore di adoperarsi per la salvaguarda dell'interesse del lavoratore/debitore, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio (art. 2 Cost; artt. 1175, 1375 cod. civ.)⁽⁵¹⁾.

Ma il principio della buona fede *in executivis* integra gli obblighi contrattuali e, con qualche spazio argomentativo, si potrebbe obiettare che la buona fede non introduce nuove posizioni giuridiche soggettive bensì specifica i contenuti di diritti ed obblighi che integrano il regolamento contrattuale in virtù di altre disposizioni di legge che, nel nostro caso, sono l'art. 2016 cod. civ. e l'art. 7 della legge n. 300 del 1970. Il che, a ben vedere, imporrebbe comunque di ascrivere i requisiti di tempestività ed immediatezza, alternativamente, ad una delle due disposizioni appena citate con esiti finali, va detto, difficilmente prevedibili⁽⁵²⁾.

6. – La tutela indennitaria ridotta trova applicazione anche nel caso in cui il licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia intimato in violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma secondo, della

⁽⁵¹⁾ C.M. BIANCA, *La nozione...*, op. cit., pag. 209 e segg. In giurisprudenza, Cass. n. 3362 del 1989, in *Foro It.*, 1989, I, pag. 2750; Cass. n. 3775 del 1994, in *Foro It.*, 1995, I, pag. 1296; Cass. 15 marzo 1999, n. 2284, in *Foro It.*, 1999, I, pag. 1165. Ma vedi anche le considerazioni di M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 1995, I, pag. 139, che rileva l'indeterminatezza del criterio della apprezzabilità. In generale, sul controllo dei poteri del datore di lavoro secondo le regole generali di correttezza e buona fede, M. MARAZZA, *Limiti e tecniche di controllo sui poteri di organizzazione del datore di lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. PERSIANI e F. CARINCI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Tomo II, Padova, 2012, pag. 1306.

⁽⁵²⁾ In questa prospettiva quanto affermato dalla Suprema Corte appare, in fine dei conti, argomentabile. Se il vizio di tempestività del provvedimento può essere ricondotto all'art. 2106 cod. civ., per quanto riguarda il requisito di immediatezza della contestazione disciplinare – elaborato dalla giurisprudenza a tutela del diritto di difesa del lavoratore – non si può prescindere dall'art. 7 dello Statuto, il cui comma secondo introduce sia l'obbligo della contestazione che il diritto di difesa del lavoratore (per la soddisfazione del quale, per l'appunto, la contestazione deve essere immediata rispetto all'infrazione). Proprio in considerazione di ciò, a ben vedere, può forse essere condivisa l'affermazione secondo cui il vizio di immediatezza è un vizio formale che può dare luogo alla tutela indennitaria ridotta mentre il vizio di tempestività del provvedimento è estraneo alla procedura disciplinare di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970 e darà luogo, ove riscontrato, alla tutela indennitaria piena o, se il fatto materiale contestato è inesistente, alla tutela reintegratoria. Resta a mio avviso un problema logico da risolvere, perché se è tardiva la contestazione e quasi inevitabile che sia tardivo – rispetto al momento in cui si palesa l'infrazione – anche il successivo licenziamento. Salvo non voler dire che la tempestività del licenziamento si deve misurare non rispetto al momento della infrazione bensì avuto riguardo al tempo in cui il lavoratore si è giustificato. Ma così ragionando anche il requisito della tempestività del licenziamento tende ad essere riassorbito nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300 del 1970.

legge n. 604 del 1966 ai sensi del quale *“la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato”*.

C'è però da dire che, a differenza di quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo del tutto privo di indicazione dei motivi ai sensi dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966 dovrebbe comunque trovare applicazione la tutela indennitaria giacché la reintegrazione, nel nuovo regime, non è contemplata per il caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (anzi, più precisamente, non è affatto contemplata).

L'assoluta carenza di motivazione, semmai, potrà essere oggetto di valutazione al fine di accertare la riconducibilità del licenziamento a motivi disciplinari o, peggio, discriminatori.

7. – Nella sua formulazione iniziale lo schema di decreto sanzionava con la reintegrazione ad effetti risarcitori limitati il licenziamento intimato per ragioni consistenti nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999, viziato dal punto di vista della giustificazione. Con la conseguenza che tale sanzione sembrava, a buona ragione, applicabile anche al caso di licenziamento ingiustificato intimato per superamento per periodo di comportamento⁽⁵³⁾.

Questa è la parte della nuova disciplina che ha subito le modifiche più sostanziali giacché nel testo finale il decreto elimina quella specifica ipotesi di accesso alla tutela reintegratoria debole e dispone, invece, che la reintegrazione ad effetti risarcitori pieni trovi applicazione anche nel caso in cui il Giudice *“accerta il vizio di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999”*.

La nozione giuslavoristica di disabilità si deve probabilmente ricavare

⁽⁵³⁾ A differenza di quanto previsto dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, nello schema iniziale il decreto non faceva espresso riferimento al licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ. Ciò non di meno appariva ragionevole sostenere che per questa peculiare tipologia di recesso la motivazione fosse comunque riconducibile all'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, con la conseguenza che in caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento viziato per difetto di giustificazione avrebbe dovuto comunque trovare applicazione la reintegrazione ad effetti risarcitori ridotti. Ad una siffatta conclusione induceva la lettera del decreto che faceva un generico riferimento ai licenziamenti per ragioni di inidoneità fisica o psichica del lavoratore, “anche” ai sensi della legge n. 68 del 1999. Ond'è che le ipotesi specificatamente individuate da quella legge non esaurivano, ai fini della applicazione della sanzione della reintegrazione, tutte le possibili ipotesi di licenziamento intimato per motivi inerenti l'inidoneità fisica o psichica del lavoratore (anche se temporanea, come nel caso della malattia).

dall'art. 1 della legge n. 68 del 1999 e, dunque, sembra fare riferimento alle categorie di lavoratori che rientrano nel campo di applicazione della disciplina del collocamento obbligatorio.

Non vi è dubbio che potrà beneficiare di una tutela più forte, rispetto a quella originariamente ipotizzata nello schema di decreto, il lavoratore assunto per effetto della disciplina del collocamento obbligatorio che venga licenziato in violazione della specifica regolamentazione applicabile in caso di un aggravamento delle condizioni di salute incompatibile con lo svolgimento delle mansioni contrattualmente dovute (art. 10, comma terzo, legge n. 68 del 1999), nonché – per via dell'espresso richiamo contenuto nel decreto – il lavoratore divenuto inabile allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio e malattia, ove il licenziamento sia stato disposto senza verificare la possibilità di assegnare il dipendente a mansioni equivalenti o inferiori (art. 4, comma quarto, della legge n. 68 del 1999).

A queste ipotesi espressamente contemplate dal decreto se ne aggiungono altre quali, ad esempio, quella del lavoratore obbligatoriamente assunto che sia licenziato all'esito di una procedura di licenziamento collettivo che determini, al momento della cessazione dei rapporti di lavoro, una violazione della quota di riserva prevista dall'art. 3 della legge n. 68 del 1999 (art. 10, comma quarto, della legge n. 68 del 1999). Ed in ogni caso occorre anche considerare che è da considerare certamente nullo anche il licenziamento discriminatorio per ragioni di handicap (art. 15 della legge n. 300 del 1970).

Resta, invece, privo di una sua specifica disciplina sanzionatoria il caso del licenziamento del lavoratore malato intimato per superamento del periodo di comporto, ma viziato dal punto di vista della giustificazione. Ciò in quanto, a ben vedere, la malattia – salvo che non determini un'inabilità permanente alle mansioni, giacché in tal caso opera una specifica tutela (art. 2, comma quarto, del decreto; art. 4, comma quarto, della legge n. 68 del 1999) – non pare suscettibile nelle fattispecie di “*disabilità fisica o psichica*” contemplate dal decreto.

Ciò può determinare, almeno in apparenza, un vuoto di regolamentazione in quanto il licenziamento per superamento del periodo di comporto – trovando la sua legittimazione nell'art. 2110 cod. civ. – potrebbe non risultare assimilabile neanche al recesso motivato da una giusta causa o da un giustificato motivo per il quale, in caso di vizio di giustificazione, trova applicazione il nuovo specifico regime sanzionatorio.

A tal riguardo si possono quanto meno ipotizzare due diverse soluzioni interpretative.

In primo luogo si potrebbe sostenere che il licenziamento del lavorato-

re malato intimato in violazione dell'art. 2110 cod. civ. è, comunque, un licenziamento per il quale risulterà accertato “*che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*” (art. 3, comma primo, del decreto). Derivando da ciò l'applicazione della tutela meramente indennitaria, essendo la reintegrazione limitata al solo licenziamento disciplinare nelle ipotesi espressamente contemplate di cui si è detto.

Ma da un diverso punto di vista si può invece sostenere – con argomentazioni a dire il vero convincenti – che la violazione dell'art. 2110 cod. civ., che è norma imperativa⁽⁵⁴⁾ e inderogabile⁽⁵⁵⁾, configuri una delle ipotesi di nullità del recesso (art. 1418 cod. civ.) con conseguente applicazione della tutela reintegratoria piena di cui all'art. 2 del decreto.

È questa una prospettiva in fin dei conti nuova per guardare ai profili di invalidità del licenziamento del lavoratore malato, anche se non mancano precedenti giurisprudenziali in tal senso⁽⁵⁶⁾, perché fino ad oggi questo problema si è posto di rado (se non, in linea teorica, nel campo di applicazione della tutela obbligatoria) in quanto nell'originario art. 18 tutti i vizi venivano ricondotti al medesimo apparato sanzionatorio mentre nell'art. 18 riformato dalla legge Fornero vi era una specifica previsione di legge che individuava, esplicitamente, la sanzione applicabile in questo caso⁽⁵⁷⁾.

8. – Ma la soluzione interpretativa da ultimo ipotizzata potrebbe essere percorribile esclusivamente a condizione che si condivida l'idea che quando il legislatore dispone l'applicazione della reintegrazione ad effetti risarcitori pieni di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015 a tutti i “*casi di nullità espressamente previsti dalla legge*” non intende delimitare il campo di applicazione di questa sanzione ai soli casi di nullità del licenziamento tipizzati, perché testualmente riferiti alla fattispecie del licenziamento.

Diversamente, ove cioè si intendesse attribuire alla parola “espressa-

⁽⁵⁴⁾ Trib. Brescia, 13 ottobre 2000, in *Lav. Giur.*, 2001, pag. 191.

⁽⁵⁵⁾ Cass. n. 10131 del 1991.

⁽⁵⁶⁾ Cass. n. 24525 del 2014, per la quale “*in caso di licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto, ma anteriormente alla scadenza di questo, l'atto di recesso è nullo per violazione della norma imperativa, di cui all'art. 2110 cod. civ., e non già temporaneamente inefficace, con differimento degli effetti al momento della maturazione del periodo stesso, sicché va ammessa la possibilità di rinnovazione dell'atto, in quanto, risolvendosi nel compimento di un negozio diverso dal precedente, esula dallo schema di cui all'art. 1423 cod. civ.*”. Nello stesso senso anche Cass. n. 12031 del 1999; Cass. n. 9869 del 1991.

⁽⁵⁷⁾ Sulla questione si veda anche P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”.it, 1160-2012, pag. 12.

mente” un’efficacia realmente selettiva, ci si dovrebbe invece porre il problema di individuare la sanzione applicabile al licenziamento nullo, ad esempio, per contrasto con norme imperative di legge (art. 1418 cod. civ. e quindi anche per contratto con l’art. 2110 cod. civ.), per motivo illecito esclusivo e determinante (art. 1345 cod. civ.), perché disposto in frode alla legge (art. 1344 cod. civ.), per ragioni discriminatorie connesse all’origine etnica del lavoratore (d.lgs. n. 215 del 2003).

La questione è certamente rilevante e merita uno specifico e più mirato approfondimento. Si può comunque da subito ipotizzare che in tali casi il licenziamento nullo, a condizione che non risulti viziato per un semplice difetto di una giusta causa o di un giustificato motivo (ipotesi per la quale esiste uno speciale regime sanzionatorio essenzialmente indennitario⁽⁵⁸⁾), non dovrebbe produrre alcun effetto estintivo del rapporto di lavoro.

Ciò con la conseguenza che in questi casi la sanzione andrebbe individuata applicando le regole del diritto comune nei termini, già da tempo noti al diritto vivente (Cass. n. 17122 del 2013; Cass. sez. un. n. 508 del 1999), della fattispecie della cosiddetta “reintegrazione di diritto comune”⁽⁵⁹⁾.

Ne deriverebbe che in questi casi il lavoratore, dal momento della offerta della prestazione lavorativa (art. 1206 cod. civ.) e sino al ripristino della funzionalità del rapporto, avrebbe diritto ad un risarcimento del danno rapportato alla entità delle retribuzioni nel frattempo perse ove deduca e dimostri di non aver percepito altri redditi.

⁽⁵⁸⁾ Nel senso che le ipotesi di nullità del licenziamento non possano essere assorbite nella disciplina dell’art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 si veda anche A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Nاسpi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro*, Torino, 2015.

⁽⁵⁹⁾ L’opzione interpretativa, pur restando come detto fortemente condizionata dal senso che verrà attribuito alla parola “espressamente”, appare giuridicamente convincente nei limiti in cui la reintegrazione di diritto comune resti esclusivamente e rigidamente a presidio delle sole ipotesi di nullità del licenziamento prive di una esplicita tipizzazione, senza alcuna possibilità che il regime sanzionatorio di diritto comune si estenda ai casi – pur eclatanti – di difetto di motivazione del licenziamento. Ed infatti, sembra chiaro che per tutti i vizi di giustificatezza opera necessariamente lo speciale regime sanzionatorio dell’art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 ond’è che questa disposizione dovrà trovare applicazione anche nelle ipotesi estreme, giusto per fare un esempio, di assoluta carenza di motivazione o di motivazione apparentemente oggettiva che in verità simula una motivazione disciplinare. Circostanze, queste ultime, che potrebbero al più contribuire ad orientare il Giudice nella decisione mediante il meccanismo delle presunzioni, ove sia il lavoratore ricorrente a dedurre che il recesso immotivato, in verità, oltre che ingiustificato, si pone in contrasto con altre norme imperative di legge (diverse da quelle che fissano i presupposti causali del licenziamento) oppure è connotato da un motivo illecito esclusivo e determinante. Nel senso – diverso – di una più dilatata applicazione del regime sanzionatorio di diritto comune sembra invece orientato A. PERULLI, op. ult. cit., almeno nella parte in cui ipotizza l’applicazione di questa sanzione anche al caso del licenziamento pretestuoso (o non sorretto da valide ragioni organizzative e, per questo, pretestuoso).