



Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 256/2015

© Mariella Magnani 2015
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Pavia
mariella.magnani@unipv.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



**Correzioni e persistenti aporie del regime
sanzionatorio dei licenziamenti:
il cd. contratto a tutele crescenti**

**Mariella Magnani
Università di Pavia**

1. La faticosa correzione della legge Fornero.	2
2. L'affermata eccezionalità della reintegrazione nel posto di lavoro.....	3
3. La persistenza del regime reintegratorio anche al di fuori del licenziamento discriminatorio.....	5
4. Frantumazione dei regimi sanzionatori del licenziamento tra vecchi e nuovi assunti.....	7
5. Le ambizioni sistematiche del d.lgvo n. 23/2015: il licenziamento nella piccola impresa... ..	10
6. ...e nelle organizzazioni di tendenza.....	12
7. Il carico di problemi della riforma.....	12

1. La faticosa correzione della legge Fornero.

Nonostante il cantiere legislativo non sia ancora chiuso, già si registra un notevole fervore di commenti e dibattiti sul cd. Jobs Act ed in particolare sul decreto legislativo relativo al cd. contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

È questo del resto, almeno per quanto attiene ai rapporti di lavoro, il cuore di tutta la riforma, rivolta a ridare centralità al rapporto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato, secondo gli enunciati della legge-delega e perfino, oggi, dell'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015, concernente la disciplina organica dei contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni.

In origine, il cd. contratto a tutele crescenti costituiva certamente una figura nebulosa¹. Era già chiaro, tuttavia, dopo le modifiche intervenute nel d.d.l. delega, a seguito del maxi emendamento proposto dal Governo nella prima lettura al Senato, che il contratto a tutele crescenti non era un nuovo tipo contrattuale – così come si poteva immaginare leggendo il preambolo della legge n. 78/2014, di conversione del d.l. n. 34/2014, ed il testo originario del d.d.l. delega n. 1428 – bensì semplicemente il normale contratto di lavoro a tempo indeterminato a disciplina del licenziamento rivisitata. Ma non era ancora chiaro quanto sarebbe stata rivisitata questa disciplina.

Se la legge-delega, prevedendo per i “licenziamenti economici” – una nuova terminologia – un “indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio”, poteva echeggiare la proposta del cd. *firing cost*, presente nel dibattito accademico², a prescindere dal sindacato giurisdizionale sulla sussistenza delle ragioni, ora sappiamo che non è così: l'indennizzo è certo non nell'*an*, ma nel *quantum* (legato, appunto, all'anzianità di servizio) in presenza di un perdurante controllo giurisdizionale sull'esistenza delle ragioni.

Se così è, non è il caso di soffermarsi sulla compatibilità con la normativa costituzionale ed europea della soluzione del *firing cost*, che

¹ M. MAGNANI, *Il formante contrattuale: dal riordino dei “tipi” al contratto a tutele crescenti (ovvero del tentativo di ridare rinnovata centralità al lavoro subordinato a tempo indeterminato)*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, a cura di M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, Collective Volumes, n. 3/2014, 20.

² Cfr. soprattutto P. ICHINO, *Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, RIDL, 1999, III, 3 ss.; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 252/2015, 12. Per un recente inquadramento della teoria del *firing cost* tra certezza del diritto e razionalità economica v. A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 245/2015, 1 ss.

attribuisce al lavoratore, in caso di licenziamento per motivo economico, un indennizzo a prescindere dalla verifica giudiziale della sussistenza del motivo³.

Il decreto attuativo segue la strada della modifica o del perfezionamento della legge Fornero a poco più di due anni dalla sua applicazione, sul presupposto che essa, frutto di un evidente compromesso politico, non abbia dato gli esiti sperati, in termini non solo di certezza, ma neppure di equità.

A sua volta, però, neppure la legge-delega ed il decreto attuativo sono esenti da quel compromesso politico.

Ovviamente, come tecnici, non possiamo che prenderne atto, ma non possiamo neppure esimerci dal sottolineare le aporie tecniche e sistematiche che da questo compromesso sono scaturite.

2. L'affermata eccezionalità della reintegrazione nel posto di lavoro.

Ciò che balza subito agli occhi nel testo del decreto legislativo n. 23/2015 è l'affermazione dell'eccezionalità della reintegrazione nel posto di lavoro nelle ipotesi diverse rispetto al licenziamento discriminatorio a norma dell'art. 15, l. n. 300/1970 (modificato dalla normativa di derivazione comunitaria: d.lgs. n. 215/2003 e d.lgs. n. 216/2003⁴), nullo nei casi "espressamente" previsti dalla legge⁵, ovvero intimato in forma orale (art. 2, co. 1). La disciplina reintegratoria piena si applica anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo

³ Ne ritengono dubbia la compatibilità con l'art. 24 Cost. M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa: uno studio comparato*, DLRI, 2014, 40; P. ALBI, *Garanzia dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2013, 185. Invece ne ritengono problematica la compatibilità con l'art. 30 della Carta di Nizza F. CARINCI, "Provaci ancora Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto, RIDL, 2012, I, 55; T. TREU, *L'articolo 18 degli altri*, Europa, 15 marzo 2012, 6.

⁴ Col richiamo all'art. 15, l. n. 300/1970 non sarebbero stati risolti tutti i problemi in ordine ai fattori di discriminazione. Qualcuno ha fatto rilevare (cfr. P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, a cura di P. CHIECO, Cacucci, 2013, 280) che nell'elencazione dell'art. 15 manca il riferimento alla sieropositività, oggetto di apposita disciplina nella l. n. 135/1990 (art. 5).

⁵ Si è aperta una *querelle* sul significato dell'avverbio "espressamente" e dell'espunzione del riferimento all'art. 1345 c.c. - nullità del contratto per motivo illecito - già contenuto nell'art. 18, co. 1, come modificato dalla l. n. 92/2012, che renderebbe incerto il regime del licenziamento pretestuoso o ritorsivo, per aver ad esempio intrapreso un'azione giudiziaria. Tende tuttavia ad affermarsi la tesi che anche il licenziamento per motivo illecito integra un'ipotesi di nullità prevista dalla legge (M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, ADL, 2015, 311 ss., il quale, tra l'altro, rileva che, se così non fosse, ai dirigenti si applicherebbe un regime più favorevole rispetto agli altri lavoratori; P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, www.pietroichino.it).

consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4, co. 4 e 10, co. 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68. Fin qui il testo del decreto.

Ciò che viene lasciato scoperto è l'ipotesi del licenziamento per mancato superamento del periodo di comporto, per il quale la legge Fornero prevedeva espressamente la tutela reintegratoria cd. attenuata (cfr. art. 18, co. 7). E a questo proposito si stanno profilando almeno due tesi. Taluni lo riconducono all'ipotesi di insussistenza del giustificato motivo oggettivo, con conseguente applicazione della tutela indennitaria⁶; altri all'ipotesi di nullità del licenziamento⁷, anche se, per chi ritiene non trattarsi in questo caso di nullità "espressamente" prevista dalla legge, dovrebbe essere applicabile non la tutela reintegratoria, bensì quella cd. di diritto comune⁸, riesumata col nostro decreto legislativo⁹.

Non può riproporsi semplicemente la tesi già prospettata nel vigore dei vecchi regimi di stabilità reale ed obbligatoria, vale a dire l'applicazione della sanzione "di sistema" per il licenziamento ingiustificato¹⁰, dal momento che nel nostro caso non c'è sanzione di sistema, residuando, pur in un regime essenzialmente indennitario, la sanzione della reintegrazione nelle ipotesi di nullità del licenziamento espressamente previste dalla legge.

Ad ogni buon conto, il carattere residuale della reintegrazione è ben reso dall'*incipit* del 2° comma dell'art. 3 del decreto legislativo n. 23/2015, in cui si afferma che "esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto

⁶ F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, a cura di F. CARINCI - M. TIRABOSCHI, ADAPT Labour Studies, e-Book Series n. 37, 2015, 71; P. ICHINO, *Storia segreta articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti* cit.

⁷ M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 335.

⁸ Cfr. ancora M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 335; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 246/2015, 8 ss.

⁹ È invece tramontata, a quanto pare, la tesi che riconduceva la violazione dell'art. 2110 c.c. alle ipotesi in cui venisse accertato il difetto di giustificazione per motivo consistente nella «inidoneità fisica o psichica del lavoratore» (il testo definitivo del decreto non fa più riferimento all'«inidoneità», bensì alla «disabilità fisica o psichica»): cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 236/2015, 21; R. VOZA, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 248/2015, 12.

¹⁰ R. DEL PUNTA, *La sospensione della prestazione di lavoro, ne I contratti di lavoro*, I, a cura di A. VALLEBONA, Utet, 2009, 851.

materiale...il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro...".

Ma questa residualità affermata è realizzata nei fatti?

E poi – e questo è il secondo profilo che intendo toccare – quale disciplina del licenziamento traspare complessivamente dalla riforma? Una riforma ambiziosa che, sebbene inizialmente originatasi nell'area dell'ex stabilità reale, tocca anche quella della cd. stabilità obbligatoria.

3. La persistenza del regime reintegratorio anche al di fuori del licenziamento discriminatorio.

Prendiamo le mosse dal primo interrogativo. La residualità affermata viene realizzata nei fatti? Ebbene, nella legge-delega e nel decreto legislativo non si è seguita la strada classica – suggerita nel 1985 dallo stesso CNEL¹¹ – della soluzione indennitaria con reintegrazione nelle sole ipotesi di licenziamento discriminatorio.

Restano le vestigia della reintegrazione anche "nel caso in cui 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". Questa è stata una delle questioni più difficili del compromesso politico raggiunto, risolta sull'onda di una, peraltro ambigua, decisione della Cassazione del 2014¹². L'espressione è, forse più che atecnica, piuttosto sibillina, essendo ripresa da un semplice *obiter dictum* della sentenza di cui si parlava. Appare chiaro a tutti, se non si vuole arrivare a conseguenze aberranti¹³, che per fatto materiale contestato deve intendersi non solo comportamento

¹¹ Cfr. le proposte di revisione della legislazione sul rapporto di lavoro del 4 giugno 1985, *RIDL*, 1985, I, 417 ss. Su queste proposte cfr. L. MENGONI, *Il dibattito sulla revisione della legislazione del lavoro*, *RIDL*, 1988, I, 3 ss.

¹² Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, *RIDL*, II, 2015, 25 ss., nt. R. DEL PUNTA e nt. F. MARTELLONI; *DRI*, 2015, 229, nt. V. FERRANTE.

¹³ Vale a dire che il giudice debba valutare, per decidere della applicazione della reintegrazione o della indennità in un licenziamento disciplinare, l'esistenza di condotte prive di rilevanza disciplinare: v. R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, *ADL*, 2015, 280, per il quale il fatto deve presentare un sia pur minimo rilievo disciplinare, altrimenti sarebbe impedito in radice l'esercizio di un potere punitivo (si pensi all'ipotesi in cui il datore di lavoro licenzi un dipendente perché non sorride o perché non ha fatto gli auguri al capo); S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 19, per il quale l'art. 3, co. 2 del decreto potrebbe condurre all'«aporia logica che possa essere assunto a fondamento del licenziamento un fatto materiale certamente esistente (ad esempio un ritardo di un minuto), ma del tutto irrilevante sul piano disciplinare, e quindi lecito, perché non qualificabile in termini di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali...o di giusta causa (...)».

imputabile ma anche disciplinarmente rilevante¹⁴. È dunque da pronosticare che la giurisprudenza continuerà ad intendere la nozione di "fatto materiale" come fattispecie o illecito disciplinare. Ma ciò che è certo è che viene preclusa al giudice la valutazione della proporzionalità.

Vista nell'ottica di una scelta chiara per la via indennitaria, simile soluzione non stupirebbe: il fatto è che essa, invece, è la conseguenza di una soluzione bizantina in cui si vogliono salvare, per così dire, capra e cavoli (regime reintegratorio e regime indennitario, in coabitazione forzata), senza attribuire al giudice il potere discrezionale – come avviene in altri ordinamenti¹⁵ – di scegliere tra l'una e l'altra strada.

Qualcuno ha già previsto che si aprirà un contenzioso nei casi in cui i contratti collettivi riconducano quella fattispecie disciplinare ad una sanzione conservativa. Si è anzi sostenuto che potrebbe profilarsi un dubbio di legittimità costituzionale in relazione all'art. 39, co. 1 Cost., se si dovesse smentire la qualificazione operata dalla contrattazione collettiva¹⁶. Tuttavia, a questo proposito, si può argomentare diversamente, incidendo la qualificazione ad opera del contratto collettivo solo sul piano della sussistenza della giustificatezza/ingiustificatezza del licenziamento, mentre qui si opera sul diverso piano del rimedio (reintegrazione ovvero indennità).

Ma, a parte i problemi esegetici, quale è la giustificazione, dunque la ragionevolezza di siffatta previsione? Quanto più si assimila questa evanescente fattispecie – che ha costretto giuristi di vaglia a scrivere pagine e pagine sulla nozione di "fatto materiale", finendo, prendendola alla lettera, per scomodare primitivi strumenti come la frode alla legge – quanto a disvalore, alla fattispecie del licenziamento discriminatorio, come è necessario fare per recuperare la coerenza del sistema, perché assoggettarla a diversa sanzione o rimedio?

Dove sta la ragionevolezza di tutto ciò? E quali potranno essere le conseguenze, sul concreto atteggiamento dei giudici, di questo insensato sventagliamento dei rimedi è difficile predire: essi allargheranno o restringeranno – magari a vantaggio della fattispecie del licenziamento nullo – la nozione di fatto materiale contestato?

¹⁴ Cfr., oltre a R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato* cit., 280 e S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 19, V. SPECIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 233/2014, 31; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 325.

¹⁵ Cfr. le analisi e le comparazioni contenute nel volume a cura di M. PEDRAZZOLI, *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014.

¹⁶ S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 19.

4. Frantumazione dei regimi sanzionatori del licenziamento tra vecchi e nuovi assunti.

E veniamo all'assetto complessivo della disciplina del licenziamento scaturente dal decreto delegato. Ferma restando l'inapplicabilità al pubblico impiego¹⁷, il regime sanzionatorio è diversificato a seconda della data di assunzione del lavoratore.

Il nuovo regime si applica, infatti, solo ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto, ovvero dal 7 marzo 2015.

Il legislatore delegato ha poi precisato che la nuova disciplina si applica 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. Una precisazione opportuna a fronte di tentativi capziosi di limitarne la portata e del tutto conforme a lettera e, soprattutto, *ratio* della legge-delega. Che cosa è la cd. "conversione"¹⁸ del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato se non una "nuova" assunzione a tempo indeterminato? Come giustamente è stato sottolineato, la *ratio* della legge-delega è quella di non sottrarre al lavoratore le tutele previste dall'art. 18 St. lav., quando egli ne beneficiava in relazione al rapporto di lavoro instauratosi prima del decreto¹⁹. Sicché è del tutto coerente ai suoi disposti che nelle ipotesi citate si applichi il nuovo regime²⁰. È dubbia, invece, l'ipotesi di cd. "conversione" giudiziale del contratto che in altro non si risolve se non nella dichiarazione di nullità della clausola appositiva del termine, con la

¹⁷ L'applicabilità della riforma al pubblico impiego è invero stata discussa. Tende però a prevalere la tesi negativa (cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)* cit., 67; Id, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, <http://csdle.lex.unict.it>, 3; C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, ADL, 2015, 299 ss.; più sfumata la posizione di M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 318, che sembrerebbe ammetterne l'applicabilità per il licenziamento disciplinare; nel senso della applicabilità, P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti* cit.).

¹⁸ Cfr., per la improprietà del termine, il mio *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, 2009, 71.

¹⁹ Cfr. A MARESCA, *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, GLav, 2015, n. 12, 12.

²⁰ Appaiono invece dubbiosi S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 14 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 321, per il quale un'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe condurre a ritenere applicabile il nuovo regime solo ove il contratto a termine o di apprendistato siano stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto e poi convertiti.

conseguenza che il rapporto è da ritenere *ab origine* a tempo indeterminato.

Resta il fatto della presenza di una differenziazione di disciplina tra vecchi e nuovi assunti (comunque li intendiamo). Si tratta di una differenziazione di trattamento della cui legittimità *ex art. 3 Cost.* si è fin dall'inizio dubitato²¹. La scelta è frutto di un compromesso politico (come quella di riservare aree residue alla reintegrazione, al di fuori delle ipotesi classiche del licenziamento connotato da particolare disvalore, come quello discriminatorio), nel tentativo, o col risultato, di spostare a valle, verso il sindacato giudiziale, il momento della mediazione. È mancato il coraggio politico di modificare per tutti (vecchi e nuovi assunti) il regime dei licenziamenti. Ma non si può negare che "la mancanza del coraggio politico"²² abbia aperto un problema tecnico-giuridico non irrilevante. Di più, la scelta è criticabile anche sotto il profilo della funzionalità.

Quand'anche la differenziazione di trattamento fosse giustificata *ex art. 3 Cost.*, alla luce della *vulgata* per cui il semplice fluire del tempo costituisce un elemento valido di diversificazione delle situazioni giuridiche²³ (anche se, in quest'ottica, in modo più pertinente potrebbe essere richiamata la tutela dell'affidamento²⁴), restano quanto meno i problemi di funzionalità ed efficienza del mercato del lavoro alimentati da tale soluzione. Come è stato tempestivamente sottolineato²⁵, con repliche

²¹ La questione è stata praticamente da tutti prospettata: cfr. M. V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, LD, 2015, 47 ss.; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti* cit., 7 ss.; V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro* cit., 28; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 316 ss. Al contrario, ritengono la questione infondata R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, ADL, 2015, 33; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, MGL, 2015, 369.

²² Cfr. M. V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità* cit., 47.

²³ Cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 317, ove richiami giurisprudenziali. In particolare cfr. Corte cost., ord. 21 luglio 2011, n. 224, che esprime il principio per cui «per costante giurisprudenza di questa Corte...non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi del tempo, poiché il fluire del tempo costituisce un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche».

²⁴ Oppure potrebbe anche, a sostegno della ragionevolezza della differenziazione di trattamento, invocarsi la finalità occupazionale. Anche a questo argomento si richiama M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 317, che ricorda come nella legge-delega compaia la finalità di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro». L'argomento era già stato utilizzato da L. MONTUSCHI, *Tecniche sperimentali deregolative del mercato del lavoro: un'intesa contrastata*, DRI, 2003, 61, in relazione a un progetto di legge contenuto nel Patto per l'Italia del 5 luglio 2002, che prevedeva la non computabilità per un triennio delle nuove assunzioni ai fini dell'applicazione dell'art. 18 St. lav. In quel caso, tuttavia, la non applicazione dell'articolo 18 era transitoria.

²⁵ F. GIAVAZZI, *Quella trappola nascosta nel Jobs act*, *Corriere della Sera*, 30 novembre 2014.

peraltro non dirimenti²⁶, la duplicità di regime 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 sui processi di riorganizzazione in corso²⁷.

La duplicità di regime sanzionatorio crea ancora maggiori problemi di funzionalità nel caso di licenziamento collettivo, attratto, dopo diverse schermaglie, nel nuovo regime. È indubbio che la soluzione risarcitoria per la violazione delle procedure sindacali le indebolisca, ma l'incongruenza era già presente nella legge Fornero²⁸. L'*aliquid novi* è dato dall'assoggettamento anche del licenziamento annullato per violazione dei criteri di scelta al regime indennitario, sempre in proporzione all'anzianità di servizio. Qualcuno ha sottolineato che saremmo fuori dalle previsioni della legge-delega²⁹. La tesi è alquanto discutibile dal momento che la legge-delega fa riferimento alla figura del "licenziamento economico" e quest'ultima non è una fattispecie giuridica definita, comprendendo sia il licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia il licenziamento collettivo³⁰. Semmai è vero che la disposizione può generare maggiori problemi nella gestione delle procedure di riduzione del personale, poiché alcuni lavoratori, nel caso di violazione dei criteri di scelta, godono dell'art. 18 St. lav. e altri no³¹.

Inoltre, la coesistenza di un doppio regime sanzionatorio (per i lavoratori assunti prima e per quelli assunti dopo l'entrata in vigore del

²⁶ Cfr. P. ICHINO, "Lettera sul lavoro" pubblicata dal Corriere della Sera il 1° dicembre 2014, www.pietroichino.it, secondo il quale se da un giorno all'altro la protezione dell'articolo 18 venisse rimossa per tutti i rapporti di lavoro, vecchi e nuovi insieme, il rischio sarebbe quello del licenziamento di tutte le persone il cui rapporto di lavoro presenta un bilancio in perdita più o meno rilevante, ma che oggi sono mantenute in servizio dalle rispettive imprese perché protette dall'articolo 18. A questa "improvvisa intensificazione dei licenziamenti", il sistema non sarebbe in grado di far fronte, sul piano economico, con un corrispondente aumento della spesa per i trattamenti di disoccupazione; sul piano operativo, con i nuovi strumenti di servizio nel mercato del lavoro, in particolare con il contratto di ricollocazione che comporta la cooperazione tra servizio pubblico e agenzie specializzate nell'assistenza intensiva a chi ha perso il lavoro: un sistema che ha bisogno di «un periodo di collaudo, che è possibile soltanto con un aumento graduale della domanda dei nuovi servizi nell'arco dei primi due o tre anni». La replica non appare dirimente perché parte dal presupposto, indimostrato, che il nuovo regime determinerebbe un'ondata di licenziamenti, sostanzialmente avvalorando la tesi di chi ravvisa nel contratto a tutele crescenti un contratto di natura ontologicamente instabile.

²⁷ M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 315.

²⁸ La stigmatizza nuovamente, comunque, F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23* cit., 377 ss.

²⁹ Cfr. M. V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità* cit., 45.

³⁰ Esclude il vizio di eccesso di delega anche S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 15.

³¹ Si v. ancora S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 20, che prospetta infatti una violazione del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.

decreto sul contratto a tutele crescenti) potrebbe interferire nelle concrete dinamiche delle procedure di scelta dei lavoratori: come è stato giustamente osservato, le innumerevoli procedure di licenziamento collettivo che si concludono con accordi sindacali i quali, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 223 del 1991, prevedono come solo criterio di scelta quello della "non opposizione" del lavoratore, comporteranno un sensibile innalzamento della incentivazione alla non opposizione al licenziamento³². Senza contare gli insolubili problemi derivanti dalla duplicità del rito³³.

Infatti, per i licenziamenti dei nuovi assunti non si applica il cd. rito Fornero; un superamento salutato con favore, se non richiesto, dalla gran parte degli operatori, per i rilevanti problemi tecnici che le disposizioni processuali contenute nella l. n. 92/2012 suscitano. Tuttavia il cd. rito Fornero resterà in vigore per i licenziamenti relativi a rapporti instaurati prima dell'entrata in vigore del decreto. È una soluzione razionale?³⁴.

La nota positiva ed in grado di porre pragmaticamente rimedio ad alcuni dei difetti sopra enunciati è la procedura conciliativa, di nuovo conio, prevista dall'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015, fortemente incentivata sul piano contributivo e fiscale. Qualora il datore di lavoro offra e il lavoratore accetti una somma pari ad una mensilità per ogni mese di rapporto, e comunque non inferiore a 2 mensilità e non superiore a 18, si determina l'estinzione del rapporto alla data della comunicazione del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione: l'accettazione da parte del lavoratore è fortemente incentivata dal fatto che la somma non è imponibile fiscalmente, non è assoggettata a contribuzione previdenziale ed è corrisposta immediatamente con assegno circolare, a fronte della durata e dell'esito imprevedibile del processo.

5. Le ambizioni sistematiche del d.lgvo n. 23/2015: il licenziamento nella piccola impresa...

Come già anticipato, il decreto legislativo n. 23/2015 non si limita ad una modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori e dunque dell'ex

³² Cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 315.

³³ Cfr. L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 250/2015, 6.

³⁴ Dubitano specificamente della legittimità costituzionale della differenziazione di rito A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto* cit., 12; L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio* cit., 2 ss.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23* cit., 370. E c'è anche chi si domanda se, essendo, a seguito della nuova disciplina, meno ampia l'indennità risarcitoria, il lavoratore non dovrebbe essere compensato con un rito più rapido: F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)* cit., 72.

regime di stabilità reale, ma tocca anche il regime di cd. stabilità obbligatoria. La riforma segna un sicuro regresso, per quanto riguarda l'entità degli indennizzi, in controtendenza rispetto agli esiti del dibattito, fino a quel momento intervenuto³⁵, peraltro scarno.

Anche in questo caso, in mancanza di giusta causa o di giustificato motivo, l'indennità è calibrata sull'anzianità di servizio e tuttavia dimezzata rispetto a quanto previsto nell'area di ex stabilità reale (con misura minima non inferiore a 1 mese e misura massima non superiore a 6 mesi). Per contro, si stabilisce espressamente che per i vizi formali e procedurali vale il regime indennitario, sia pure dimezzato rispetto a quanto previsto nell'area di ex stabilità reale. E ciò ribaltando l'indirizzo giurisprudenziale che ha sempre ricondotto il vizio formale alla nullità di diritto comune³⁶.

Per le unità produttive al di sotto dei 16 dipendenti (o, naturalmente, le imprese al di sotto dei 61 dipendenti), non scatta mai, in caso di insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, la sanzione reintegratoria (che scatta invece in caso di licenziamento discriminatorio), a dimostrazione del fatto che si tratta di disposizione la cui ragionevolezza è alquanto discutibile.

La riforma del regime di stabilità obbligatoria, molto rilevante viste le dimensioni delle imprese italiane, avrebbe probabilmente meritato un maggiore approfondimento, anche alla luce delle disposizioni della legge-delega, che in realtà non contengono indicazioni quanto alla modifica di questo regime³⁷.

In particolare, è da segnalare la norma di cui all'art. 1, 3° co., del decreto, la quale, nel caso di superamento della soglia dimensionale dei 15 dipendenti, rende applicabili a tutti i lavoratori le nuove disposizioni:

³⁵ Cfr. G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, *DLRI*, 2012, 634 ss., secondo il quale la sanzione indennitaria prevista dall'art. 8 della l. n. 604/1966 non presenta alcuna natura né effettiva, né dissuasiva, sicché dubbi in merito alla sua compatibilità con gli standard internazionali sono tutt'altro che infondati. In generale v. anche quanto osserva L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, *ESI*, 2009, 329 ss., che, nel rilevare come l'art. 30 della Carta di Nizza lasci margini di discrezionalità al legislatore nazionale, auspica una rivisitazione del sistema protettivo nazionale contro il licenziamento ingiustificato fondata sulla previsione di una ingente monetizzazione del costo dello stesso.

³⁶ Cfr. Cass., S.U., 27 luglio 1999, n. 508, *RIDL*, 2000, II, 145 ss. Sul dibattito *post legge Fornero* v. comunque M. D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92* cit., 363 ss.; F. ROSSI - B. DE MOZZI, *I licenziamenti inefficaci*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, a cura di C. CESTER, Cedam, 2013, 191 ss.

³⁷ Non sembrano però superati i limiti della delega: v., in proposito, A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto* cit., 5.

sebbene giustificata dall'intento di incentivare le imprese a superare la faticosa soglia, la norma è già criticata perché si esporrebbe ad una seria obiezione di eccesso di delega, quanto meno sotto il profilo che il cd. contratto a tutele crescenti dovrebbe riguardare per esplicita previsione normativa solo le nuove assunzioni³⁸. Ma la censura in relazione all'eccesso di delega, all'apparenza molto forte, potrebbe stemperarsi alla luce della considerazione che comunque anche nel passaggio al nuovo regime i lavoratori conserverebbero l'anzianità già maturata e, quindi, godrebbero di un trattamento non necessariamente deteriorato rispetto a quello goduto nel regime originario della l. n. 604/1966.

6. ...e nelle organizzazioni di tendenza.

L'intento sistematico che pervade il decreto arriva a comprendere anche il regime del licenziamento delle organizzazioni di tendenza, cui è estesa la stessa disciplina applicabile agli altri datori di lavoro secondo l'intendimento più volte annunciato dal Governo, volto a togliere tali organizzazioni da una situazione di privilegio. Resta peraltro aperto il problema – di cui sono ben consapevoli soprattutto i pratici³⁹ – dell'esatta identificazione della organizzazione di tendenza – “datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, d'istruzione ovvero di religione o di culto” –: un problema del cui chiarimento, però, probabilmente non si poteva fare onere al legislatore delegato.

7. Il carico di problemi della riforma.

Che dire in conclusione? Se lo spartiacque tra vecchio regime di stabilità reale e nuovo assetto dei licenziamenti è in realtà segnato dalla legge Fornero, il nuovo decreto legislativo porta più avanti la riforma della disciplina dei licenziamenti, con l'obiettivo, ambizioso, di rivedere i rimedi anche nell'area della legge n. 604.

³⁸ Cfr. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act* cit., 320 ss.; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 14; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015*, n. 23 cit., 369.

³⁹ Ma v., in proposito, in ordine alla applicazione giurisprudenziale, F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015*, n. 23 cit., 376, critico nei confronti dell'opzione legislativa di attrazione dei datori di lavoro di tendenza nel regime “comune”. V. anche A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in R. PESSI - C. PISANI - G. PROIA - A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, 95 ss.; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in *Jobs Act e licenziamento* cit., 17 ss.; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspì. Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e n. 23, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, Giappichelli, 2015, 64 ss.

Dalle scelte di fondo compiute scaturisce un evidente carico di problemi che qui riassumo: il doppio regime per i vecchi e i nuovi assunti, la ibridazione del regime indennitario con quello reintegratorio, che porterà ad esiti non prevedibili, e lo stesso livello della tutela indennitaria, che in realtà appare problematico soprattutto per le piccole imprese, per le quali si segna un sicuro regresso, e che non ha già mancato di sollevare dubbi di conformità con la disciplina europea⁴⁰.

Ora siamo in attesa dei restanti decreti legislativi attuativi della legge-delega. Ma l'ossatura del Jobs Act, almeno dal punto di vista della disciplina dei rapporti di lavoro, è già tutta qui⁴¹: nuova disciplina del contratto a termine, nuova disciplina del licenziamento nel contratto a tempo indeterminato, incentivi economici alla sua stipulazione (con la legge di stabilità, che già avrebbe provocato una fiammata di nuove assunzioni).

Quel che resta ancora di rilevante è quella riforma dei servizi per l'impiego – alla quale è stata rinviata anche la disciplina del contratto di ricollocazione (cfr. art. 17, d.lgs. n. 22/2015)⁴² –, tante volte promessa e mai attuata, che dovrebbe rappresentare la vera scommessa del Jobs Act. Solo a quel punto potremo dare una valutazione della plausibilità complessiva dell'operazione compiuta.

⁴⁰ Ovviamente il riferimento è all'art. 30 della Carta di Nizza, sui cui limiti applicativi v. tuttavia quanto osservato da S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* cit., 22; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea* cit., 619 ss.

⁴¹ Il 15 giugno 2015 sono stati emanati il d.lgvo n. 80 e n. 81, rispettivamente, sulle misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro e sulla disciplina organica dei contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni, che scommette proprio sul contratto a tutele crescenti, come baricentro della nuova regolazione dei contratti di lavoro.

⁴² Il contratto di ricollocazione, nell'ottica originaria da cui ha avuto impulso questa riforma – l'idea del cd. *firing cost*, per cui il datore di lavoro che licenziava per motivi economici doveva accollarsi un costo per il ricollocamento del lavoratore (cfr. P. ICHINO, *Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento* cit., 3 ss.) –, prevedeva un collegamento tra il regime indennitario e il contratto stesso. Poi, abbandonata l'idea del *firing cost*, si è passati alla previsione del cd. contratto di ricollocazione solo per i lavoratori licenziati illegittimamente per giustificato motivo oggettivo o per licenziamento collettivo (questo, nella prima bozza del decreto, criticata per non aver esteso l'istituto a tutti coloro che perdevano un'occupazione), infine per tutti i lavoratori in stato di disoccupazione (sulla scorta delle indicazioni fornite in tale senso dalla Conferenza Stato-Regioni). La previsione della misura non è ancora attuale perché il d.lgs. n. 22/2015 rinvia al decreto sulle politiche attive. Ci sono però attualmente Regioni in cui è in corso di sperimentazione l'istituto: si tratta delle Regioni Lazio, Sicilia e, da ultima, Sardegna, ove il contratto di ricollocazione è stato introdotto in via sperimentale con deliberazione della Giunta regionale del 17 febbraio 2015.