



I licenziamenti nel *Jobs Act*

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 273/2015

© Carlo Cester 2015
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Padova
cester@giuri.unipd.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>



I licenziamenti nel *Jobs Act*^α

Carlo Cester
Università di Padova

1. La revisione della disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo dalla legge di delega n. 183 del 2014 al decreto legislativo n. 23 del 2015. Linee di tendenza.	2
2. Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015.	15
3. Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale.	32
4. Il licenziamento ingiustificato per ragioni soggettive.	43
5. Il licenziamento ingiustificato per ragioni oggettive.	64
6. Vizi formali e procedurali.	80
7. Tutela risarcitoria e indennitaria in caso di licenziamento illegittimo. Criteri di computo.	84
8. L'offerta di conciliazione.	94

^α Questo scritto è destinato al *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci, Vol. V, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Capitolo VIII, *Le tutele*, Sezione seconda.

1. La revisione della disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo dalla legge di delega n. 183 del 2014 al decreto legislativo n. 23 del 2015. Linee di tendenza.

Ad appena due anni e mezzo dalla vera e propria rivoluzione introdotta con la legge n. 92 del 2012 in tema di apparato sanzionatorio per il licenziamento illegittimo, il legislatore è ritornato sul tema nell'ambito del cosiddetto *Jobs Act*, cioè della legge di delega 10 dicembre 2014, n. 183 (segnatamente all'art. 1, comma 7, lettera c), cui è stata poi data attuazione, sul punto, con il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. Tutto ciò, peraltro, in assenza, per evidenti ragioni di tempo, di un affidabile monitoraggio sugli effetti di quella riforma, sia sotto l'impegnativo profilo delle ricadute economiche positive che, a ragione o a torto, si attendevano da una maggiore flessibilità in uscita dal rapporto, sia sul piano della ricomposizione e della razionalizzazione, tramite il paziente lavoro dell'interprete, di un quadro sistematico frammentato ed incerto, quale è appunto quello uscito dalla riscrittura di buona parte dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

E' chiaro però che l'accelerazione da ultimo impresa trova la sua giustificazione in scelte di carattere squisitamente politico, volte a concretizzare nel breve periodo (che è quello che politicamente "paga" di più) un programma macro-economico di rilancio dell'occupazione basato tanto sulla ennesima revisione delle regole, quanto su un forte sostegno da parte della finanza pubblica, attraverso una delle forme più generose di sgravio contributivo finora mai immaginate. E così, nel nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (beneficiario di quello sgravio), che in realtà nuovo non è, i due strumenti di intervento si combinano e si integrano, anche se la caratteristica dominante appare decisamente quella macro-economica, che finisce per far sentire tutto il suo peso sulla dimensione contrattuale e sui diritti che in quest'ultima si radicano. Ed infatti, l'apparato protettivo del lavoratore che da tempo l'ha contraddistinta viene pesantemente ridotto, così che, con una reintegrazione nel posto di lavoro relegata a casi sempre più ristretti, il potere del datore di lavoro in ordine alla cessazione del rapporto – ma a ben guardare, e di riflesso, in ordine alla sua stessa generale gestione – ne esce, nella sostanza, significativamente potenziato¹. La tutela, nel

¹ L'osservazione è largamente condivisa: per tutti, due fra i maggiori critici della recente riforma: A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutela crescenti e*

disegno di politica del diritto perseguito dall'attuale legislatore (*rectius*, dall'esecutivo che sempre più ne detiene il controllo), è destinata allora a spostarsi sul mercato, secondo lo schema (ben noto e tuttavia ancora non realmente collaudato nel nostro ordinamento) della *flexicurity*, attraverso la revisione e il rilancio dei tradizionali strumenti di protezione della disoccupazione, nonché con la sperimentazione di strumenti nuovi, come il contratto di ricollocazione.

Non è questa la sede per una valutazione di carattere generale di queste linee di riforma, a cominciare dalla premessa – spesso data per scontata, ma che scontata non è – della netta separazione tanto concettuale quanto operativa fra tutela nel rapporto e tutela nel mercato, e della opportunità, o addirittura necessità, di operare solo sulla seconda dopo mezzo secolo di concentrazione normativa sulla prima: i due piani di tutela mi sono sempre sembrati in qualche modo legati fra loro e non è facile immaginare e costruire una tutela sul mercato che sia adeguata (anche ai principi costituzionali) ove non accompagnata da una tutela accettabile sul piano del rapporto, posto che quest'ultimo, con il suo assetto regolativo in termini di tendenziale "equità", non è un mero accidente del mercato, ma ne costituisce, a ben guardare, un protagonista certo non secondario². Se dunque solo col tempo, oltre che con il completamento del complessivo progetto del *Jobs Act*, potranno

Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23, Giappichelli, 2015, p. 3 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 259/2015, spec. p. 10 ss.

² Critiche molto decise alla linea di politica del diritto sottostante la riforma, che sarebbe totalmente asservita al "pensiero unico" – declinato in termini prevalentemente se non esclusivamente economici e ormai (acriticamente) adottato dalle grandi istituzioni economiche internazionali – circa la correlazione (in realtà, si dice, mai realmente dimostrata) fra crescita dell'occupazione e riduzione delle tutele, specie in materia di licenziamenti, in V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 356 ss.; ID., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., p. 2 ss., e A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 8 ss. (fra i non giuristi, G. RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, in <http://www.pietroichino.it>, 5.4.2015, p. 1 ss.). Il discorso si allarga, poi, secondo gli autori citati, verso la più generale prospettiva dell'analisi economica del diritto (del lavoro forse più che di altri), oggetto anch'essa di penetranti critiche (sul tema si può rinviare comunque, di recente, alle equilibrate considerazioni di R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. diritto*, 2013, p. 37 ss., nonché in generale a F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il successo di una teoria tanto debole?*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 43 ss.). Ma il discorso anche si restringe nella considerazione, pur essa criticata e tuttavia provvista nei fatti di una sua innegabile rilevanza, della «necessità di eliminare la indeterminatezza del *firing cost* legato alla incertezza della durata e dell'esito del processo» (così V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 5).

proporsi valutazioni ragionate e affidabili, qualunque ne possa essere il segno, non ci si può tuttavia sottrarre all'individuazione, fin da ora, delle linee di tendenza di questa ennesima riforma sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Con la preliminare osservazione (sulla quale ritornerò in tema di campo di applicazione: *infra*, par. 2) che la disciplina di cui al d.lgs. n. 23 del 2015, pur riprendendone in buona parte il contenuto, non costituisce una ulteriore versione dell'art. 18 dello Statuto, che rimane in vigore per i lavoratori già in forza alla data di entrata in vigore del decreto, ma una nuova regolamentazione di carattere generale per i nuovi assunti, e solo per essi, delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo, con annesse talune modifiche della corrispondente parte della legge n. 604 del 1966³.

La fondamentale linea di tendenza della nuova disciplina – l'osservazione è perfino banale – sta nella ulteriore marginalizzazione, rispetto alla legge n. 92 del 2012 (e, ovviamente, legge n. 604 del 1966 a parte), della tutela reale, e nella generalizzazione della sua monetizzazione, peraltro predeterminata e decisamente al ribasso, per un licenziamento che, benché illegittimo e dunque produttivo di conseguenze

³ Tra i primi commenti di carattere generale, con riferimento alla versione del decreto attuativo approvata dal Governo in data 24 dicembre 2014: 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 F. CARINCI E M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, in *ADAPT, Labor Studies, e-Book series*, n. 37, 2015, 69; T. TREU, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida lav.*, 2015, n. 3, p. 12 ss.; con riferimento al d. lgs. n. 23/2015: S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 246/2015*; M. DE LUCA, *Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 251/2015*; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d. lgs. n. 23/2015*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 252/2015*; E. BARRACO, *Le nuove regole in materia di licenziamento individuale e collettivo*, in *DPL*, 2015, 868 ss.; M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL*, 2015, 741 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 310 ss.; C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, I, p. 285 ss.; da ultimo, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit. Questi i commenti (o volumi collettanei) finora editi e dei quali si è potuto tenere conto: L. FIORILLO – A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutela crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015; R. PESSI – C. PISANI – G. PROIA – A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015; G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, in *Quaderni di ADL*, n. 14, Padova, 2015; F. CARINCI – C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015 (contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, in *ADPT, Labour Studies, e-Book series*, n. 46; E. GHERA – D. GAROFALO, *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015.

lato sensu risarcitorie, è tuttavia idoneo ad estinguere validamente il rapporto di lavoro. Non so se sia del tutto corretta la contrapposizione, autorevolmente prospettata⁴, fra un regime di *job property* (una sorta di diritto reale sul posto di lavoro) caratteristico del tradizionale impianto dell'art. 18 dello Statuto e un regime di *liability rule* (evocativo di una mera responsabilità per l'illegittima rottura del vincolo contrattuale) quale ora accolto dalla nuova disciplina, in conformità, si aggiunge, a quanto generalmente disposto degli altri paesi europei⁵. E non è sicuro che la netta prevalenza del secondo schema normativo sul primo non sia tale da sollevare qualche dubbio circa la conformità della nuova disciplina alle normative – nazionali e sovranazionali – di ordine superiore, dubbi sui quali poco oltre mi soffermerò.

Ma intanto, questa è la scelta legislativa della quale occorre prendere atto. Una scelta non equivoca, anche sotto il profilo della tecnica normativa usata, posto che il rapporto fra regola ed eccezione viene rovesciato, sì che quel che prima era la regola, cioè la tutela reale, diventa l'eccezione, e viceversa, come risulta in modo chiaro già nella legge di delega, che esclude anzitutto la reintegrazione per i «licenziamenti economici» e che la limita, poi, ad ipotesi specificamente individuate. Quanto al decreto delegato, allorché si disciplinano le conseguenze sanzionatorie del licenziamento ingiustificato (art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015), l'ordine logico e sistematico è capovolto rispetto all'attuale testo dell'art. 18 dello Statuto, nel senso che prima viene enunciata la regola, costituita dalla estinzione del rapporto con condanna al pagamento dell'indennità, e solo dopo viene ritagliato l'angusto spazio per i residui casi di tutela reintegratoria. Non contraddice questa conclusione la conservazione di quest'ultima tutela per il licenziamento discriminatorio e in generale nullo, che, dopo la delimitazione del campo di applicazione del decreto (art. 1), costituisce in effetti la prima ipotesi regolata (art. 2). Ed invero, qui si tratta di divieti di licenziamento a presidio di diritti fondamentali, che in via di principio non potrebbero essere scambiati con una somma di denaro (per quanto anche nel vecchio art. 18 dello Statuto dietro la facciata della reintegrazione vi è pur

⁴ P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. NOGLER, L. CORAZZA, *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milano, Angeli, 2012, p. 792 ss. Critiche in S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 5.

⁵ Per una approfondita e critica considerazione delle discipline europee in materia di licenziamenti e di relative sanzioni, cfr. M. PEDRAZZOLI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Milano, Angeli, 2014; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. lav. relazioni ind.*, 2012, p. 619 ss..

sempre l'indennità sostitutiva della stessa e dunque, alla fin fine, la sua monetizzazione), mentre il paradigma sul quale misurare lo spessore sanzionatorio è pur sempre quello del generale principio di giustificazione necessaria e della sua effettività.

Quanto da ultimo segnalato induce a ritornare brevemente sul tema del rapporto fra presupposti di legittimità del licenziamento e sanzioni per la loro inosservanza, tema sul quale mi sono intrattenuto nella Parte I di questo scritto. Un rapporto, questo, di reciproca indipendenza, visto che i piani sono diversi e visto che una modifica del sistema sanzionatorio, quale quella realizzata dalla legge n. 92 del 2012 e ora dal d.lgs. n. 23 del 2015, non tocca di per sé le nozioni di base del giustificato motivo, né della giusta causa di licenziamento, ponendosi a valle di queste. Ma come già la legge n. 92 del 2012, così anche il d.lgs. n. 23 del 2015 penetra la fattispecie del giustificato motivo, dividendola e scomponendola, sia pure al fine di diversificare le conseguenze sanzionatorie. Non sarà vero che il legislatore delegato abbia avuto la tentazione di riscrivere le causali, come da taluno ipotizzato⁶, e d'altra parte l'operazione ridefinitoria presenterebbe comunque un ambito più ristretto, in quanto circoscritta ora al giustificato motivo soggettivo, visto che, come più avanti si vedrà, il giustificato motivo oggettivo viene considerato senza alcuna scomposizione interna, mentre l'espressione « licenziamenti economici» di cui alla legge delega, con la sua possibile carica innovativa di nuova fattispecie, non è stata ripresa dal decreto delegato (cfr. *infra*, par. 5). Tuttavia, quel filo sottile che in concreto lega le fattispecie alle sanzioni, fa sì che non sia facile negare che una disciplina riduttiva, o addirittura minimizzante, di queste ultime possa finire per depotenziare, e financo svuotare, la previsione dei presupposti legittimanti il licenziamento, come plasticamente evidenziato da certe rappresentazioni mediatiche, pur grossolane e talora fuorvianti, circa l'asserita, nuova "libertà" di licenziare⁷.

Il fatto è che il bilanciamento di interessi da quasi cinquant'anni espresso nella formula del giustificato è ora a rischio. La ricostruzione, proposta a suo tempo da Massimo D'Antona, della reintegrazione nel posto di lavoro come strumento di riequilibrio delle situazioni di potere nell'impresa in una logica attuativa (dei limiti) dell'art. 41 della Costituzione⁸, sembra ormai lontana anni luce. Analogamente, quell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, al

⁶ In questa prospettiva, P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 150 ss.

⁷ Cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutela crescenti*, cit., p. 11 s.

⁸ M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, *passim*

quale era intitolato il classico saggio di Mattia Persiani dell'immediato dopo-Statuto⁹, è ora ridotto ai minimi termini, se non addirittura cancellato. E diventa sempre più difficile, di fronte alla evidente marginalizzazione della reintegrazione, continuare a ritenere che «Il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli art. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma», come in tempi recenti e sia pure a proposito di uno specifico problema (quello della ripartizione degli oneri probatori in tema di livello occupazionale), ammonivano le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella nota sentenza n. 141 del 2006. Tanto da far ritenere che sia intervenuto un «cambio di paradigma normativo del diritto del lavoro»¹⁰, quest'ultimo non essendo più deputato a garantire il riequilibrio di poteri nel rapporto, ma orientato alla massimizzazione del benessere a prescindere dalla sua distribuzione o, al più, alla soluzione dei gravi effetti sociali posti dalla crescente disoccupazione¹¹.

Il tema è troppo impegnativo per essere affrontato in questo commento, coinvolgendo oramai il generale assetto della nostra materia e le sue coordinate genetiche. Ma qualche considerazione più specifica non può essere tralasciata dalla particolare angolatura della conformità o meno della nuova disciplina alla Costituzione e alla normativa europea: questione che è stata già discussa (e superata dall'opinione forse maggioritaria) con riferimento alla legge n. 92 del 2012, ma che dopo la recente riforma si riapre con in più qualche spigolosità per i sostenitori del conflitto, ma anche qualche doveroso dubbio per l'opposta opinione.

Quanto alla conformità a Costituzione, non mi sembra però che l'ulteriore marginalizzazione della tutela reintegratoria sia tale da inficiare l'intera riforma se è vero, come ammesso anche da dichiarati detrattori del nuovo corso legislativo¹², che la tutela reale non ha una copertura costituzionale, pur rappresentando un significativo avamposto nel cammino di tutela del lavoratore subordinato, quando non addirittura la "madre" di tutte le tutele. Ed infatti, fermo restando il vincolo della non arbitrarietà del recesso, la conservazione del rapporto contrattuale in caso di illegittimità dell'atto estintivo resta consegnata alla discrezionalità

⁹ M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro* diretto da L. RIVA SANSEVERINO-G. MAZZONI, Vol. II, Padova, 1971, p. 593 ss.

¹⁰ In questo senso, A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 5; aderisce V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 7 s.

¹¹ Ancora A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 5

¹² Per tutti, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 532 s.

legislativa¹³, senza che la considerazione complessiva dei principi costituzionali a tutela del lavoro – pur essenziali nel disegno riformatore della Carta fondamentale – possa spingersi fino al punto da imporre come esclusiva la tutela in forma specifica nel caso di illegittima rottura di quel rapporto. Né sembra convincente la censura di manifesta irrazionalità, con conseguente contrasto con l'art. 3 Cost., peraltro riferita alla specifica disciplina del licenziamento disciplinare¹⁴, sia per la genericità del parametro della ragionevolezza, sia perché non si può non prendere atto che da ormai quasi mezzo secolo una diversificata disciplina circa le conseguenze del licenziamento illegittimo, nelle rispettive aree di applicazione, non si è ritenuta confliggere né con il principio di eguaglianza, né con una razionalità che per essere adeguatamente soddisfatta dovrebbe sovrapporsi senza residui con il suddetto principio.

La questione, semmai, potrebbe porsi a valle della restrizione della tutela in forma specifica, come è stato avvertito anche dai critici più severi della nuova disciplina¹⁵. Ciò nel senso che l'alternativa preferita dal legislatore – cioè la tutela "per equivalente" – potrebbe essere giudicata niente affatto "equivalente", stante il livello spesso assai modesto, specie per lavoratori di poca anzianità di servizio, della compensazione economica, con una non trascurabile differenza con lo stesso art. 18 rivisitato. Da ciò non sarà ricavabile – sarebbe davvero forzato – un problema di discriminazione per età (i lavoratori con poca anzianità sono spesso, ma certo non sempre, giovani di età), ma è difficile fugare qualsiasi dubbio circa l'efficienza e l'adeguatezza del rimedio contro il licenziamento illegittimo.

Osservazione, quest'ultima, che può essere riconsiderata (rispetto all'art. 18) nella prospettiva comunitaria ed europea in genere, sia con riguardo all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali del 2000, avente ormai lo stesso valore giuridico del Trattato, sia con riguardo all'art. 24 della Carta sociale europea come rivista nel 1996. La questione, dal punto di vista teorico, non cambia¹⁶. Restano perciò aperti i problemi circa l'efficacia di queste due fonti nei rapporti interpretati e la loro concreta giustiziabilità, problemi la cui soluzione sembra essere tendenzialmente negativa. Quanto alla prima fonte, la sua eventuale violazione non

¹³ In questo senso, le sentenze della Corte costituzionale n. 390 del 1999 e n. 46 del 2000 (che ha dichiarato ammissibile il *referendum* abrogativo dell'art. 18 St.). Sul punto rinvio a quanto argomentato nella Parte I, par. 1.

¹⁴ Così ancora S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 18

¹⁵ In particolare, A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 31 s. Ma si veda anche V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 36 s.

¹⁶ Rinvio ancora alla Parte I, par. 1.

potrebbe essere fatta valere davanti alla Corte di Giustizia, posto che manca la cosiddetta "norma interposta" che espressamente disciplini la materia dei licenziamenti individuali, pur rientrando fra quelle di competenza dell'Unione Europea la protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro (art. 153, comma 1, lettera *d* del Trattato)¹⁷. Quanto alla seconda, è evidente la sua efficacia meramente obbligatoria nei confronti dello Stato membro, e ciò anche dopo la sua ratifica da parte dello Stato italiano, avvenuta con la legge 9 febbraio 1999, n. 30¹⁸, mentre troppo generico appare il riferimento alla Carta sociale contenuto nell'art. 151 del TFUE, ai sensi del quale i diritti previsti dalla Carta vanno semplicemente «tenuti presenti» nel perseguimento degli obiettivi di politica sociale dell'Unione.

Per entrambe le fonti, peraltro, resta aperta la questione della loro rilevanza indiretta, stante la possibile incostituzionalità della normativa interna – in ipotesi contrastante con quelle fonti – attraverso il canale dell'art. 117, comma 1, Cost., oramai un vero e proprio grimaldello per l'applicazione nel nostro ordinamento di normativa europea non *self executing* e non ancora recepita. E qui, tralasciato per forza di cose il

¹⁷ Come ben evidenzia V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 41. *Contra*, in base alla circostanza che oggetto di disciplina in ambito comunitario sono i licenziamenti collettivi, F. BUFFA, *Compatibilità del contratto a tutele crescenti con il diritto europeo*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, p. 43 s.; questo autore solleva la questione del contrasto del decreto in commento con l'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali in tema di principio di eguaglianza.

¹⁸ Sembra di contrario avviso V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 42, il quale, enfatizzando la «Piena ed intera esecuzione» che è data alla Carta sociale nell'art. 2, comma 1 della l. n. 30 del 1999 (e che altro non significa se non adempimento di obbligo internazionale), aggiunge che «non vi è dubbio che il giudice nazionale dovrà utilizzare l'art. 24 come parametro di valutazione della congruità dell'indennizzo», come se il giudice interno fosse autorizzato, in base all'art. 24, a direttamente ricalcolare, magari in via equitativa, l'ammontare dell'indennità.

Sulla questione comunitaria, si veda anche il lungo saggio di V. DE MICHELE, *La (in)compatibilità della riforma dei licenziamenti nel Jobs Act 2 nel prisma del diritto dell'Unione Europea*, in *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria*, cit., *passim*, il quale molto spende per dimostrare, sulla base del generale sistema di collegamento tra fonti, l'applicabilità diretta dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, ma nulla in concreto argomenta circa i reali contenuti di tale norma al fine di giustificare il conflitto con la normativa interna. Salvo poi proporre un risultato analogo per via traversa, e cioè quella di equiparare, sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie, l'ipotesi di contratto a termine illegittimo con quella di un licenziamento illegittimo in un contratto a tempo indeterminato: ipotesi che a mio parere non sono equiparabili, l'una riguardando i presupposti perché un contratto possa essere legittimamente stipulato a termine, e l'altra riguardando meccanismi di cessazione del rapporto a tempo indeterminato, regolarmente previsti e disciplinati dall'ordinamento.

profilo squisitamente di diritto comunitario (e internazionale) della questione, e data per acquisita (non senza qualche perplessità) la percorribilità, sempre e comunque, di un siffatto meccanismo, emerge il profilo legato al merito, cioè al vincolo di sostanza che può essere ricavato dalle due norme sopra richiamate e sul quale la Corte costituzionale potrebbe essere chiamata a ragionare.

Quanto all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, non si può che ribadire la genericità della formula normativa, nella quale la prevista «tutela contro ogni licenziamento ingiustificato», pur comprendendo, di per sé, tanto i presupposti quanto le conseguenze sanzionatorie, non sembra davvero tale da vincolare, nel dettaglio, anche tipologia e spessore dei possibili rimedi sanzionatori¹⁹. La prospettiva può cambiare, invece, con riferimento all'art. 24 della Carta sociale e alla previsione di «un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» per i lavoratori licenziati senza valido motivo. In questo ambito e in questi limiti la sensibile riduzione, ad opera del d. lgs. n. 23 del 2015, della tutela (solo) economica (con un innegabile peggioramento rispetto alla disciplina di cui al novellato art. 18 dello Statuto²⁰), qualche problema lo pone dal punto di vista costituzionale (nell'angolatura, si ripete, dell'art. 117 Cost.). Ma l'esito non è scontato, non essendo facilmente ipotizzabile una dichiarazione di incostituzionalità basata sull'apprezzamento di parametri meramente quantitativi nel quadro di scelte tipicamente discrezionali, e restando comunque esclusa la possibilità di meccanismi automatici di sostituzione del regime sanzionatorio ora previsto dal legislatore interno con altro indefinito regime.

Non è azzardato prevedere, allora, che, sia pure con qualche forzatura, le questioni costituzionali e comunitarie saranno superate, ond'è che occorre riprendere la linea di fondo della nuova disciplina – cioè, come detto, la marginalizzazione della reintegrazione – per verificarne le prime ricadute, anche di tipo ordinamentale. Il rovesciamento dell'ordine logico e sistematico del bilanciamento di interessi faticosamente costruito nel tempo e lo snaturamento dei suoi parametri, non mancheranno infatti di determinare conseguenze ulteriori, a cascata.

Anzitutto, ancora a danno dei lavoratori, circa il tema della distribuzione degli oneri probatori sulla consistenza occupazionale, non

¹⁹ Per una rivalutazione, sotto il profilo dei contenuti, dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali (oltre che della Carta sociale), si veda tuttavia G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. lav. relazioni ind.*, 2012, p. 621 ss.

²⁰ Ancora A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 31 s.

essendo ormai più possibile costruire la tutela reintegratoria (cioè la tutela in forma specifica nell'azione di adempimento contrattuale) come la regola generale e quella indennitaria per equivalente come l'eccezione, per quanto la questione sia ormai rilevante soltanto nel caso in cui il lavoratore chieda l'applicazione dell'art. 3, comma 2 del decreto n. 23 del 2015, cioè la tutela reale attenuata. Ma conseguenze si avranno anche e soprattutto, in un singolare contrappasso, in tema di decorrenza dei termini di prescrizione, tema riguardo il quale si renderà ineludibile la revisione dei consolidati orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, già messi profondamente in discussione dalla legge n. 92 del 2012²¹. Le ragioni che consentivano l'applicazione del principio generale circa il *dies a quo* della prescrizione, non sembrano infatti più idonee a supportarlo, e i datori di lavoro – in una situazione di incertezza del tutto paradossale, stante la funzione di certezza che è propria dell'istituto della prescrizione – dovranno attrezzarsi, sul piano documentale e probatorio in genere, per contrastare pretese dei propri dipendenti anche assai risalenti nel tempo.

C'è poi un altro terreno sul quale l'effetto vincolante della linea di politica del diritto fatta propria dalla nuova disciplina sarà sicuramente messo alla prova, in una generale prospettiva sistematica: quello della onnicomprensività o meno delle nuove regole; in definitiva, quello della autosufficienza o meno della disciplina speciale, cioè del microsistema che nel tempo si è venuto costruendo e poi consolidando in tema di licenziamenti.

L'art. 18 dello Statuto, come uscito dalla modifica ad opera della legge n. 92 del 2012, manifesta una vocazione centralistica e appunto onnicomprensiva, indirizzato com'è a coprire tutti i casi di illegittimità del licenziamento e a non lasciare vuoti di disciplina, donde la tendenziale chiusura di spazi verso il diritto comune dei contratti. Il decreto delegato qui in commento, dal canto suo, appare per la verità un poco schizofrenico, perché se per un verso chiude con durezza i margini della

²¹ Sulla questione, rinvio alla Parte I, par. 19 (e agli autori ivi citati), nel quale facevo presente la difficoltà, già con la legge n. 92 del 2012, ad individuare un criterio affidabile, posto che le diverse tipologie di tutela, ancorate come sono anche alle causali del licenziamento, dipendono da circostanze che per un verso non sono attuali nel momento in cui il lavoratore deve decidere se azionare il suo diritto onde evitarne la prescrizione o attendere, e che per altro verso potrebbero non verificarsi mai, tutte le volte in cui la cessazione del rapporto non passi per il licenziamento. Per un esame approfondito della questione dopo il d. lgs. n. 23 del 2015 in E. C. SCHIAVONE, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro: diritto vivente e recenti riforme*, in *La tutela per i licenziamenti e la disoccupazione involontaria*, cit., p. 217 ss. (spec. p. 231 ss.), il quale ritiene assolutamente necessario un intervento legislativo.

tutela reintegratoria, per altro verso, come si vedrà, rinuncia a regolare alcune delle ipotesi già considerate dall'art. 18 dello Statuto, lasciando sul campo taluni silenzi problematici. Il fatto è – e qui appunto si pone il problema sistematico di cui dicevo – che la via di fuga verso il diritto comune, in queste ipotesi di “non detto”, rischia di porsi in rotta di collisione con il generale, nuovo disegno di politica legislativa. Ed infatti, una volta che la tutela reale, nella consapevolezza della incoercibilità dell'ordine di reintegra, venga in un certo senso demitizzata, quel che resta dell'art. 18 è in sostanza sovrapponibile con la tutela approntata dal diritto comune dei contratti, sia per quel che concerne la permanenza (giuridica) del rapporto, sia per quel che concerne la liquidazione del risarcimento, con la sola, concreta differenza data dal diritto all'indennità sostitutiva della reintegrazione, che al diritto comune è ovviamente sconosciuta. Anzi, dopo l'introduzione con la legge n. 92 del 2012 del tetto di dodici mensilità al risarcimento del danno nel caso di tutela reale attenuata, la tutela reale di diritto comune può garantire al lavoratore risultati migliori.

Ma se così è, non è del tutto irragionevole il dubbio circa l'utilizzabilità, sempre e comunque, dello strumento integrativo del diritto generale rispetto a quello speciale. Ed infatti, se il primo funziona come rete di sicurezza per il raggiungimento di un risultato grosso modo equivalente a quello garantito dal secondo (nella specie non direttamente applicabile), c'è da chiedersi se lo stesso meccanismo possa essere ammesso allorché il risultato garantito dal diritto comune, cioè la conservazione del rapporto di lavoro in caso di illegittimità del licenziamento, sia sostanzialmente in contrasto con il diritto speciale, che quel rapporto considera di regola risolto nonostante l'illegittimità. Il problema non è semplice da risolvere, e non è del tutto nuovo: basti pensare alla possibilità o meno di applicare la tutela reale di diritto comune ai datori di lavoro soggetti alla legge n. 604 del 1966 nei casi di licenziamento illegittimo per ragioni procedimentali. Esso, peraltro, impone considerazioni diversificate anche in relazione alla tipologia del vizio che viene in considerazione, sì che non mi sembra se ne possa dare una soluzione unitaria.

Questione diversa, ma in fondo legata a quella appena vista, è quella circa la possibile applicazione, mediante patto individuale o in taluni casi anche collettivo, del regime di stabilità del posto di lavoro. Pattuizioni come queste (con conservazione della disciplina dell'art. 18 dello Statuto a rapporti esclusi per legge) non sono nuove, ed hanno per lo più ottenuto l'avallo della giurisprudenza, che ha ritenuto la materia (cioè le norme che escludono la tutela reale) disponibile e dunque regolabile *in melius*, eccezion fatta (ma è eccezione che opera sul diverso

piano dei presupposti) per la giusta causa, previsione ritenuta unanimemente non derogabile, neppure a vantaggio del lavoratore. In futuro non è difficile prevedere un maggior sviluppo di queste clausole. Non tanto a livello collettivo (le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro saranno restie a negoziarle a fronte delle favorevoli novità introdotte in materia di sanzioni²²), quanto a livello individuale, soprattutto per scongiurare l'eventualità di licenziamenti per ragioni oggettive. Le clausole di stabilità, infatti, costituiranno uno strumento pressoché indispensabile – là dove il lavoratore sia dotato di una certa forza contrattuale in ragione di una specifica professionalità – perché possa realizzarsi la mobilità da un posto di lavoro ad un altro, sempre utile per un mercato del lavoro dinamico. La mobilità, infatti, risulta frenata dalla nuova disciplina riservata ai nuovi assunti, disciplina alla quale chi è attualmente titolare di un rapporto di lavoro "stabile" fatica evidentemente ad adattarsi.

Il nuovo quadro normativo sembra porre qualche problema in più circa la legittimità di siffatte clausole. Viene infatti il sospetto che la nuova disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo sia destinata ad assumere le caratteristiche di una disciplina di ordine pubblico economico, finalizzata com'è al raggiungimento di obiettivi generali di politica occupazionale attraverso un incisivo intervento sull'assetto di poteri all'interno del rapporto di lavoro; del resto – si potrebbe aggiungere – in questa nuova e generale disciplina per i nuovi assunti non è inserita, a differenza che nella legge n. 604 del 1966 e nello Statuto dei lavoratori, l'espressa salvezza di una disciplina di miglior favore. Tuttavia, è difficile negare che una conclusione di questo genere, pur non eccentrica rispetto alla *ratio legis*, andrebbe a segnare troppo in profondità la libertà contrattuale, mentre il riconoscimento della legittimità della clausola di stabilità, ove liberamente accettata, non sembra in grado di incidere negativamente sulla libertà di concorrenza: concorrenza che, semmai, potrebbe essere distorta proprio dalle opportunità offerte con il decreto in commento, con singolare vantaggio per nuove iniziative imprenditoriali o per imprese che, pur "vecchie", si avvalgano di un forte ricambio di personale in ragione della non elevata qualificazione professionale della manodopera necessaria²³.

Altro tratto distintivo della nuova disciplina sta nella progressiva marginalizzazione, oltre che della tutela reintegratoria, anche del ruolo e

²² Ma non mancano notizie (per ora a livello giornalistico) di patti collettivi di stabilità stipulati a livello aziendale e dunque da singole imprese.

²³ F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 7 s.,

dei poteri del giudice²⁴. La logica, infatti, è quella, tutta economicistica, di garantire certezza ai cosiddetti costi di separazione, così che il datore di lavoro sia in grado di "programmare" il licenziamento e il suo peso economico in caso di illegittimità, secondo le sue possibilità di gestione. Come si vedrà più avanti, infatti, la determinazione dell'indennità risarcitoria dipende, secondo un parametro matematico piuttosto rigido, dall'anzianità di servizio del lavoratore, rispetto al quale il giudice non ha spazio di manovra. Una scelta, questa, che si colloca oltre tutto in controtendenza rispetto ad una delle idee di fondo della legge n. 92 del 2012, cioè all'idea che non tutte le illegittimità sono eguali e che pertanto la illegittimità e le sue conseguenze risarcitorie vanno pesate, secondo criteri forniti direttamente dal legislatore, ma in diverse ipotesi adattati al caso di specie, nell'ambito della "forbice" normativa, dalla discrezionalità del giudice.

Analoga marginalizzazione subiscono la contrattazione collettiva²⁵ e le tipizzazioni, in essa contenute, di giusta causa e giustificato motivo soggettivo (nella pur ambigua formulazione di cui all'art. 30 della legge n. 183 del 2010). Ciò, peraltro, non per l'applicazione del principio di proporzionalità ai fini della legittimità o meno del licenziamento (inteso, quest'ultimo, come sanzione per il lavoratore), principio che resta saldamente fermo; quanto in funzione delle conseguenze sanzionatorie della illegittimità a carico del datore (che è problema diverso, anche se talora viene confuso con il primo²⁶). Ed infatti, come più attentamente si vedrà, lo "scollamento" fra la tipizzazione collettiva di una sanzione conservativa e la scelta espulsiva adottata dal datore di lavoro per la stessa infrazione, non costituisce più, a differenza che nell'art. 18, 4° comma, ragione per l'applicazione della tutela reintegratoria, seppure attenuata.

Su queste linee di fondo va dunque sviluppandosi la nuova disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo, unica reale peculiarità del nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, che pertanto,

²⁴ Sul punto, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 14.

²⁵ Sulla emarginazione del sindacato, «nobile escluso», C. ROMEO, *IL dilemma delle tutele*, cit., p. 301 ss.

²⁶ Così mi sembra S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit. p. 19, per il quale la norma sul licenziamento disciplinare (art. 3, comma 2) « è palesemente illegittima anche perché finisce per svuotare di qualunque rilievo (in contrasto, oltre che con l'art. 3, con l'art. 39, comma 1, Cost.) le previsioni contenute (tanto sotto il profilo della tipizzazione degli illeciti, quanto sotto quello corrispondente graduazione delle sanzioni) nei contratti collettivi applicabili al rapporto di lavoro ». Sulla questione del rapporto fra art. 30 della legge n. 183 del 2010 e d. lgs. n. 23 del 2015, si veda ora R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 280 s.

come sottolineato da tutti i primi commentatori, nuovo in realtà non è²⁷. Non lo era, a ben guardare, neppure quello proposto agli inizi di questo secolo dal governo di centro destra di allora, e poi travolto dalle contestazioni sindacali e politiche. Ma almeno quel contratto era effettivamente strutturato secondo un crescendo di disciplina protettiva che, dopo una prima fase nella quale l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto era sospesa, veniva recuperata dopo un triennio. L'attuale contratto, invece, impone fin da subito ai nuovi assunti la riduzione delle tutele, che ne costituisce il tratto caratterizzante. Tratto che, oltre tutto, è destinato a generalizzarsi con la sostituzione della vecchia disciplina dell'art. 18 dello Statuto una volta che sarà compiuto integralmente il ricambio occupazionale, salvo accelerazioni normative al momento non in programma anche se da non escludersi in un futuro più o meno prossimo. E dunque, sarebbe comunque difficile costruire una qualche specialità del contratto a tutela crescenti in ragione della specialità della disciplina, essendo quest'ultima destinata appunto a divenire la disciplina generale, ed apparendo perciò assai problematica l'ipotesi di un rapporto solo provvisoriamente speciale.

2. Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015.

Come appena sottolineato, il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti costituisce nient'altro che il comune contratto a tempo indeterminato, peraltro significativamente incentivato, per un verso mediante un massiccio sgravio contributivo per il primo triennio, per altro verso mediante l'introduzione di una specifica disciplina, di indubbio favore per le ragioni e gli interessi della parte datoriale, circa le conseguenze del licenziamento illegittimo.

Ma la nuova disciplina troverà applicazione – questa la prima regola – soltanto per i lavoratori assunti successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 (e cioè al 7 marzo 2015). A differenza della modifica dell'art. 18 dello Statuto ad opera della legge n. 92 del 2012, che si applica in ragione della data in cui è stato intimato il licenziamento (che deve essere successiva all'entrata in vigore di quella normativa), la nuova disciplina di cui al d.lgs. n. 23 del 2015 è dunque legata alla data di assunzione del lavoratore. Ciò che pone già da subito il problema della correttezza costituzionale di una tale scelta. Naturalmente il decreto, su

²⁷ L'osservazione è unanimemente condivisa: per tutti A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 22, ove una attenta ricognizione del modello di contratto a tutela crescenti come prospettato dalla Commissione europea, nonché dei precedenti modelli proposti nel nostro ordinamento prima del *Jobs Act*, tutti ispirati all'idea di un «gradiente crescente di protezione».

questo punto, non fa che dare fedele esecuzione alla legge di delega, la quale, all'art. 1, comma 7, lettera c), riservava la previsione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti «per le nuove assunzioni», sì che la questione di costituzionalità deve essere posta appunto nei confronti della legge di delega, mentre questioni specifiche di costituzionalità del decreto si porranno semmai, come tra poco si vedrà, per il possibile scostamento – con conseguente violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega – proprio rispetto a quel principio di “riserva” per i nuovi assunti, e dunque nel presupposto che la prima questione di costituzionalità sia stata positivamente superata.

In realtà, questa nuova divisione fra lavoratori quanto alle tutele in caso di licenziamento illegittimo – divisione che si somma e si intreccia con quella, tradizionale, legata alla consistenza occupazionale dell'organizzazione²⁸ – qualche problema sul piano costituzionale lo pone effettivamente, anche se ha rappresentato una soluzione obbligata nell'*iter* del provvedimento, posto che una immediata estensione di quest'ultimo anche ai lavoratori già in servizio, pur forse auspicata dal Governo proponente, si era rivelata politicamente non praticabile, sì che il criterio utilizzato, di gradualità temporale, è stato il frutto di un inevitabile compromesso. Le perplessità, e poi le aperte critiche, mosse a tale soluzione hanno messo in evidenza la poca ragionevolezza di una diversificazione, tutta interna nell'ambito della stessa organizzazione, fra lavoratori vecchi assunti, ancora in qualche modo protetti (seppure con il nuovo e più blando art. 18), e lavoratori nuovi assunti, lasciati in balia di una disciplina ulteriormente recessiva. Ciò anche in considerazione del fatto che lo spessore della tutela contro i licenziamenti illegittimi può dirsi costituire, come già più volte rilevato, una sorte di preconditione generale per l'esercizio di altri diritti e dunque per una valutazione complessiva dello statuto protettivo del lavoratore²⁹.

A ben guardare, la diversificazione di tutela fra lavoratori tutti alle dipendenze di uno stesso datore di lavoro non è nuova, potendosi realizzare, secondo la disciplina precedente e ancora vigente per i vecchi assunti, nella fascia di datori di lavoro con numero di occupati fra 16 e

²⁸ Con tutte le varianti, ben note, legate all'esistenza di una unità produttiva autonoma o di un ambito comunale con più di 15 dipendenti, specie se riconducibile, l'una o l'altro, a datore di lavoro con non più di 60 dipendenti (cfr. *supra*, Parte I, par. 20). Ma sul punto si tornerà fra breve.

²⁹ Sul punto, F. SCARPELLI, *Un primo commento alla nuova disciplina*, cit., p. 2; 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*, in WP CSDLE- "Massimo D'Antona". IT, n. 233, p. 28; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 58 s.

60, in ragione delle diverse modalità organizzative concretamente adottate, dalle quali può derivare la possibilità di applicazione in certe unità produttive della tutela di cui all'art. 18 St., e in altre unità della sola tutela obbligatoria di cui alla legge n. 604 del 1966. Ma in tale sistema, almeno, non veniva meno l'uniformità di trattamento fra lavoratori appartenenti alla stessa unità produttiva, mentre il nuovo sistema segnerà differenze significative anche in quell'ambito.

Al fine di giustificare tali differenze, si sono proposti in buona sostanza due argomenti. Con il primo si è richiamata quella (recente) giurisprudenza della Corte costituzionale che ha fatto salvi i trattamenti differenziati che siano riconducibili a «momenti diversi del tempo», così da giustificare le differenze in relazione al «fluire del tempo»³⁰. Con il secondo, di carattere invece sostanziale, si è posta in evidenza la finalità di sostegno all'occupazione in un quadro socio economico indubbiamente mutato³¹.

Non che si tratti di argomenti incontrovertibili. Quanto al primo, mi sembra che il richiamo alla successione delle leggi nel tempo non sia del tutto appropriato, perché nel caso in oggetto quel che si denuncia è l'irrazionalità dell'operare proprio contemporaneo, e non scaglionato nel tempo, di due diverse discipline, sia pure per tipi di rapporti diversamente caratterizzati³². Quanto al secondo argomento, esso, pur non privo di fondamento, appare piuttosto generico e tale in realtà da legittimare qualunque deregolazione delle tutele. Le perplessità, dunque, rimangono. E si aggravano sol che si pensi ai riflessi della distinzione fra vecchi e nuovi assunti in tema di licenziamento collettivo (a mio avviso necessariamente da riportare sotto il campo di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015: cfr. *infra*, par. 5), posto che vecchi e nuovi assunti ben possono trovarsi coinvolti in una stessa procedura di licenziamento, la cui

³⁰ In questi termini, Corte cost., 13 novembre 2014, n. 254 (a proposito della disparità di trattamento, ritenuta ragionevole dalla Corte, circa il regime di responsabilità solidale negli appalti), richiamata da M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti*, cit., p. 316 s. (analogamente, richiamate anch'esse dallo stesso autore, le ordinanze della medesima Corte n. 25 del 2012 e n. 224 del 2011). Conformi F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, cit., p. 119, e G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 59.

³¹ Ancora M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 317. Sembra aderire G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 59. Mi sembra troppo sicuro che non ci sia alcun profilo di incostituzionalità, sia per le finalità occupazionali della nuova disciplina, sia anche per il contributo alla certezza del diritto che sarà in grado di portare il nuovo calcolo dell'indennità risarcitoria, C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in *Jobs Act e licenziamento*, cit., p. 22

³² In tal senso V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 21.

illegittimità potrebbe dipendere proprio dal non essere state effettuate correttamente le dovute comparazioni fra lavoratori, e che ciononostante verrà diversamente sanzionata³³.

Ma non è azzardato prevedere che il giudice delle leggi, se sarà chiamato a pronunciarsi, troverà il modo di salvare la nuova disciplina, così come da sempre ha salvato ogni irragionevolezza del sistema duale (tutela obbligatoria *versus* tutela reale) in vigore ormai da quasi mezzo secolo.

Al di là della questione di costituzionalità e dei profili legati alla disparità di trattamento, resta comunque il fatto che la nuova disciplina produrrà presumibilmente, come sopra rilevato, un ulteriore irrigidimento in un mercato del lavoro già di per sé ingessato e malfunzionante, frenando viepiù la mobilità fra diversi posti di lavoro. E magari – anche questo lo si è già rilevato – potrà determinare una distorsione della concorrenza fra imprese ad elevato valore aggiunto e imprese che, per servizi di scarso rilievo qualitativo, si avvalgono di manodopera poco qualificata e dunque soggetta a frequente ricambio occupazionale³⁴.

Riprendendo ora il tema del campo di applicazione, giova ribadire che il d.lgs. n. 23 del 2015 si propone, o quanto meno ambisce a proporsi, alla stregua di una disciplina generale, appunto per i nuovi assunti, delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo: disciplina che, tuttavia, non può non essere coordinata con il sistema complessivo di tutela del quale comunque fa parte e dunque con gli ambiti di applicazione già segnati³⁵. E' perciò sicuramente proficua la distinzione, che è stata proposta, fra un campo di applicazione espresso, delineato dall'art. 1 del decreto e concernente tanto i nuovi assunti quanto coloro i quali vengono ad essi equiparati, e un campo di applicazione inespresso o presupposto, che deve essere ricostruito tenendo conto della complessiva, precedente normativa in materia di licenziamenti (e di lavoratori assoggettati o meno, secondo diversificati

³³ Una ulteriore proiezione di tale (discutibile) diversificazione la si può cogliere, poi, sul piano processuale, in ragione dell'abolizione, per i nuovi assunti, del rito processuale introdotto dalla legge n. 92 del 2012, con il conseguente frazionamento, in procedimenti differenti e non riunibili fra loro, della valutazione della comparazione fra i lavoratori, con possibili conflitti pratici di giudicati, da non escludere anche nell'attuale disciplina, ma sicuramente aggravati in quella futura.

³⁴ F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 7 s., per il quale la conservazione dell'anzianità maturata dal lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante in un appalto (art. 7 del d.lgs. n. 23 del 2015) non appare sufficiente a rafforzare le clausole sociali previste dalla contrattazione collettiva in caso di successione negli appalti.

³⁵ L'osservazione è di M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. CARINCI – C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 4.

criteri, alla normativa di tutela)³⁶. Quella normativa nel suo complesso, infatti, risolve già a monte problemi di applicazione che non troverebbero una soluzione accettabile se si guardasse unicamente al d.lgs. n. 23 del 2015, posto che dal silenzio di quest'ultimo in ordine a talune categorie di lavoratori non sarebbe corretto trarre l'assoggettamento o, all'opposto, l'esclusione dalla nuova disciplina: si pensi, per il primo caso, ai lavoratori in prova, e, per il secondo caso, agli apprendisti. Ma sulla questione tornerò più avanti.

Iniziando dal campo di applicazione espresso, il primo criterio è, dunque, quello già più volte ricordato della qualità di "nuovo assunto", con l'aggiunta di una precisa delimitazione, data dal possesso della qualifica di operaio, impiegato o quadro. La formula normativa, inesatta nel suo riferimento testuale alla qualifica anziché, come sarebbe corretto, alla categoria (art. 2095 c.c.), è comunque sufficientemente chiara nel voler escludere dal proprio ambito di applicazione – l'osservazione è unanimemente condivisa – i dirigenti, che nella norma del codice costituiscono la quarta categoria. A questi ultimi, pertanto, continuerà ad applicarsi la disciplina precedente, e dunque la sola tutela contrattuale collettiva di tipo economico per il licenziamento non giustificato, e l'art. 18 dello Statuto nel caso di licenziamento nullo e discriminatorio³⁷. Con la conseguenza, invero non poco curiosa, che l'art. 18, mentre è destinato ad esaurire i suoi effetti per i lavoratori non dirigenti una volta che sarà esaurito il ricambio occupazionale, continuerà invece, per quel tipo di illegittimità, a rimanere in vigore per i dirigenti medesimi³⁸.

³⁶ Ancora M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 3 s.

³⁷ Perplesso circa l'esclusione dei dirigenti D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, in E. GHERA–D. GAROFALO, *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria*, cit., p. 62, peraltro sul presupposto che «l'apparato di tutela per il dirigente risulterebbe perfettamente identico sia applicandosi l'art. 18, l. n. 300/1970 sia il d. lgs. n. 23/2015» e quindi ritenendo, se non ho capito male, quella esclusione priva di conseguenze. In realtà, a me pare che se il d.lgs. n. 23/2015 fosse applicabile, si aprirebbe una delicata questione di rapporti con la nota tutela collettiva di tipo economico.

³⁸ Riguardo i dirigenti può essere segnalata una singolare incongruenza, derivante dalla recente disciplina introdotta dalla legge comunitaria n. 161 del 2014 per il caso di loro coinvolgimento in un licenziamento collettivo (art. 16 di detta legge, in forzata conseguenza della sentenza di condanna della Corte di Giustizia europea del 13.2.2014). Tale normativa, una volta estesa la legge n. 223 del 1991 anche a questa categoria di lavoratori, ha infatti disciplinato l'indennità loro spettante (unica sanzione applicabile, visto che solo il licenziamento discriminatorio del dirigente porta alla reintegrazione) in modo ben più generoso (da 12 a 24 mensilità, a prescindere dall'anzianità) di quanto è riservato, come si vedrà, agli altri lavoratori, che solo dopo sei anni potranno ottenere il minimo garantito ai dirigenti anche di fresca nomina. Ma si tratta di disposizione facilmente modificabile, salvo che non si ritenga quella disparità giustificata dall'appartenenza ad una categoria superiore,

L'art. 1 disegna il campo di applicazione dal punto di vista dei lavoratori (nuovi assunti o, come si vedrà, soggetti equiparati a questi ultimi), ma è chiaro che la prospettiva può essere rovesciata e il campo di applicazione essere ritagliato anche sulle caratteristiche del datore di lavoro: ciò che impone di collegare l'art. 1 del decreto con l'art. 9 (« Piccole imprese e organizzazioni di tendenza »). Articolo, quest'ultimo, che per un verso mantiene separata la nuova tutela "sostitutiva" dell'art. 18 dello Statuto dalla tradizionale tutela obbligatoria (quella operante allorché non vengano raggiunti i limiti dimensionali di cui all'art. 18 dello Statuto, ottavo e nono comma), e per altro verso, al comma 2, stabilisce l'applicazione della nuova disciplina ai 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 », cioè ai datori di lavoro tradizionalmente qualificati come organizzazioni di tendenza.

La prima indicazione non fa che confermare la storica divisione nel mercato del lavoro, peraltro di molto ammorbidita nella sostanza, vista la generalizzazione della tutela solo indennitaria e il conseguente accorciamento delle distanze (peraltro al ribasso) fra le due tipologie di protezione³⁹. Essa appare perciò meramente ricognitiva, salvo incorrere in una singolare sfasatura, se non addirittura contraddizione, fra rubrica (che parla di «piccole imprese») e testo della norma (che si riferisce estensivamente al «datore di lavoro»)⁴⁰, sfasatura che un problema certamente lo pone: se, cioè, la riduzione del costo per il licenziamento illegittimo riguardi solo le piccole imprese o tutti i datori di lavoro anche se non imprenditori⁴¹. In base al consolidato principio per cui, nel

nel qual caso, peraltro, sarebbe doveroso differenziare anche fra le altre categorie per evitare una complessiva irrazionalità della disciplina.

³⁹ Si spinge ancora più in là D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, cit., p. 60, ricavando dalla nuova disciplina l'eliminazione della storica distinzione fra tutela obbligatoria e tutela reale, sostituita da un «regime sanzionatorio strutturalmente unificato, con l'unica eccezione dell'art. 3, comma 2, concernente l'ingiustificatezza per l'insussistenza del fatto materiale contestato», cui va aggiunto, peraltro (e non è poca cosa), il dimezzamento dell'indennità spettante in caso di ingiustificatezza del licenziamento. Ora, se è vero che il regime del licenziamento discriminatorio e nullo è ormai unificato (ma lo era, in sostanza, già dalla legge n. 108 del 1990), le perduranti differenze, pur indubbiamente ridotte – come segnalato nel testo – rispetto al passato, mantengono tuttavia una loro rilevanza; tanto più se permarrà la tendenza (specie giurisprudenziale), già manifestata in sede di applicazione dell'art. 18, comma 4, a tenere alto il tasso di applicazione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento ingiustificato.

⁴⁰ L'osservazione è di F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 127

⁴¹ Ancora F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 128. Quanto all'ulteriore questione sollevata da questo a. sull'applicabilità o meno ai "piccoli" datori di lavoro del requisito della nuova assunzione (dei lavoratori), non mi pare possano essere sollevati dubbi circa la soluzione positiva (che lo stesso a. del resto caldeggia), posto che la qualità di nuovo

contrasto, il testo della norma deve prevalere sulla rubrica, mi pare che la nuova indennità ridotta debba riguardare tutti i datori di lavoro al di sotto della soglia legale, in linea, oltre tutto, con la recente tendenza (in qualche modo comunitariamente vincolata) a riferirsi generalmente ai datori di lavoro come tali.

Altro problema, semmai, è quello che concerne la possibile illegittimità costituzionale dell'art. 9 per eccesso dalla legge di delega, posto che in quest'ultima non si faceva cenno all'area della tutela obbligatoria e alla relativa disciplina. Ma è possibile sostenere, in contrario, che il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, proprio perché non è nulla di diverso dal generale e attuale modello negoziale, necessariamente include anche quell'area, sì che le precisazioni contenute nella legge di delega circa l'esclusione della reintegrazione vanno intese appunto come precisazioni e non come una delimitazione dell'oggetto stesso della delega che, con riguardo alla rilevanza dell'anzianità come criterio del ristoro economico, assume appunto valenza generale, e dunque estensibile anche all'area della tutela obbligatoria.

Il secondo comma dell'art. 9 abolisce il trattamento privilegiato – di esonero dalla disciplina più gravosa in tema di sanzioni per il licenziamento illegittimo – di cui le organizzazioni di tendenza hanno da sempre beneficiato. Questa conclusione mi pare chiaramente ricavabile dal tenore della norma, che, nel disporre l'applicazione, genericamente, della disciplina del decreto, intende appunto che l'intera disciplina debba essere applicata, e dunque anche le pur circoscritte ipotesi di tutela reintegratoria⁴². Senza che a soluzione diversa possa pervenirsi sulla base di una lettura piuttosto contorta (e al tempo stesso creativa) della disposizione in commento che, nell'estendere la disciplina del decreto, estenderebbe anche il comma 1 dell'art. 9 contenente l'esclusione dei "piccoli" datori di lavoro, donde (qui lo spunto creativo) una supposta dimenticanza da colmare in via interpretativa, così da garantire ancora l'esonero alle organizzazioni di tendenza "grandi", alla quali sarebbe

assunto è il nuovo requisito che va ad aggiungersi ai requisiti precedenti, di applicabilità "differenziata" (tutela obbligatoria o reale).

⁴² In tal senso ampiamente F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 129 ss.; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 64 s. Diversa opinione è quella di D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, cit., p. 60, il quale, partendo dall'idea che si sia realizzata una disciplina strutturalmente unificata (*supra*, nota 36), non registra alcun significato innovativo nella disposizione in oggetto. Resta però il fatto che un qualche spazio alla reintegrazione ora sarà possibile per le organizzazioni di tendenza, mentre è certo l'aggravamento, a loro carico, della tutela economica.

tuttora incongruo applicare la tutela reintegratoria⁴³. Ma è difficile sostenere che il decreto abbia dimenticato le organizzazioni di tendenza nel momento in cui le ha espressamente richiamate per assoggettarle alla nuova disciplina, e tanto più difficile che le abbia richiamate per applicare ad esse...una norma che le esclude.

Restano invece sul campo i vecchi problemi circa la rilevanza o meno delle cosiddette mansioni di tendenza. Ma si tratta, a ben guardare, di problemi da risolvere in sede di applicazione della normativa in tema di licenziamento disciplinare illegittimo e, aggiungo, di licenziamento discriminatorio o nullo, riferibile anche alle organizzazioni di tendenza, dato che non si vede come possa essere escluso, in nome della tendenza, il carattere discriminatorio di un licenziamento basato su ragioni, ad esempio, di sesso o di razza in una organizzazione culturale o scientifica⁴⁴. Certo, la nuova normativa non è un regalo per partiti e sindacati, ma non mi sembra possano essere sollevate obiezioni sul piano interpretativo, né sembra sufficiente, per contrastare la nuova regola sul piano dell'opportunità della scelta del legislatore, il consueto, ma troppo generico, incentivo all'occupazione⁴⁵.

Tornando all'art. 1 del decreto in commento, i commi 2 e 3 equiparano ai nuovi assunti, destinatari primi della nuova disciplina, due ulteriori categorie di soggetti (purché beninteso non dirigenti): quelli per i quali ha avuto luogo una conversione in contratto a tempo indeterminato (da un contratto a termine o da un contratto di apprendistato) e quelli già dipendenti da un datore di lavoro che abbia superato con nuove assunzioni la faticosa soglia dei 15 dipendenti. Per entrambe queste ipotesi appare opportuno un approfondimento, sia per individuarne i confini, sia per valutarne la costituzionalità rispetto alla legge di delega.

La prima ipotesi si articola, come appena accennato, in due ulteriori sotto-ipotesi, a seconda che oggetto di conversione sia un precedente contratto a termine o un contratto di apprendistato. Riguardo quest'ultimo, peraltro, posto che esso è già di per sé qualificato dal legislatore (art. 1 del d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167) come contratto a tempo indeterminato nel quale la temporaneità è riferita alla fase formativa, appare improprio il riferimento ad una conversione in una

⁴³ E' la tesi di C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele*, cit., p. 49, il quale non trova ragioni giustificatrici per l'imposizione (anche) della tutela reintegratoria.

⁴⁴ Le riserve di F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 132, sono riferite in realtà a ipotesi di mansioni di tendenza. Ritiene invece definitivamente risolto il problema delle mansioni di tendenza, nel senso della loro irrilevanza, G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 65, che peraltro non spiega il perché di tale soluzione.

⁴⁵ Così invece di C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele*, cit., p. 49

tipologia (il contratto a tempo indeterminato) che è la stessa di partenza, anche se è chiaro, nella sostanza, che il legislatore intende riferirsi proprio al passaggio dalla fase formativa temporanea a quella definitiva di ordinario rapporto di lavoro.

La logica, comune a queste due sotto-ipotesi, è quella di incentivare i rapporti stabili, superando almeno tendenzialmente le tipologie di lavoro *lato sensu* precario⁴⁶, e ciò con il beneficio per il datore di lavoro (e il corrispondente prezzo per il lavoratore) dell'applicazione della nuova disciplina. Il legislatore parte infatti dal presupposto che il datore di lavoro sarà invogliato a trasformare il contratto a termine in contratto a tempo indeterminato e l'apprendistato in contratto di lavoro ordinario ove gli sia consentito di applicare da subito la nuova disciplina, senza essere costretto a lasciar scadere il contratto a termine e a recedere alla conclusione dell'apprendistato (ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera *m*, del citato d. lgs. n. 167 del 2011). Ma al di là di questa generica *ratio legis*, che si può ricostruire fra le righe della disposizione, quest'ultima non precisa, nel caso di contratto a termine (nel caso dell'apprendistato la questione, vista nella sostanza, è invece semplice), che cosa si debba intendere per «conversione», né quale ne sia la fonte, ma si limita a stabilire che la stessa debba essere successiva rispetto alla data di entrata in vigore del decreto.

In relazione a tali scarse indicazioni, sono state prospettate tutte le possibili soluzioni interpretative: che la conversione richiamata dal legislatore sia tanto quella volontaria, quanto quella sanzionatoria, ovvero che sia solo quella volontaria, o solo quella sanzionatoria, intendendosi per tale quella fondata sulla pronunzia giudiziale, nella duplice prospettiva di una pronunzia meramente dichiarativa ovvero costitutiva⁴⁷.

L'uso del termine «conversione» suggerirebbe, di per sé, un esclusivo riferimento al caso in cui la costituzione del rapporto di lavoro sia effetto di una pronunzia giudiziale a carattere sanzionatorio, come si ricava, ad esempio, dall'art. 32, comma 5 della legge n. 183 del 2010, che appunto prevede la conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto a termine illegittimo; mentre al diverso caso di costituzione del rapporto a tempo indeterminato per volontà delle parti sembrerebbe

⁴⁶ In tal senso, F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 119

⁴⁷ Per un esame della questione, cfr., in particolare, A. MARESCA, *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *Guida lav.*, 2015, n. 12, p. 13; M. TIRABOSCHI, *Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione delle cosiddette tutele crescenti?*, in www.bollettinoadapt, 13 aprile 2015; M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 5 ss.; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 61 s.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 118 ss.

meglio adattarsi la formula lessicale della “trasformazione”. Ma si tratta di indicazioni non decisive, sol che si consideri la previsione della conversione del negozio nullo ex art. 1424 c.c., che non si può escludere sia riferita anche a modifiche condivise dalle parti. Peraltro, neppure il ricorso alla *ratio legis*, come sopra individuata, può ritenersi decisivo. Ed invero, il vantaggio che viene assicurato al datore di lavoro che stabilizza (cioè l’applicazione della nuova disciplina) può non essere affatto equo garantirlo anche al datore di lavoro che abbia violato la legge sul lavoro a termine, e che perciò meriterebbe solo una penalizzazione (appunto la conversione) e non un premio. Con il che la conversione sanzionatoria dovrebbe essere esclusa dallo specchio della norma.

D'altra parte, è difficile negare che la norma sia diretta a indurre il datore di lavoro a non aspettare la scadenza del termine, o del periodo di formazione dell'apprendista, per poter stipulare un nuovo contratto, sì che l'ipotesi di conversione, o trasformazione, volontaria sembra effettivamente presa in considerazione dal legislatore. Magari per garantire il datore di lavoro dai rischi che egli potrebbe correre proprio nel caso in cui il precedente contratto venga a cessare. Rischi per la verità non significativi nel caso del contratto a termine, nel quale la scadenza del contratto e la successiva stipulazione di un contratto a tempo indeterminato non sembrano contrastare con alcuna normativa di tutela, e invece presenti nel caso dell'apprendistato, nel quale la sequenza costituita dal recesso al termine dell'apprendistato medesimo e dalla successiva assunzione ordinaria a tempo indeterminato ben potrebbero configurare una frode alla legge, perché l'apprendista in questo modo verrebbe privato dell'anzianità maturata appunto nel periodo di apprendistato⁴⁸. In questa prospettiva, la norma in oggetto escluderebbe *a priori*, nell'ambito di una conversione o trasformazione volontaria, la configurabilità stessa della frode.

C'è tuttavia da chiedersi se davvero fosse necessario prevedere tale conversione o trasformazione volontaria, posto che gli effetti ad essa riconducibili non potrebbero prodursi se non dalla data della conversione medesima (successiva all'entrata in vigore del decreto), sì che il lavoratore risponderebbe pienamente al requisito di essere un nuovo

⁴⁸ Il suggerimento di lasciar scadere il contratto a termine e di licenziare l'apprendista al termine dell'apprendistato è stato formulato nella Circolare della Confindustria del 9 marzo 2015, n. 19831. Il sospetto di frode insito in questo meccanismo è stato sollevato da A. MARESCA, *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *Guida lav.*, 2015, n. 12, p. 13 e da M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 7.

assunto⁴⁹. Certo, è possibile che l'autonomia contrattuale definisca diversamente gli effetti della conversione o trasformazione, facendoli retroagire, sì da fare considerare il lavoratore come vecchio assunto. Ma questo altro non sarebbe nella sostanza se non una clausola di stabilità, diretta a garantire al lavoratore la precedente disciplina: clausola la cui legittimità, nonostante i dubbi che si possono sollevare (*supra*, par. 1), non sembra, alla fine, contestabile.

Sembra pertanto preferibile ritenere che il legislatore abbia fatto riferimento, essenzialmente, alla conversione sanzionatoria, che produce i suoi effetti in virtù di una sentenza. Tale soluzione, peraltro, fa sorgere qualche interrogativo.

Nessun dubbio può ovviamente essere sollevato allorché la sentenza di conversione riguardi un vizio sorto dopo l'entrata in vigore del decreto, come nel caso della stipulazione di una sesta proroga di un contratto a termine, non consentita dalla legge, o nel caso in cui la violazione degli obblighi formativi nei confronti dell'apprendista sia anch'essa successiva al decreto⁵⁰. In questi casi il contratto a tempo indeterminato decorrerà dal momento in cui il vizio è stato accertato e il lavoratore sarà necessariamente da considerare come nuovo assunto. Semmai, c'è da chiedersi se anche questa ipotesi fosse bisognosa di una esplicita previsione normativa, posto che la decorrenza degli effetti della conversione ben poteva comunque essere collocata in data successiva al decreto, anche senza una precisazione a riguardo.

Resta la conversione sanzionatoria per vizi originari (o comunque sorti prima dell'entrata in vigore del decreto), che, secondo l'opinione di gran lunga maggioritaria, determina la riqualificazione fin dall'inizio del contratto medesimo (come contratto a tempo indeterminato, o come contratto ordinario e non di apprendistato⁵¹). Con riguardo a questa ipotesi, le soluzioni possibili sono tre. O si tiene ferma la retrodatazione degli effetti della conversione, in ragione del carattere meramente dichiarativo e di accertamento da attribuire alla sentenza, ma in tal caso si pone subito un problema di costituzionalità per eccesso dalla delega, posto che quest'ultima riserva la nuova disciplina ai nuovi assunti, mentre

⁴⁹ Sottolinea l'inutilità della previsione della conversione volontaria, G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 61.

⁵⁰ M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 8.

⁵¹ Per l'individuazione delle diverse possibili ipotesi di conversione del contratto di apprendistato, cfr. G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 62 s., che accanto ai casi di "sforamento" del termine della formazione segnala opportunamente il caso in cui l'apprendista sia stato assunto in violazione dell'onere di stabilizzazione di almeno il 20% degli apprendisti nell'ultimo triennio (art. 2, comma 3-*bis* del d. lgs. n. 167 del 2011, come modificato dalla legge n. 92 del 2012 e successive modificazioni).

nel caso ci sarebbe, senza ombra di dubbio, una riqualificazione dei lavoratori come vecchi assunti⁵². Ovvero si supera l'ostacolo e, in funzione di una interpretazione costituzionalmente orientata, si attribuisce alla norma la facoltà di modificare gli effetti della sentenza, configurandola come costitutiva. Ma c'è anche la possibilità di ritenere che non solo la conversione, ma anche la stipulazione del contratto a termine o di apprendistato poi invalidati debbano essere successivi all'entrata in vigore del decreto, con esclusione, pertanto, di contratti precedenti, in ogni caso riferiti a vecchi assunti.

Non è semplice scegliere fra le diverse prospettive. La prima, che mi pare ineccepibile sul piano della ricostruzione giuridica del meccanismo della conversione (e, nel caso dell'apprendistato, dell'applicazione, in buona sostanza, delle regole sulla simulazione), è però a rischio, come appena detto, sul piano della costituzionalità, posto che solo una forzata sottolineatura dei benefici occupazionali legati alla nuova disciplina potrebbe salvarla dalla scure della Corte costituzionale. La seconda⁵³, per evitare questo rischio, incide in modo evidente, e tutt'altro che tranquillizzante, sul significato e sugli effetti della sentenza demolitoria, senza tuttavia che il testo della norma offra solidi appigli, posto che la collocazione temporale dopo l'entrata in vigore del decreto riguarda la conversione come tale, cioè il suo titolo giuridico (nel caso, la sentenza), e non gli effetti dello stesso⁵⁴. Salvo appunto intenderla come una deroga, peraltro espressa in forma certo non cristallina, alla retroattività della conversione⁵⁵. Resta la terza soluzione⁵⁶, che circoscrive il riferimento normativo ai contratti successivi alla suddetta data. In questo modo la norma avrebbe un impatto assai più contenuto e non creerebbe ovviamente problemi di costituzionalità. Ma, oltre a dare per presupposta

⁵² Per l'incostituzionalità, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 18.

⁵³ Sostenuta da M. TIRABOSCHI, *Conversione o semplice trasformazione*, cit., p. 1; da G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 61, per il quale «la conversione giudiziale esplica i suoi effetti dal momento in cui essa si realizza, e non dalla data (anteriore) della stipula del contratto convertito». Nello stesso senso, sostanzialmente, anche M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 748.

⁵⁴ In questo senso, mi pare (implicitamente) anche F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 119.

⁵⁵ Così M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 748.

⁵⁶ Sostenuta da M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti*, cit., p. 321, il quale, peraltro, si rende subito conto che una tale interpretazione presuppone l'inapplicabilità della nuova disciplina agli apprendisti nuovi assunti, ai quali, viceversa (come si vedrà tra poco), quella disciplina è senz'altro applicabile. Tale a., peraltro, per l'ipotesi in cui la norma sia riferita anche ai contratti anteriori al decreto, ritiene anch'egli che il campo di applicazione sia definito «con riguardo alla data dell'atto che dispone la conversione del contratto piuttosto che alla decorrenza dei suoi effetti» (p. 322).

l'inapplicabilità del decreto ai contratti di apprendistato ad esso successivi (che solo in quanto convertiti in rapporti ordinari vi sarebbero soggetti), questa tesi non tiene conto del fatto che nel testo della norma la postdatazione è chiaramente riferita alla conversione dei contratti e non ai contratti medesimi.

A conti fatti, la prima tesi appare preferibile, nell'attesa di un suo possibile vaglio di costituzionalità. Resta da precisare che, qualunque sia l'interpretazione che si voglia adottare sul punto, nessun'altra ipotesi di conversione (o riqualificazione) giudiziale può determinare l'applicazione della nuova disciplina, stante il carattere chiaramente eccezionale della disposizione⁵⁷. Così, ad esempio, la nuova disciplina non sarà applicabile a chi, già titolare di un contratto di collaborazione a progetto, abbia ottenuto una sentenza di accertamento della natura subordinata, fin dall'inizio, del rapporto (anche in applicazione della presunzione legale di cui all'art. 69 del d. lgs. n. 276 del 2003), o a chi, coinvolto in una somministrazione di lavoro risultata irregolare, abbia ottenuto la costituzione di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore fin dall'inizio della somministrazione.

La seconda ipotesi di estensione soggettiva della nuova disciplina è legata alla variazione del numero di lavoratori occupati dal datore di lavoro. Stabilisce infatti il comma 3 dell'art. 1 che ove in seguito a nuove assunzioni a tempo indeterminato venga raggiunta la soglia occupazionale per l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto (i 16 dipendenti nell'unità produttiva autonoma o nell'ambito comunale), la nuova disciplina troverà applicazione anche ai lavoratori assunti precedentemente. La norma ha una chiara finalità di incentivo alla crescita occupazionale e punta a correggere il tante volte lamentato "nanismo" di molte imprese che, trovandosi ad occupare un numero di dipendenti prossimo alla suddetta soglia, si guardano bene dal superarla per non rimanere soggette all'applicazione del temuto art. 18 dello Statuto⁵⁸. Dunque, un'altra norma indirizzata a favorire l'occupazione, in coerenza con le direttive generali della legge di delega.

⁵⁷ Non mi pare contraddica affatto questa conclusione l'articolata analisi svolta da D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, cit., p. 63 ss., sulle varie ipotesi di costituzione *iussu iudicis* di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, analisi svolta al fine di stabilire la decorrenza di tale rapporto, e la conseguente disciplina sanzionatoria (s'intende, del licenziamento) applicabile.

⁵⁸ L'osservazione è largamente condivisa: cfr. G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 60 s.; M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 11 s.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 119; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 320.

Dal punto di vista interpretativo non sorgono particolari problemi, essendo la norma indubbiamente chiara. C'è da segnalare che la crescita ivi considerata è unicamente quella determinata da assunzioni a tempo indeterminato, in linea con il sostegno non solo all'occupazione in sé, ma più in particolare ad una occupazione stabile⁵⁹. Peraltro, il richiamo esclusivo al contratto a tempo indeterminato rileva solo per accertare lo sfioramento della soglia, mentre per la determinazione della soglia medesima (cioè del numero di 15 dipendenti occupati), valgono le (più o meno) consolidate regole di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 18 dello Statuto, espressamente menzionati nella norma in commento⁶⁰. C'è un solo problema interpretativo che resta scoperto: quello che concerne il "rientro" del livello occupazionale sotto soglia: in tal caso ci si chiede se continui ad applicarsi la nuova disciplina o se si debba ritenere che riviva la disciplina precedente allo sfioramento, cioè la tutela obbligatoria. Da un punto di vista sostanziale, la seconda soluzione si lascia preferire, essendo in grado di mantenere inalterato, secondo ragionevolezza, il rapporto fra ambito di applicazione e spessore della tutela⁶¹. Ma la lettera della legge sembra cristallizzare, una volta per tutte, la disciplina da applicarsi al momento dello sfioramento⁶².

La questione più rilevante di questo frammento di disposizione riguarda però la sua possibile incostituzionalità per eccesso di delega,

⁵⁹ Nota giustamente M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 11, che questa limitazione (alle sole assunzioni a tempo indeterminato) non è invece prevista nell'art. 9 del decreto allorché si definiscono gli ambiti di applicazione della vecchia (ma ora rivisitata) tutela obbligatoria; ambiti nei quali pertanto il calcolo dei dipendenti comprende anche i contratti a tempo determinato, sia pure con l'applicazione dei noti criteri dell'occupazione "normale" (cfr. Parte I, par. 21). *Contra*, D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, cit., p. 61, per il quale il superamento della soglia avrebbe rilievo anche in seguito ad assunzioni a tempo determinato: ma è tesi che contrasta troppo apertamente con il dettato normativo.

⁶⁰ Si veda inoltre l'osservazione di M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 13, che segnala come il ricorrere delle condizioni di cui alla norma in commento porta all'applicazione, così dice la norma medesima, dell'intera disciplina, e dunque anche di quella concernente il licenziamento collettivo (art. 10 del decreto), per il quale dunque le condizioni di applicabilità sono mutate dalle regole concernenti i licenziamenti individuali. Con la conseguenza che al datore di lavoro al quale si applichi la disciplina dei licenziamenti collettivi non secondo dette norme (almeno 16 lavoratori nell'unità produttiva o nel comune), ma secondo quelle sui licenziamenti collettivi (almeno 16 dipendenti nel complesso), resterà assoggettato alla precedente disciplina in tema di conseguenze sanzionatorie del licenziamento collettivo illegittimo. Sul punto, anche L. SCARANO, *L'apparato sanzionatorio per i licenziamenti collettivi illegittimi*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti*, p. 160 ss.

⁶¹ In tal senso, G.P. PROIA, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Jobs Act e licenziamento*, cit., p. 60.

⁶² M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 12.

posto che nessun dubbio può sollevarsi circa la qualifica di vecchio assunto da attribuire ai lavoratori alle dipendenze del datore di lavoro già prima dell'incremento occupazionale⁶³. La incostituzionalità, a mio parere, è difficile da superare, se non nella generale (ma anche generica) rilevanza delle finalità occupazionali, peraltro qui più evidenti rispetto al caso precedentemente considerato. Non mi sembra invece probante, in senso contrario (e dunque a sostegno della costituzionalità), la circostanza che i lavoratori ai quali viene applicata, in caso di superamento della soglia, la nuova disciplina sono lavoratori che, prima, erano coperti dalla sola tutela obbligatoria e che, in virtù della norma in commento, "guadagnano" la tutela di cui al decreto n. 23 del 2015, indubbiamente di maggior spessore⁶⁴. E' facile replicare, infatti, che, in assenza della norma di estensione, quei lavoratori avrebbero "guadagnato" l'art. 18 dello Statuto. L'eccesso di delega non risulta pertanto compensato, ammesso e non concesso che una siffatta compensazione possa incidere sul giudizio di costituzionalità.

Esaurito l'esame del campo di applicazione espresso, saranno sufficienti poche considerazioni per quel che concerne il campo di applicazione inespresso o presupposto, che assume rilievo ove si ritenga, a mio avviso correttamente, che la norma dell'art. 1 del decreto in commento ha lo scopo di selezionare, tra i lavoratori in possesso dei requisiti per l'accesso ai regimi preesistenti, quelli cui devono invece applicarsi le nuove norme⁶⁵. In questa prospettiva, allora, la mancata menzione, nell'art. 1, di determinati lavoratori o tipologie contrattuali non è rilevante ai fini di una loro eventuale esclusione, dovendosi fare riferimento alle condizioni di applicabilità della disciplina precedente⁶⁶.

Ciò vale anzitutto per gli apprendisti, dei quali l'art. 1 si occupa, come sopra visto, solo con riguardo alla "conversione" del loro rapporto in rapporto ordinario, senza dire alcunché circa la disciplina da applicare nel

⁶³ Nel senso della incostituzionalità: S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 14; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione*, cit., p. 60 s.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 119; M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 14; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 18.

⁶⁴ E' quanto prospetta A. MARESCA, *Assunzione e conversione*, cit., p. 14

⁶⁵ Così M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p.15 ss., al quale si rinvia per un esame più approfondito della questione.

⁶⁶ Diversa appare la metodologia seguita in particolare da M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 318 ss., che (ri)mette in discussione, in ragione dei silenzi del decreto n. 23 del 2015, l'applicazione dello stesso a certe tipologie di rapporti, anche se alla fine anch'egli ipotizza l'estensione del campo di applicazione del decreto « a tutte le categorie di lavoratori subordinati a tempo indeterminato sopra menzionati » (p. 320), cioè ad apprendisti e personale navigante; analogamente, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 16.

corso del rapporto di apprendistato. Il fatto è che, a tale proposito, non sembra affatto necessario invocare un intervento della Corte costituzionale affinché sia in qualche modo replicata la sentenza n. 14 del 14 gennaio del 1970, che ha inciso sull'art. 10 della legge n. 604 del 1966 e sulla (solo apparente) esclusione degli apprendisti⁶⁷. La questione, infatti, è stata risolta definitivamente (e, come ben noto, sancita poi dallo stesso legislatore nel d. lgs. n. 167 del 2011) nel senso dell'applicabilità agli apprendisti della tutela in caso di licenziamento, sì che anche l'attuale definizione del campo di applicazione "tarata" sul rinvio alle categorie legali non può, ora come allora, escludere gli apprendisti, che, ove nuovi assunti, vi saranno assoggettati⁶⁸.

La medesima soluzione deve essere adottata per il personale navigante marittimo e aereonautico, anch'esso destinatario di un intervento favorevole della Corte costituzionale (sentenze n. 96 del 1987 e n. 41 del 1991) e quindi assoggettato alla disciplina di tutela.

In astratto, lo stesso criterio dovrebbe essere utilizzato anche per quanto concerne l'applicabilità della nuova disciplina ai lavoratori contrattualizzati alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni⁶⁹: ciò nel senso che la questione sarebbe da risolvere a monte, perché se a tale personale non è applicabile la disciplina precedente, neppure il d. lgs. n. 23 del 2015 sarà applicabile. Ma la questione è complicata dalla circostanza che non è ancora chiaro quale sia la disciplina applicabile in precedenza: se quella dell'art. 18 dello Statuto come riformato dalla legge n. 92 del 2012, o se l'art. 18 nella sua precedente formulazione, con le ulteriori complicazioni relative alla categoria dei dirigenti pubblici, in seguito ai noti interventi della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale⁷⁰. E' in ragione di ciò, allora, che può assumere rilevanza il silenzio mantenuto a riguardo dal decreto n. 23 del 2015, diversamente

⁶⁷ E' quello che, mi pare, invocano sia F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 115 s., sia M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 319. *Contra*, a mio avviso condivisibilmente, TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p.16; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 16 s.

⁶⁸ *Contra*, sembra, F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 116, per il quale all'apprendista si applicherà la nuova disciplina «una volta stabilizzato» e dunque, quando non è più apprendista.

⁶⁹ Per una attenta ricognizione della attuale situazione normativa, cfr. da ultimo, S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d. lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in F. CARINCI- CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 29 ss. Cfr. altresì M.G. DECEGLIE-L. ARIOLA, *L'applicabilità della delega e del decreto attuativo al pubblico impiego*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria*, cit., p. 73 ss.

⁷⁰ Rinvio, da ultimo, a S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 35, nota 13.

dalla legge n. 92 del 2012, che conteneva invece, come noto, due disposizioni “programmatiche” (i commi 7 e 8 dell’art. 1), che per un verso qualificavano le norme di quella legge come (semplici) principi e criteri regolatori per il pubblico impiego, e per altro verso definivano (non già l’applicazione diretta, ma) un percorso di armonizzazione fra settore privato e settore pubblico⁷¹.

Peraltro, l’assenza di ogni indicazione nel decreto n. 23 del 2015 circa il pubblico impiego, può portare ad esiti contrastanti. Può far ritenere applicabile *tout court* la nuova disciplina in virtù del mai abrogato art. 2, comma 2 del d. lgs. n. 165 del 2001 e del rinvio generale alla disciplina privatistica⁷². Ma più ragionevolmente può far ritenere che quella situazione di “sospensione” delle innovazioni normative disposta dalla legge n. 92 del 2012 debba continuare, come dire, fino a nuovo ordine. In questa logica (ancora) sospensiva, assumono allora valore confermativo i rilievi circa le incompatibilità che si sarebbero venute consolidando proprio con il decreto n. 23 del 2015: in particolare, quel riferimento alle categorie legali di cui all’art. 2095 c.c., che non hanno senso nell’ambito del pubblico impiego, salvo i dirigenti, ma sulla base di ben diversi presupposti definitivi e comunque in una prospettiva inclusiva e non esclusiva⁷³. E assumono valore anche i rilievi circa la progressiva incompatibilità fra i due settori, che svuota sempre più di significato proprio la norma di rinvio generale dell’art. 2, comma 2 del Testo unico: sia per quel che riguarda i licenziamenti per ragioni organizzative, sia anche quelli per ragioni disciplinari⁷⁴. Considerazioni, queste, non decisive, e tuttavia indicative di una sempre più marcata specialità del

⁷¹ Cfr. ancora, S. MAINARDI, *Il campo di applicazione*, cit., ove ampia bibliografia. Un silenzio, questo, che invece non si è riproposto nel successivo d. lgs. n. 81 del 2015 (sempre di attuazione della legge di delega n. 183 del 2014) sulle tipologie contrattuali, che contiene numerose norme dichiarate applicabili al pubblico impiego, sulla base di una tecnica normativa «di tipo selettivo, a volte da derivare in via ermeneutica o con inclusioni/esclusioni esplicite» (*op. cit.*, p. 40).

⁷² G. GENTILE, *L’ambito di applicazione*, cit., p. 66, il quale richiama uno scritto di G. MIMMO, *Appunti sullo schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183)*, dattiloscritto. Decisamente per l’applicabilità, anche attraverso l’esame dell’*iter* della normativa, M.G. DECEGLIE – L. ARIOLA, *L’applicabilità della delega*, cit, spec. p. 80 ss.

⁷³ In questo senso, F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prime letture e interpretazioni*, *Adapt Labour Studies, e-Bock series* n. 37, p. 67; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 318; F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 118; S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 36; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 17,.

⁷⁴ Si veda ancora F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit., p. 118; S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 41 ss.; C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele*, cit., p. 300 s.

rapporto di pubblico impiego contrattualizzato, tanto che le idee guida che avevano sorretto la rivoluzione del 1993 sembrano ormai inaridite.

Da ultimo, un cenno ai lavoratori ancora assoggettati al recesso *ad nutum* (a parte i dirigenti, la cui esclusione, come visto, è testuale), cioè ai lavoratori domestici, agli sportivi professionisti, ai lavoratori in prova, ai lavoratori "pensionabili". Naturalmente per questi lavoratori il problema che si pone concerne esclusivamente l'applicabilità della disciplina in tema di licenziamento discriminatorio o nullo in generale, posto che per definizione essi sono sottratti alla tutela negli altri casi. Orbene, la soluzione è sempre la stessa: si tratta di accertare se la precedente disciplina era applicabile o meno. E dunque, come si riteneva applicabile la disciplina del licenziamento discriminatorio in virtù dell'espressa (anche se a volte pasticciata) salvezza per taluni rapporti (lavoratori domestici e lavoratori pensionabili), così per quegli stessi rapporti, se riguardanti nuovi assunti (o equiparati), sarà applicabile la disciplina ora dettata dall'art. 2 del decreto in commento. Per gli altri, come i lavoratori in prova, quell'applicazione resterà esclusa, discutendosi solo della possibilità di applicare le regole del diritto comune⁷⁵.

3. Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale.

L'art. 2 del decreto n. 23 del 2015 ritaglia l'area nella quale (oltre alla limitata ipotesi di licenziamento disciplinare, sui cui *infra*, par. 4) è stata confinata la tutela reintegratoria. Si tratta, più o meno, della stessa area già delineata dal primo comma dell'art. 18 dello Statuto nella sua attuale versione e che riguarda, in ottemperanza al criterio dettato dalla legge di delega n. 183 del 2014, la tutela dei cosiddetti diritti fondamentali del lavoratore: là dove il licenziamento sia tale da pregiudicarli, la reazione dell'ordinamento è ancora quella più rigida. Peraltro, l'individuazione più precisa di tali diritti, da considerarsi limiti esterni al potere di licenziare del datore di lavoro, presenta ancora alcuni margini di incertezza.

In questa sede non mi soffermerò sulle questioni già trattate commentando l'art. 18 (*supra*, Parte I, par. 22 e 23), e in particolare, sulla delimitazione della fattispecie di licenziamento discriminatorio, sulla sua connotazione oggettiva o sulla rilevanza, esclusiva o meno, dell'elemento soggettivo costituito dallo scopo perseguito dal datore di lavoro, nonché sulla delimitazione della fattispecie del licenziamento nullo. Cercherò invece di individuare le differenze fra i due testi

⁷⁵ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione*, cit., p. 18 ss.

normativi, al fine di evidenziare quali profili regolati nel decreto n. 23 del 2015 debbano considerarsi effettivamente innovativi rispetto alla norma statutaria come oggi in vigore, e quali viceversa possano considerarsi, pur in presenza di differenze testuali, sostanzialmente confermativi della stessa; anche se, proprio in questa indagine, una qualche riconsiderazione di quei temi più generali potrà rendersi necessaria. Non senza trascurare la considerazione di sistema in base alla quale il licenziamento discriminatorio e quello nullo (non ci sono problemi, come si vedrà, per il licenziamento intimato in forma orale), in quanto canali di gran lunga prevalenti di accesso alla tutela reintegratoria, potrebbero essere utilizzati come strumento di ampliamento, quando non addirittura di forzatura, di un impianto normativo indiscutibilmente rigido: una sorta di porta stretta che ci si ingegna di allargare quanto più possibile proprio con la leva dei diritti fondamentali⁷⁶.

La prima differenza che emerge con evidenza è quella che concerne il meccanismo dei rinvii normativi alla nozione di licenziamento discriminatorio (in realtà inglobato nella più generale fattispecie di atto discriminatorio). Mentre l'art. 18 rinvia all'art. 3 della legge n. 108 del 1990, la norma in commento rinvia all'art. 15 dello Statuto «e successive modificazioni». L'innovazione è senz'altro opportuna perché la legge n. 108 (oltre a richiamare l'art. 4 della legge n. 604 del 1966 già allora sostanzialmente assorbito nell'art. 15 dello Statuto) rinvia ad una formulazione di quest'ultima norma non esauriente⁷⁷, visto che la stessa è stata arricchita, dopo il 1990, di ulteriori fattori di discriminazione in

⁷⁶ Sull'art. 2 del decreto n. 23 del 2015 si vedano, oltre ai commenti più generali ai quali si è già fatto riferimento (e che verranno di volta in volta ripresi) gli specifici commenti di: V. BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 83 ss.; C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in G. FERARRO (a cura di), *I licenziamenti*, cit., p. 13 ss.; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18 Stat. Lav. all'art. 2 d. lgs. n. 23/2015*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 48 ss.; G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti*, cit., p. 87 ss.; A. RICCARDI, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti*, cit., p. 103 ss.; si veda altresì M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, I, p. 393 ss.

⁷⁷ Si veda però F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 7 s., che ipotizza un ampliamento delle ipotesi di discriminazione, che si spiega solo se l'art. 18 viene inteso rigidamente nel suo richiamo alla legge n. 108 del 1990, e dunque senza l'integrazione fornita dalla generale disciplina antidiscriminatoria. Un'altra ragione per cui si è superato il rinvio alla legge n. 108 del 1990 è stato individuato nel fatto che l'art. 3 di tale legge si applica anche ai dirigenti, esclusi invece dall'applicazione del decreto n. 23: in questo senso C. MUSELLA, *Licenziamenti discriminatori e nulli*, cit., p. 31

base alla successiva legislazione antidiscriminatoria contenuta, essenzialmente, nel d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216. Il rinvio alle successive modifiche, pertanto, è idoneo a ricomprendere anche queste integrazioni, sì che la fattispecie considerata si estende ora anche ai fattori di discriminazione legati a età, orientamento sessuale e convinzioni personali. Restano peraltro ancora fuori (come restano fuori dall'art. 18) i casi di discriminazioni per infezione da HIV (art. 5 della legge 5 giugno 1990, n. 135) e quelli di discriminazione in base all'origine etnica (d. lgs. 9 luglio 2003, n. 215), non necessariamente coincidente con la discriminazione per ragioni di razza⁷⁸; sennonché, anche nella (a mio parere) condivisibile prospettiva della tassatività dei fattori di discriminazione, di recente convalidata pure dalla Corte di Giustizia europea⁷⁹, non mi sembra preclusa una interpretazione analogica, o anche solo estensiva, posto che il fattore di discriminazione è ben previsto dall'ordinamento (e dunque soddisfa il requisito della tassatività), mentre qui di tratta di una sua "utilizzazione" specifica in un ambito nel quale non è espressamente richiamato, ma è comunque coerente con la stessa *ratio* normativa⁸⁰.

Se quanto ora osservato consente di stabilizzare il catalogo dei fattori di discriminazione, resta ancora aperta la nozione stessa di licenziamento discriminatorio oggetto di divieto e sanzionato con l'art. 2, posto che il rinvio all'art. 15 dello Statuto, cioè alla nullità di qualsiasi patto o atto «diretto a... licenziare un lavoratore», non porta argomenti decisivi a riguardo. Piuttosto, un'altra è la differenza che può avere rilievo: l'eliminazione, nell'art. 2 del decreto n. 23 del 2015, del richiamo al licenziamento per motivo illecito *ex art.* 1345 c.c. Motivo illecito che invece l'art. 18 dello Statuto menziona in modo distinto rispetto alla discriminazione, in tal modo inducendo a ritenere che solo per la prima

⁷⁸ Il rilievo è di E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, p. 53.

⁷⁹ CGE 18 dicembre 2014, in causa C-354/2013 (*Fag or Arbejde*); CGE 7 luglio 2011, in causa C-310/2010 (*Ministerul Justisiei*).

⁸⁰ Per una applicazione ancora più ampia dei fattori discriminatori (estesi alle ascendenze o origini nazionali, alle provenienze regionali, alla condizione di straniero, alla ritorsione riconducibile a detti fattori), con una tendenziale sovrapposizione del principio di non discriminazione con quello di parità di trattamento, M. BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav.*, 213, I, p. 142; *contra*, da ultimo, G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo*, cit., p. 91, al quale si rinvia per la ricostruzione del più recente dibattito. La tesi della non tassatività è stata ora ripresa da V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 22, che ritiene altrimenti costituzionalmente illegittima l'esclusione dei diversi fattori non previsti dal legislatore, per violazione del principio di eguaglianza e suggerisce pertanto una interpretazione costituzionalmente orientata; ma anche in questa prospettiva si ripresenta il problema del rapporto fra principio di non discriminazione e principio di parità di trattamento, che l'ordinamento tiene, a mio avviso, ancora separati.

tipologia di licenziamento debba essere rigorosamente osservata la regola della unicità ed esclusività del motivo⁸¹, mentre il licenziamento possa qualificarsi come discriminatorio, in presenza dei fattori tipizzati, sol che venga dimostrato, anche in base a meccanismi presuntivi di prova, il carattere oggettivamente pregiudizievole del trattamento differenziato⁸². Sennonché, non mi sembra che il venir meno della distinta menzione – della discriminazione e della illiceità del motivo – possa significare che al licenziamento discriminatorio debba essere, come dire, restituita la funzione esemplificativa del motivo illecito, con ogni conseguenza circa la connotazione soggettiva e volontaristica anziché puramente oggettiva della fattispecie. Da un lato, non pare che il licenziamento per motivo illecito sia scomparso dall'orizzonte (sostanziale) della disposizione, dovendo essere comunque ricondotto all'ipotesi della nullità, come subito si specificherà; dall'altro lato, è lo stesso art. 15 dello Statuto, come interpretato secondo un criterio evolutivo, a fornire la base per una lettura di tipo oggettivo; senza contare che la formula della legge di delega non sembra autorizzare modifiche di sostanza alla fattispecie del licenziamento discriminatorio e alle sue caratteristiche strutturali⁸³. Dunque, mi sembra corretta l'opinione, ormai sufficientemente assestata in dottrina, circa l'oggettiva incidenza dei fattori discriminatori⁸⁴, cui

⁸¹ Che, non si dimentichi, costituiscono i requisiti indispensabili (in sostituzione della comune volontà delle parti) per poter applicare la norma del codice, scritta per i contratti, anche ai negozi unilaterali.

⁸² E. TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 257. Cfr. altresì, M.V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexisurity*, cit., p. 461; E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., p. 96 s. Sul carattere oggettivo della discriminazione, in generale, D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005, p. 25 ss.; M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro nazionale e comunitario*, Milano, 2007; A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Padova, 2010; M.V. BALLESTRERO, *Licenziamento individuale*, cit., p. 811. *Contra*, per una netta distinzione fra la legislazione antidiscriminatoria e quella del licenziamento discriminatorio (ancora) come fattispecie di motivo illecito, F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18*, cit., p. 485 (per considerazioni critiche a questa tesi, rinvio *supra*, Parte I, par. 22), che tuttavia sembra da ultimo aver corretto parzialmente il tiro (ID: *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 7). Per la tesi, rimasta isolata in dottrina, della sostanziale sovrapposizione fra licenziamento ingiustificato e licenziamento discriminatorio, cfr. M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana"*, in *Giornale dir. lav. relazioni ind.*, 2012, p. 527 ss.

⁸³ Per il riferimento alla legge di delega, cfr. C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, cit., p. 29

⁸⁴ Sull'art. 2 del decreto n. 23 del 2015, nel senso del testo, cfr. già E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit., p. 52 s.; V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 85 ss.; G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo*, cit., p. 91. Sembra contrario M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 753, il quale, dopo aver affermato che nella legge Fornero il

peraltro continua a contrapporsi la giurisprudenza di legittimità, a tutt'oggi irremovibile dal richiedere la prova del carattere intenzionale ed esclusivo del "motivo" discriminatorio.

La seconda differenza testuale rispetto all'art. 18 dello Statuto è indubbiamente più evidente rispetto a quella finora considerata, e consiste nell'abolizione degli specifici riferimenti a determinate ipotesi di nullità dei licenziamenti (connessi al matrimonio della lavoratrice, alla maternità e alla paternità, nonché al motivo illecito) e nella sostituzione di quei riferimenti con la formula generale degli «altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge». In realtà, anche l'art. 18 contiene una formula del genere, ma mentre lì si tratta di una formula residuale e di chiusura, inserita dopo l'indicazione dei richiami specifici⁸⁵, nell'art. 2 del decreto n. 23 del 2015 si tratta della fattispecie generale della nullità del licenziamento, non a caso provvista di un requisito – l'avverbio «espressamente» – che in una formula di chiusura non avrebbe senso. Un requisito, inoltre, che serve, o dovrebbe servire, ad individuare i casi di nullità contemplati e non quelli esclusi⁸⁶. Si comprende così come il dibattito si sia acceso su questo punto, posto che dalla soluzione della questione interpretativa discende la possibilità di allargare o meno, e non di poco, quella "porta stretta" della reintegrazione della quale prima parlavo⁸⁷.

licenziamento discriminatorio sarebbe stato regolato in deroga all'art. 1345 c.c., conclude: «Forse la deroga all'art. 1345 c.c. non c'è più e s'è tornati ai principi generali, che sono sufficienti»

⁸⁵ Ad essere pignoli, nell'art. 18, la formula di chiusura (licenziamento « riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge ») non è inserita alla fine del periodo, ma dopo i singoli casi e prima del riferimento al motivo illecito. Ma non mi sembra che ciò sia rilevante a fini interpretativi.

⁸⁶ In tal senso, E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit., p. 54, e V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 91, che ricordano come la Commissione lavoro del Senato, in sede di parere obbligatorio, avesse sollecitato il Governo (a conti fatti, inutilmente) a chiarire se esistano casi di nullità sottratti al regime della reintegrazione.

⁸⁷ Rinvio a E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit., p. 57 s., per il puntuale riepilogo delle diverse ipotesi (e delle corrispondenti pronunzie giudiziarie) nelle quali, in applicazione dell'art. 18 dello Statuto, si era data applicazione alla tutela reintegratoria per nullità derivanti da violazione di norma imperativa: il caso del licenziamento per violazione dell'art. 5 del l. n. 61 del 2000 (per rifiuto del lavoratore di trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale); quello del licenziamento dei lavoratori che abbiano continuato a lavorare fino al limite massimo di flessibilità dei 70 anni (violazione dell'art. 24 del c.d. decreto salva-Italia n. 201 del 2011, convertito in l. n. 214 del 2011); quello del licenziamento in violazione di principi costituzionali. E si potrebbe aggiungere il caso del licenziamento in violazione dell'art. 4, comma 1, della legge n. 146 del 1990, nel quale il lavoratore, anche se pesantemente inadempiente rispetto agli obblighi di legge in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali, non può essere licenziato, ma assoggettato solo a sanzioni conservative.

Ora, c'è chi tende a svalutare il riferimento ad una nullità prevista espressamente dalla legge⁸⁸. Ma a me sembra che sia troppo evidente il parallelo tra la formula di questo art. 2 e il terzo comma dell'art. 1418 c.c., ai sensi del quale, come noto, «Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge». Semmai, la prima formula appare ancor più rigida della seconda, perché una previsione espressa è ancora più vincolante ed esclusiva di una previsione *tout court*⁸⁹. E dunque, la nullità "virtuale" come da sempre intesa dalla dottrina civilistica – cioè come la sanzione "immanente" nell'ordinamento tutte le volte in cui il negozio si ponga in un qualche conflitto con norme imperative – sembra davvero messa fuori gioco, e non è azzardato ipotizzare che il legislatore abbia utilizzato quella formula giusto perché la soppressione dei precedenti riferimenti a specifici casi di licenziamento nullo non significasse esclusione di quelle ipotesi. In altre parole, una semplificazione inclusiva di ciò che prima era espresso e che è stato sacrificato dalla semplificazione medesima, e tuttavia esclusiva di ipotesi diverse, se non espressamente previste in altri contesti normativi⁹⁰.

⁸⁸ M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., p. 394 s. (ma si veda *infra*, nota 89); M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 311, nota (7), che però si limita ad affermare che la formula normativa «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» (e a pag. 336, nota 59, ipotizza, nel caso in cui alla formula «espressamente» si voglia assegnare uno specifico significato selettivo, l'applicazione della tutela reale di diritto comune); G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, cit., p. 93 s. Dubitativi S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 7 e, in fondo, anche V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 93, che ipotizza una «interpretazione flessibile» della formula normativa; cauto anche F. SANTONI, *Il campo di applicazione*, cit. p. 121. Decisa, invece, C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori*, cit., p. 31 s., la quale, dopo aver ipotizzato che l'uso dell'espressione «espressamente» imponga di applicare non l'art. 2 ma la tutela reale di diritto comune, respinge decisamente tale conclusione anche e soprattutto per il vincolo derivante dalla legge di delega, che non autorizzava a modificare il regime del licenziamento nullo. Sulla possibilità di una violazione della legge di delega, cfr. anche L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 250/2015*, p. 10. Ma è stato acutamente obiettato che il legislatore delegato disponeva in realtà di margini di manovra «tali da poter individuare, all'interno dell'ampia categoria, alcune fattispecie soltanto, accogliendo consapevolmente una nozione di nullità più restrittiva di quella fatta propria, secondo l'opinione assolutamente prevalente, dall'art. 1418 c.c.» (così E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit. p. 61).

⁸⁹ La soluzione rigorosa è prospettata da L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti*, cit. p. 11; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit. p. 61.

⁹⁰ Come già rilevato, la tesi contraria è stata di recente autorevolmente sostenuta (M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., p. 394 s.) sulla base della considerazione che anche l'art. 1418, comma 1, c.c., prevede "espressamente" la sanzione della nullità per violazione di norma imperativa, e tenuto conto del fatto che la nullità è la «massima sanzione civile» per il caso in cui l'autonomia privata sia stata esercitata in difformità dalle norme imperative a presidio di valori fondamentali dell'ordinamento, donde

La semplificazione di cui si è detto, peraltro, sacrifica anche il riferimento al «motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile», contenuto nell'art. 18 dello Statuto a felice conclusione di un lungo itinerario giurisprudenziale che l'aveva da tempo sanzionato con misure demolitorie, anche sulla base del diritto comune dei contratti. A questo punto, allora, occorre chiedersi se la sua mancata riproposizione nell'art. 2 del decreto n. 23 del 2015 significhi necessariamente l'esclusione della tutela reintegratoria, con eventuale applicazione della tutela di diritto comune. A me pare che la soluzione inclusiva sia possibile. Ciò in base alla circostanza che l'art. 1418 c.c., mentre nel primo comma allude ad una generica contrarietà a norme imperative, lasciando all'interprete il compito di individuare tanto il carattere imperativo della norma, quanto l'effettività e il grado della sua violazione, nel secondo comma prevede, per collegarvi la sanzione della nullità, una ben individuata ragione invalidante, legata all'illecito atteggiarsi della volontà, con ciò realizzandosi appunto un caso di nullità espressamente previsto dalla legge⁹¹. Se poi una tale soluzione non fosse ritenuta

l'irrazionalità di una distinzione «a seconda che la sanzione della nullità sia riconducibile ad una disposizione a contenuto generico e generale, com'è il primo comma dell'art. 1418 Cod. Civ., ovvero sia riconducibile ad una specifica disposizione». A me sembra, tuttavia, che una cosa sia il carattere "espresso" che può certamente essere attribuito al primo comma dell'art. 1418 c.c. in quanto norma di individuazione di una sanzione generale (e, come noto, "immanente" nel sistema privatistico) per la contrarietà a norme imperative; altra cosa che il legislatore – al fine circoscritto di stabilire (non se si tratti o meno di nullità in base a quella formula generale ed espressa, ma) se la contrarietà a norma imperativa, e la conseguente nullità secondo i principi, determini in concreto l'applicazione della particolare disciplina dell'art. 2 del decreto in oggetto – esiga che vi sia un richiamo specifico alla nullità; ciò, magari, sulla base della preventiva valutazione circa il diverso peso della violazione delle norme imperative (evidenziato appunto, dall'espresso richiamo); si pensi al caso, prima ricordato, del licenziamento intimato in violazione della legge n. 146 del 1990 (a un lavoratore che pure si sia reso inadempiente, anche in modo grave, agli obblighi previsti da quella legge), che potrebbe qualificarsi come nullo in base all'art. 1418 c.c. secondo i dettami della nullità virtuale, ma che non "merita" l'applicazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015 in assenza di un richiamo espresso alla nullità. Certo, si può obiettare (ed è la seconda considerazione della tesi in discussione) che la presenza o meno della qualificazione espressa di nullità è un dato in qualche misura aleatorio e, alla fine, non privo di irrazionalità; ma la questione dovrebbe a mio parere porsi, eventualmente, sotto il profilo della incostituzionalità, e non è detto che questa sia sicura, non essendo in sé censurabile che il legislatore abbia garantito la tutela reintegratoria alle specifiche ipotesi, come dire, gravi e significative, esplicitate come meritevoli della sanzione di nullità, che egli stesso doveva ben avere presenti.

⁹¹ Ritengono invece che ad interpretare la norma nel senso di esigere l'espressa menzione della nullità, le ipotesi di frode alla legge e di motivo illecito resterebbero fuori A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 41; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 21 (dal che peraltro essi ricavano la necessità, sopra messa in discussione, di prescindere

praticabile dal punto di vista letterale, non credo sarebbe possibile escludere la sanzione del diritto comune, venendo qui in gioco principi (quelli che portano al giudizio di illiceità) di carattere ordinamentale certo non inferiori a quelli (di ordine pubblico economico) che, come visto, potrebbero scongiurare una dilatazione, in funzione quasi surrogatoria della reintegrazione, della tutela reale di diritto comune⁹².

L'ultimo periodo del primo comma dell'art. 2 riprende senza varianti il testo dell'art. 18 dello Statuto con riguardo al licenziamento intimato in forma orale. Un licenziamento, questo, ancora definito come «inefficace», sulla scorta dell'originaria qualificazione attribuitagli dall'art. 2, comma 3 della legge n. 604 del 1966, a differenza dell'altra fattispecie di vizio procedimentale prevista da quest'ultima disposizione (come poi modificata dalla legge n. 92 del 2012), per la quale, con il d. lgs. n. 23 del 2015 (art. 4), la qualificazione di inefficacia è stata opportunamente cancellata.

La norma sul licenziamento orale non crea problemi. Ad essere precisi, si può anzi sottolineare come essa abbia eliminato un possibile dubbio interpretativo che il primo comma dell'art. 18 dello Statuto può alimentare, stante il fatto che la sua applicazione a prescindere dal numero di dipendenti, nell'art. 18, è sancita a proposito del licenziamento discriminatorio e nullo, ma non è ripetuta, nel testo del suddetto primo comma, per quello intimato in forma orale. Il dubbio non ha più ragion d'essere per il d. lgs. n. 23 del 2015, perché gli ambiti di applicabilità della tutela reale sono definiti autonomamente da una diversa disposizione (l'art. 9) che considera in blocco tutte le ipotesi considerate dall'art. 2. L'unica questione che potrebbe essere sollevata in astratto circa il licenziamento orale sarebbe quella di un possibile eccesso dalla delega, posto che in quest'ultima si è riservata la tutela reintegratoria ai licenziamenti discriminatori e nulli, ma non a quelli orali⁹³. Sennonché, è facile replicare che l'inefficacia del licenziamento orale è in realtà una inefficacia assoluta, in tutto e per tutto assimilabile alla nullità, nel senso che il licenziamento non è idoneo a produrre alcuno degli effetti suoi

dalla previsione espressa della nullità, pena la incostituzionalità della norma; salvo non applicare la tutela di diritto comune: in particolare V. SPEZIALE, cit., p. 25).

⁹² Anche se questa soluzione si porrebbe in conflitto con la linea volta ad unificare le conseguenze della nullità, superando la distinzione fra tutela reintegratoria specifica e tutela di diritto comune: sul punto, cfr. G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, cit., p. 96.

⁹³ La questione è stata sollevata da G. MIMMO, *La disciplina dei licenziamenti nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della delega n. 183 del 2014)*, in *Giustiziacivile.com*, 24 aprile 2015, p. 11.

propri⁹⁴.

Il quarto comma dell'art. 2 estende la tutela reintegratoria anche all'ipotesi di licenziamento illegittimo per «difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68».

Si tratta di una rilevante novità, sia rispetto all'art. 18 dello Statuto, sia anche rispetto alla versione del decreto delegato approvato dal Governo prima del parere delle commissioni parlamentari, posto che in entrambi quei testi la sanzione prevista era (nell'art. 18 è tuttora) quella reintegratoria, ma nella sua versione "debole". Nel progetto di decreto, poi, vi era una ulteriore differenza rispetto all'art. 18: mentre infatti in quest'ultima disposizione il licenziamento (illegittimo) per inidoneità è espressamente ricondotta al "motivo oggettivo", quel riferimento era omesso nella bozza di decreto. Ciò, peraltro, non senza ragione, visto che la qualificazione in termini di giustificato motivo oggettivo ha la funzione, nella ancora attuale disciplina per i vecchi assunti, di vincolare anche questa tipologia di licenziamento alla procedura obbligatoria di conciliazione preventiva (art. 7 della l. n. 604 del 1966) riservata al licenziamento per giustificato motivo oggettivo "classico": ovvio che, una volta abrogata, per i nuovi assunti, quella procedura (art. 3, comma 3 del d. lgs. n. 23 del 2015), la qualificazione a quel fine perde di significato.

Dunque, in accoglimento del parere delle commissioni parlamentari, questa tipologia di licenziamento illegittimo è stata riposizionata e, pur parlandosi ancora di un «difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità...», si garantisce al lavoratore la tutela reale piena di cui all'art. 2, come per il licenziamento discriminatorio. Il cambio di passo è significativo e tale tuttavia da rendere più incerto il complessivo quadro sistematico.

Può essere che la nuova collocazione sanzionatoria sia dipesa dal sospetto di incostituzionalità, per eccesso di delega, di quella precedente (tutela reale attenuata). Ed infatti, l'aver tolto al licenziamento per sopravvenuta inidoneità l'etichetta di licenziamento per giustificato motivo oggettivo evitava sì la contraddizione con la generale esclusione della tutela reintegratoria per quel tipo di licenziamento, non potendo più, a quel punto, l'inidoneità sopravvenuta essere qualificata come una ragione di tipo economico secondo la terminologia usata dalla legge di delega (sulla quale, *infra*, par. 5); ma restava, e resta, il fatto che anche al di fuori dei licenziamenti economici la tutela reintegratoria rimane

⁹⁴ Così E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit. p. 63.

l'eccezione, e il caso in discussione non rientra fra quelli previsti dalla legge n. 183 del 2014, donde appunto il possibile eccesso di delega. La versione definitiva del decreto ha evitato tale rischio collocando il licenziamento per sopravvenuta (non più inidoneità, ma) disabilità fisica o psichica, *ratione materiae*, nel contesto dell'art. 2 e del divieto di discriminazione (così si esprime la Relazione della Commissione parlamentare)⁹⁵. Con la conseguenza di garantire al lavoratore illegittimamente licenziato una tutela più intensa di quella tuttora garantita dall'art. 18 dello Statuto ai vecchi assunti.

Ora, se un tale esito non può essere messo in discussione sotto il profilo interpretativo, né, mi pare, sollevi grossi problemi di disparità di trattamento, non mancano invece perplessità in ordine alla nuova collocazione del licenziamento per disabilità, quanto alle sue ricadute sistematiche.

La sua riconduzione all'area della discriminazione, infatti, non convince del tutto. E' ben vero che fra i vari fattori di discriminazione previsti dall'art. 15 dello Statuto vi è anche l'*handicap*, e l'uso del termine «disabilità» in luogo di «inidoneità» appare funzionale a quella assimilazione. Ma questo sembra significare soltanto che è vietato licenziare a causa dell'*handicap*, qualunque sia la motivazione formalmente addotta, sì che la specifica condizione personale di disabilità nella quale si trova il lavoratore non può recargli il pregiudizio della perdita del posto di lavoro, fintantoché la sua prestazione sia ricevibile e utilizzabile. Il caso in oggetto è in un certo senso speculare, da un lato perché la situazione di inidoneità nella quale il lavoratore si trova non viene affatto nascosta, bensì, tutto al contrario, evidenziata e posta a fondamento del licenziamento, e, va aggiunto, legittimamente posta a fondamento qualora non residui più una idoneità utilizzabile; dall'altro lato perché il licenziamento è accertato come illegittimo (e sarà conseguentemente sanzionato) proprio in ragione della insussistenza e non già della presenza della situazione di inidoneità, cioè del fattore di

⁹⁵ Favorevoli alla riconduzione di questa tipologia di licenziamenti alla discriminazione, E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit. p. 63; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 8; C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, cit., p. 26; V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 97. Si veda anche A. RICCARDI, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore*, in E. GHERA-D.GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti*, cit., p. 103 ss., che mette in evidenza la differenza, sotto il profilo probatorio, fra il licenziamento discriminatorio in base all'*handicap* e il licenziamento illegittimo per disabilità del quale qui si discute. Anche per D. GAROFALO, *IL giustificato motivo oggettivo nella riforma Renzi: le fattispecie controverse*, in E. GHERA-D.GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti*, cit., p. 143, il collegamento con la discriminazione è «L'unica spiegazione possibile».

discriminazione.

La verità è, mi sembra, che il licenziamento intimato per inidoneità e accertato come illegittimo per insussistenza della stessa è un licenziamento non discriminatorio, ma privo di giustificazione⁹⁶, tanto che lo si riconduca, come sinora si era fatto, al giustificato motivo oggettivo a base "personale", quanto che lo si inquadri in una ipotesi autonoma di giustificazione avente il suo fondamento nella legge n. 68 del 1999 e, ora, nell'art. 2, comma 4 del nuovo decreto che, come già ricordato, significativamente parla ancora di un «difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore». Una autonoma ipotesi di ingiustificatezza, dunque, che ora però è sanzionata nel modo più incisivo, cioè con la tutela reale piena; con la conseguenza che, una volta chiarito il salto logico (e forse l'equivoco) del legislatore delegato, la questione dell'eccesso di delega non mi sembra affatto scongiurata.

Per arrivare ad una diversa soluzione e condividere anche dal punto di vista sistematico la scelta normativa, occorrerebbe valorizzare in modo tutto particolare la variante semantica, cioè quel passaggio dalla inidoneità alla disabilità, cioè ad una espressione indubbiamente più vicina a quella dell'*handicap* che è fattore di discriminazione ai sensi dell'art. 15 dello Statuto; senza che, peraltro, ciò significhi circoscrivere la tutela ai soggetti espressamente riconosciuti come disabili ai sensi dell'art. 1 della legge n. 68 del 1999, posto che l'art. 4, comma 4 (richiamato con la stessa intonazione esemplificativa del comma 7 dell'art. 18 dello Statuto) fa riferimento genericamente ai «lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia» e non ai disabili con la prescritta percentuale di incapacità lavorativa. O forse occorrerebbe ritenere, in base ad un ragionamento decisamente più pragmatico, che il licenziamento del disabile che sia, come dire, non abbastanza tale (e quindi ancora utilizzabile) debba pur sempre essere ricondotto alla sua situazione di (parziale) disabilità⁹⁷. In questa prospettiva, che eliminerebbe i dubbi di eccesso di delega, si renderebbe forse necessaria una interpretazione rigorosa della stessa nozione di disabilità, che, seppure non vincolata alle

⁹⁶ Sulla stretta relazione, già prima del decreto in commento, fra le due qualificazioni – discriminazione e (in)giustificatezza – nel senso che un licenziamento giustificato ai sensi della legge n. 68 del 1999 non è discriminatorio, cfr. S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *D&L*, 2008, n. 2, p. 442.

⁹⁷ Cfr. E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit., p. 69 ss. (ove anche i riferimenti alla disciplina comunitaria di cui alla direttiva n. 2000/78/CE).

percentuali, deve essere comunque fisica o psichica, e non connotata dal punto di vista professionale, come incapacità "naturale" al lavoro⁹⁸.

C'è poi una ulteriore anomalia che sorge inevitabilmente dall'inquadramento del licenziamento per disabilità nell'area della discriminazione (di cui all'art. 2 del decreto), ed è quella della sua applicazione necessariamente generale, a tutti i datori di lavoro, con evidente aggravio per i datori di lavoro con livelli occupazionali ridotti. Costoro, infatti, se da un lato vedono corretta l'incongruenza della legge n. 92 del 2012 a proposito del licenziamento "inefficace" per ragioni procedurali (privo di specifica sanzione in base a quella legge e dunque soggetto ancora al diritto comune; allineato ora, con l'art. 9 del decreto in commento, alla sanzione indennitaria debole), dall'altro lato vedono però ampliarsi i casi di applicazione della tutela reale piena, ora estesa al licenziamento per disabilità. Anomalia che non sembra risolvibile sul piano interpretativo, ma solo su quello, peraltro assai scivoloso, della (ir)razionalità di un trattamento uniforme per situazioni diverse.

4. Il licenziamento ingiustificato per ragioni soggettive.

L'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015 si occupa di «Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa».

In ottemperanza alla legge di delega, esso si preoccupa di ritagliare l'angusto spazio entro il quale la tutela reintegratoria è ormai relegata in caso di licenziamento ingiustificato. Ma proprio per sottolineare il mutato rapporto fra tutela reintegratoria e tutela solo economica – per cui quella che era la regola diventa ora l'eccezione, e viceversa – l'art. 3 esordisce appunto con la regola (comma 1), per occuparsi in seconda battuta dell'eccezione (comma 2)⁹⁹. E la regola consiste in ciò, che «il giudice

⁹⁸ Per un attento esame delle varie ipotesi di disabilità, sia di quelle riconducibili alla legge n. 68 del 1999 (con la distinzione fra quelle di cui all'art. 4, comma 4 e, rispettivamente, all'art. 10, c. 3), cfr. V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 99; E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo*, cit., p. 86 ss.; A. RICCARDI, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità*, cit., p. 105 s.; D. GAROFALO, *IL giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 140 ss.

⁹⁹ Sembra di diversa opinione L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in *I licenziamenti nel contratto a tutela crescenti*, p. 40, il quale, sia pure a proposito della questione se il giudice debba svolgere due accertamenti distinti – l'uno quanto alla legittimità del licenziamento, l'altro quanto alla sanzione da applicare –, afferma che «Solo in via subordinata il giudice passa a giudicare, in vista di accordare o no la tutela monetaria, dei vizi di cui al comma 1 dell'art. 3». Ma altro è l'ordine delle domande e del loro esame (il lavoratore punterà sicuramente prima alla reintegrazione), altro è la definizione del rapporto regola/eccezione fra tutela reintegratoria

dichiara estinto il rapporto alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità...». Rinviano oltre (par. n. 7) la disamina di tale indennità e dei relativi criteri di determinazione (comuni agli altri casi di tutela economica), c'è qui da segnalare come il comma 1 dell'art. 3 riproduca quasi esattamente la formula utilizzata dall'art. 18, comma 5 per le «altre ipotesi» di licenziamento per ragioni soggettive accertato come illegittimo, senza diritto alla reintegrazione. Nel decreto n. 23, come già nell'art. 18, nonostante la (comune) formula normativa sembri configurare il licenziamento come improduttivo di effetti fino alla sentenza, il giudice, in realtà, altro non fa che "registrare", dichiarandola, la volontà estintiva del datore di lavoro, sia quanto alla sua sussistenza, sia quanto al tempo di produzione dei relativi effetti: la data appunto del licenziamento, che poi in realtà è quella dell'inizio della procedura disciplinare, ai sensi dell'art. 1, comma 41 della legge n. 92 del 2012. Non si tratta pertanto di una risoluzione giudiziale, tanto meno con effetto costitutivo, ma della presa d'atto dell'essere venuto meno il rapporto, cui segue, in ragione della illegittimità del licenziamento, la condanna all'indennità¹⁰⁰. Va segnalato che nell'art. 3, comma 1, il giudice non dichiara il rapporto di lavoro «risolto» (com'è scritto nell'art. 18), ma, più correttamente, «estinto», visto che nel linguaggio civilistico la risoluzione è da riferire non al rapporto, ma al contratto.

Se dunque il primo comma dell'art. 3 ribadisce la disciplina indennitaria già introdotta con il quinto comma dell'art. 18 dello Statuto per quella che si potrebbe continuare a chiamare l'ingiustificatezza "semplice", il secondo comma dell'art. 3 si occupa ancora di tutela reintegratoria, individuando, in una prospettiva decisamente residuale, le

e tutela indennitaria. Sotto altro profilo, R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Milano, 2014, p. 33, suggerisce di evitare, nel descrivere la disciplina dell'art. 18 dello Statuto, la contrapposizione fra regola ed eccezione, visto che la locuzione «altre ipotesi» può essere invocata indifferentemente come formula ristretta ovvero residuale, cioè ampia. L'osservazione è in sé giusta, perché quel che conta in definitiva è il contenuto, rispettivamente, della regola e dell'eccezione, ed è ben vero che l'alternativa (cioè la definizione in positivo dei presupposti dell'una e dell'altra tutela) avrebbe comportato la (non voluta) riscrittura dei due giustificati motivi di licenziamento (*loc. cit.*). E' chiaro però che la demarcazione, sempre più accentuata, della tutela reintegratoria dà bene l'idea di un suo progressivo restringersi: operazione, questa, indubbiamente amplificata dall'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015 (che l'a. peraltro non poteva prendere in considerazione).

¹⁰⁰ Cfr. M. DE CRISTOFARO-(G.GIOIA), *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, p. 416, per il quale «il predicato cede evidentemente il passo al verbo».

«specifiche fattispecie» di «licenziamento disciplinare ingiustificato» nelle quali tale tutela è ancora applicabile, secondo le indicazioni della legge di delega (art. 1, comma 7, lettera c) della legge n. 183 del 2014). Due considerazioni preliminari si impongono.

Anzitutto, si può mettere in dubbio, come del resto per diverse altre parti della legge di delega, che essa sia conforme all'art. 76 Cost. sotto il profilo della specificità e dell'indicazione dei relativi principi direttivi. Ed infatti, se da un lato il riferimento a specifiche fattispecie rende evidente che il legislatore delegante intendeva restringere gli spazi della tutela reintegratoria (in ciò manifestandosi la linea di fondo del nuovo intervento normativo), dall'altro lato quello stesso riferimento può apparire carente quanto all'individuazione delle caratteristiche che dovrebbero presentare le ipotesi ancora fatte salve, e dunque quanto ai criteri e principi direttivi della delega¹⁰¹. Ma è un dubbio che può essere superato, considerando la sequenza normativa che parte dalla legge n. 92 del 2012. Ciò nel senso che appare chiara, anche con riguardo ai licenziamenti disciplinari, l'intenzione di ridurre, appunto attraverso una specificazione, l'incidenza della tutela reintegratoria giusto rispetto a quanto già stabilito dall'art. 18 dello Statuto, di talché il margine di manovra che è lasciato alla discrezionalità del legislatore delegato è in realtà meno ampio di quanto possa sembrare a prima vista. In altri termini, il confronto con l'art. 18 e con le due ipotesi in esso regolate (la «insussistenza del fatto contestato» e la difformità rispetto alle tipizzazione collettive¹⁰²) consente di individuare gli ambiti nei quali il "taglio" può essere fatto; la scelta dello specifico "taglio" e, a ben guardare, del suo spessore, è riservata al legislatore delegato. Diversamente, si richiederebbe alla legge di delega un livello dettagliato di normazione che non le è consono¹⁰³.

La seconda considerazione – di ordine linguistico, ma non solo – riguarda l'espresso riferimento, nella legge di delega, al «licenziamento disciplinare ingiustificato». Ho già rilevato, a proposito dell'art. 18 dello Statuto nella sua attuale versione¹⁰⁴, come con tale norma il vocabolario

¹⁰¹ Cfr. 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*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi*, ADAPT, *Labour studies, e-book series*, n. 40, p. 35, che parla di «totale indeterminatezza», anche se, in un precedente ragionamento (generale) sulla genericità della delega, propende per la sua costituzionalità.

¹⁰² Cfr. *supra*, Parte I, par. 24 e 25

¹⁰³ Sulla scia di Corte cost., n. 54 del 2007, esprime preferenza per una interpretazione al riparo da sospetti di incostituzionalità, V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, cit., p. 17

¹⁰⁴ *Supra*, Parte I, par. 24

legislativo si sia arricchito – in quel testo, peraltro, in modo solo indiretto – dell'espressione di «licenziamento disciplinare», espressione nata nella prassi dottrinale e giurisprudenziale (e adottata dal legislatore solo nell'ambito del lavoro pubblico contrattualizzato: art. 55-*quater* del l. lgs. n. 165 del 2001). Il riferimento è solo indiretto perché l'art. 18 (al comma 6) si limita ad usare l'aggettivo «disciplinare» riferendolo alle «ragioni», appunto disciplinari, la cui presenza possa emergere nell'ambito di un giudizio di impugnazione del licenziamento per ragioni formali o procedurali; ma dal complesso della normativa (si pensi anche al licenziamento intimato «in violazione della procedura di cui all'art. 7 della presente legge», procedura che è appunto quella disciplinare), emerge che il licenziamento del quale il legislatore si occupa è, con tutta evidenza, quello disciplinare.

Nella legge di delega n. 183 del 2014 il riferimento è diretto, mentre il decreto delegato riprende le tradizionali espressioni di licenziamento «per giustificato motivo soggettivo o giusta causa». Ciò peraltro non significa affatto che solo queste ultime siano rilevanti, visto che proprio legando fra loro le due normative (quella delegante e quella delegata, che parlano necessariamente della stessa cosa), mi sembra non più contestabile la loro piena sovrapposibilità, quanto a fattispecie richiamata¹⁰⁵. Con il che, da un lato, mi pare definitivamente acquisita la natura cosiddetta ontologica del licenziamento disciplinare, con superamento del dualismo fra licenziamento per inadempimento e licenziamento "punitivo", e, dall'altro lato, la riconducibilità della giusta causa, anche quando colorata in modo "oggettivo"¹⁰⁶, all'inadempimento contrattuale¹⁰⁷.

Fatte queste premesse, si tratta ora di esaminare il contenuto del secondo comma dell'art. 3, il quale riserva la tutela reintegratoria alle ipotesi di licenziamento (per ragioni soggettive) ingiustificato «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».

Come è non è difficile ricavare anche da una prima, sommaria lettura, la nuova disciplina da un lato irrigidisce il presupposto costitutivo della ingiustificatezza rispetto alla corrispondente disciplina dell'art. 18

¹⁰⁵ Così in sostanza F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 74

¹⁰⁶ Per una ricognizione di questi profili della giusta causa, cfr. L. ZOPPOLI, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in *Diritto del lavoro e nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, I, Padova, 2005, p. 837 ss.; C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004, *passim*

¹⁰⁷ Ancora *supra*, Parte I, par. 24

dello Statuto con l'inserimento – quasi un intarsio¹⁰⁸ – di un aggettivo (il fatto contestato è ora «materiale») che ha tutta l'aria di voler risolvere la dibattuta questione sorta a proposito di quella disciplina¹⁰⁹; dall'altro lato, elimina con un rapido tratto di penna l'altro presupposto, costituito dal principio di proporzionalità anche a fini sanzionatori, filtrato, nell'art. 18, dai codici disciplinari della contrattazione collettiva, e ora, a quei fini, appunto cancellato.

Sennonché, appena ci si ferma a riflettere un poco, ci si accorge che anche la nuova formula, al di là di una chiara direzione di marcia volta a marginalizzare la tutela reintegratoria (l'eliminazione della seconda fattispecie ne è prova evidente), solleva problemi interpretativi non di poco conto. A cominciare dalla sua natura totalmente innovativa rispetto all'art. 18, comma 4, ovvero sostanzialmente interpretativa dello stesso, così da leggere l'insussistenza del «fatto contestato» come insussistenza del «fatto materiale contestato»¹¹⁰. Problema, questo, che non mi pare possa essere sbrigativamente risolto solo sulla base della presunzione di novità che pure implicitamente regola in generale la successione delle leggi nel tempo, posto che il carattere (anche) interpretativo di una certa disposizione rispetto ad una disposizione precedente non deve necessariamente risultare in modo espresso, come da tempo afferma la Corte costituzionale; con la complicazione, peraltro, data dal fatto che la norma più recente non ha lo stesso campo di applicazione di quella più risalente nel tempo, ma con essa convive in parallelo. Ma qualche conclusione in proposito sarà possibile trarla dopo aver ragionato intorno

¹⁰⁸ L'espressione è di L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 36.

¹⁰⁹ Ne conviene anche uno dei maggiori critici del nuovo corso legislativo: V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 29.

¹¹⁰ Decisamente in questo senso R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato*, cit., p. 271; analogamente S. SAMBATI, *La qualificazione del "fatto" nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del "dialogo" aperto dal legislatore delegato*, in *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 187 s.; R. PESSI, *Il notevole inadempimento*, cit., p. 30, per il quale l'idea del legislatore delegato è «quella di 'educare' la magistratura ad una lettura interpretativa che... ritorni alla *ratio* originaria della riforma del 2012», verso una omogeneizzazione di disciplina fra vecchi e nuovi assunti. C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 99 prevede un allineamento, in sede giurisprudenziale, dell'interpretazione della norma vecchia con quella nuova, posto che «i giudici sono giustamente attratti dal legislatore quando si tratta di interpretare norme quasi uguali, perché l'ordinamento è unitario e si sviluppa e si perfeziona unitariamente per la stessa o analoga fattispecie». Per la tesi contraria, F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 91; ID., *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 16.

alle varie letture che già sono state fornite della disposizione oggetto di queste riflessioni¹¹¹.

Nella Parte I di questo capitolo (par. 24 e 25) si sono esaminate le varie e spesso contrastanti interpretazioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento alle disposizioni dell'art. 18 dello Statuto (commi 4 e 5) aventi ad oggetto le sanzioni per il licenziamento disciplinare illegittimo, e a quell'analisi ovviamente si fa rinvio¹¹². Tuttavia, al fine di una migliore comprensione della nuova disciplina del d. lgs. n. 23 del 2015, non sembra inutile ritornare, sia pure sinteticamente, sugli snodi più contrastati di quel dibattito. Un dibattito spesso condizionato da premesse e categorie se non ideologiche, almeno legate a precise opzioni di politica del diritto: da un lato il riformismo ablativo (con le sue radici economicistiche), dall'altro lato la cultura garantista, con tutto ciò che ne consegue in termini di «supplenza 'orientata'»

¹¹¹ Sull'art. 3, comma 2, si vedano: M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti*, cit., p. 322 ss.; F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 73 ss.; M. DE LUCA, *Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., p. 21 ss.; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti*, cit. p. 9 ss.; E. BARRACO, *Le nuove regole in materia di licenziamento individuale e collettivo*, cit., p. 868 ss.; M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 753 ss.; L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 33 ss.; M. BRIZZI, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, cit., p. 61 ss.; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele*, cit., p. 25 ss.; G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti*, cit., p. 63 ss.; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutela crescenti*, cit., p. 30 ss.; L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutela crescenti*, cit., p. 114 ss.; R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p., 27 ss.; C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 97 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche*, cit., p. 269 ss.; G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p. 353 ss.; F. CHIETERA, *Il fatto nel licenziamento disciplinare tra legge Fornero e Jobs Act 2*, in *Le tutele per i licenziamenti e la disoccupazione involontaria*, cit., p. 123 ss.; S. SAMBATI, *La qualificazione del "fatto"*, cit., p. 169 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 26 ss.

¹¹² Rispetto al materiale allora preso in considerazione (circa l'art. 18 dello Statuto), si possono vedere ancora R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, cit., p. 13 ss.; L. CAVALLARO, *Il licenziamento disciplinare: una ricostruzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 223 ss.; R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, cit., p. 26 ss.; C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit. In giurisprudenza, soprattutto la ben nota Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, sulla quale *infra*, cui *adde* la meno nota Cass., 11 febbraio 2015, n. 2692 (sulla quale si vedano le osservazioni di F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 84). Sulla prima sentenza si tornerà più avanti.

rispetto alle scelte legislative, come di recente si è autorevolmente sottolineato¹¹³.

Semplificando, tre sono le questioni attorno alle quali il dibattito si è acceso e continua ad alimentarsi, vista la piena vigenza dell'art. 18 per i vecchi assunti. La prima, di carattere a prima vista metodologico, riguardava – e riguarda tuttora – la distinzione fra due separate operazioni concettuali che la norma imporrebbe al giudice: l'accertamento della legittimità o meno del licenziamento secondo gli usuali parametri e, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia ritenuto illegittimo, l'individuazione delle specifiche conseguenze da applicare, nell'ambito di quel ventaglio sanzionatorio che la legge n. 92 del 2012 ha introdotto sul presupposto che non tutte le illegittimità hanno lo stesso peso¹¹⁴. La seconda questione concerne il significato che va attribuito alla «insussistenza del fatto contestato». La terza concerne il rapporto con le tipizzazioni dei codici disciplinari collettivi.

Quanto alla prima questione, ho l'impressione che la proposta di sdoppiare il percorso decisorio del giudice – nel cosiddetto giudizio bifasico – sia stata sovente caricata dai suoi detrattori di significati impropri, per cui talune critiche appaiono condizionate dall'inattendibilità dei presupposti (erroneamente) presi a base. Ed invero, alla radice di quella proposta vi è la considerazione, tanto banale quanto incontrovertibile, che l'accertamento della illegittimità del licenziamento non porta affatto all'applicazione automatica di un'unica conseguenza sul piano sanzionatorio, com'era previsto nel vecchio testo dell'art. 18 (l'ordine di reintegrazione e la condanna al risarcimento del danno, rimanendo necessaria una ulteriore attività decisoria solo per la quantificazione di quest'ultimo). Nel nuovo art. 18, invece¹¹⁵, l'accertamento dell'illegittimità non esaurisce il compito del giudice, perché le conseguenze sanzionatorie possono essere diverse, e per stabilirle il legislatore riapre la partita attingendo – in modo rozzo e inopportuno finché si vuole, ma pur sempre attingendo – ad alcuni

¹¹³ Le espressioni sono di R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche*, cit., p. 270.

¹¹⁴ Per tutti, A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., p. 438 ss. Favorevoli allo sdoppiamento, da ultimo, R. PESSI, *Il notevole inadempimento*, cit. p. 31; R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche*, cit., p. 272 s.; R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, p. 16.

¹¹⁵ E non si tratta, a mio modo di vedere, di «positivismo statalista di stampo pandettistico» da contrapporre ad una non ben definita «prospettiva dinamica del giudizio» (così L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 39).

soltanto fra i passaggi che in una maniera o nell'altra fanno parte del percorso giudiziale di accertamento della illegittimità¹¹⁶.

Peraltro, quello sdoppiamento non ha necessariamente valenza cronologica. Fermo restando che di sanzioni non si può parlare se il licenziamento non è illegittimo (e le contrarie tesi sembrano dimenticarlo), la relazione fra le due operazioni è duttile ed elastica, e dipende anche da come sono prospettate le domande e/o le richieste istruttorie, nonché dall'ordine che ritiene di darsi il giudice nello svolgimento del processo. E' chiaro che possono esserci situazioni nelle quali le due strade si sovrappongono senza residui, come nel caso in cui, ad esempio, il giudice accerti incontrovertibilmente, già all'inizio dell'istruttoria, che il fatto imputato al lavoratore non è stato da lui commesso, ma da un altro. Qui è evidente che il giudizio sulla illegittimità del licenziamento «coincide con la verifica dei presupposti che portano all'annullamento»¹¹⁷, ma ciò non per una identità di operazione concettuale, bensì solo per una casuale sovrapposizione tra due operazioni concettuali con finalità diverse. Altre volte, invece, il giudice dovrà percorrere per intero – cioè tenendo conto di tutti gli elementi cosiddetti di contesto – la strada che porta alla ingiustificatezza del licenziamento, magari giungendo alla conclusione positiva solo all'ultimo passaggio di quel percorso, in base al confronto con il principio di proporzionalità; ma, al momento di applicare la sanzione, dovrà necessariamente riconsiderare, alla luce del nuovo art. 18 (e ora, come si vedrà, dell'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 del 2015), alcuni tratti soltanto dell'itinerario seguito, senza che ciò significhi svolgere un nuovo accertamento in fatto¹¹⁸.

Certo, la questione di fondo, che è poi la seconda sopra enunciata, sta nell'individuare quali siano i tratti del primo percorso che devono poi essere riconsiderati. Ma credo sia importante la distinzione tra le due fasi,

¹¹⁶ Risulta perciò difficile, a mio modo di vedere, sostenere che il nuovo art. 18 dello Statuto (e alla stessa stregua, come si vedrà, l'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015) «non consente di distinguere tra l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento e la successiva individuazione della tutela (sanzione) applicabile», e ciò perché il riferimento iniziale alla «illegittimità» non starebbe ad indicare una fase preliminare del giudizio relativo al licenziamento, ma solo «la semplice somma dei vizi che vengono individuati e regolati dalle disposizioni successive» (ancora L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 39). Ma l'applicazione della sanzione presuppone necessariamente che il licenziamento sia stato accertato come illegittimo.

¹¹⁷ L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 40.

¹¹⁸ In questo senso, oltre agli autori già citati nella Parte I, par. n. 24, da ultimi, R. DEL PUNTA, *La riforma italiana*, cit., p. 31 s. e R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche*, cit., p. 272.

perché solo così facendo si possono evitare gli equivoci che soprattutto le fonti mediatiche (ma talora anche qualche presa di posizione dottrinale) hanno alimentato circa l'asserito ritorno della piena libertà di licenziare: affermazione, questa, che può essere discussa, e anche fondatamente, dal punto di vista della possibile esiguità delle sanzioni (cfr. *supra*, par. 1), ma che sarebbe errata se riferita ai presupposti per la giustificazione del licenziamento e ai relativi meccanismi di accertamento, che come tali non vengono modificati^{119 120}.

¹¹⁹ Questa mi pare la critica che si può muovere a M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 755, il quale lamenta che il principio di proporzionalità, che costituisce un limite per ogni forma di esercizio di potere, pubblico e privato, e il canone di controllo sulle limitazioni dei diritti fondamentali, non varrebbero solo per i licenziamenti: conclusione, questa, non corretta perché ai fini della valutazione della legittimità o meno del licenziamento, cioè dell'esercizio corretto o meno del potere, nulla è realmente cambiato, la proporzionalità restando esclusa solo per l'applicazione della sanzione del non corretto esercizio. In modo analogo sembra esprimersi L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento*, cit., p. 119, il quale, nel commentare l'abolizione del riferimento alle tipizzazioni collettive disposta dall'art. 3, comma 2, ritiene che in questo modo si sia intervenuti anche sull'art. 2106 c.c., posto che la nuova disciplina da un lato escluderebbe l'operatività del principio di proporzionalità al fine di decidere se un certo inadempimento contrattuale, in ragione della sua intensità, possa giustificare o meno la risoluzione del rapporto (operazione, invece, tuttora possibile ed anzi necessaria), e dall'altro lato si sarebbe preclusa ogni graduazione nella determinazione dell'indennità (dove mi pare che si sovrapponga la proporzionalità che riguarda la sanzione da applicare al lavoratore con quella che riguarda il meccanismo sanzionatorio della illegittimità del licenziamento, che è altra cosa e che riguarda il datore di lavoro). Anche F. CHIETERA, *Il fatto nel licenziamento disciplinare*, cit., p. 125, giustifica l'accezione del fatto come fatto giuridico «Nell'impossibilità di assegnare al fatto materiale autonoma rilevanza ai fini della verifica della sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento», dove è invece chiaro che non è a questi fini che è scritta la norma, ma al fine di individuare la sanzione per l'ingiustificatezza.

¹²⁰ A tale ultimo proposito, si è recentemente rimarcata l'incidenza della nuova disciplina sanzionatoria (con il nuovo art. 18 dello Statuto e il d. lgs. n. 23 del 2015 seduti allo stesso banco degli imputati) sulle generali tecniche limitative dei licenziamenti, osservando come il lavoratore rischi di diventare «il debitore più penalizzato del nostro ordinamento giuridico giacché l'art. 1455 Cod. Civ. nega, come noto, la risoluzione giudiziale se 'l'inadempimento di una delle parti' non abbia 'scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra'» (così L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 34.). L'osservazione è acuta, ma, a mio parere, lascia talune perplessità. Ed infatti, se è vero che l'importanza (più o meno scarsa) dell'inadempimento opera, in base all'art. 1455 c.c., esclusivamente come limite all'azione di risoluzione del contratto e non a quella di adempimento (Cass. civ. Sez. II, 13 febbraio 2008, n. 3472), c'è però da chiedersi come funzioni quest'ultima azione (che non è pregiudicata dal rigetto della domanda di risoluzione, così come non è pregiudicata quella di risarcimento del danno): in particolare, se essa spetti, com'è normale, al creditore della prestazione non adempiuta (in modo non grave), ovvero – questo sarebbe la situazione comparabile a quella del lavoratore licenziato ingiustamente – anche allo stesso debitore inadempiente. Senza contare, più in generale, la caratteristica peculiare dello strumento del recesso nell'ambito dei contratti ad esecuzione continuata e per di più di collaborazione, strumento sostitutivo della risoluzione giudiziale, e guidato da logiche

La discussione sul nuovo art. 18 dello Statuto si è polarizzata, come ben noto, sulla locuzione di «insussistenza del fatto contestato», schematizzata in due possibili accezioni, rappresentate come opposte, della nozione di «fatto»: o fatto materiale, cioè condotta, accadimento della realtà fenomenica, ovvero fatto giuridico, posto che, si è detto, il fatto materiale è «per definizione irrilevante per il diritto»¹²¹. Una discussione assai vivace, che ha portato i sostenitori della prima accezione a scontrarsi con talune conseguenze del tutto irragionevoli di quel modo di intendere il fatto, la cui mera sussistenza *in rerum natura* (nonostante la bizzarria o l'inconferenza del fatto medesimo rispetto al rapporto di lavoro) sarebbe in grado di precludere al lavoratore, sempre e comunque, la tutela reintegratoria; e che ha portato i sostenitori della seconda accezione a sterilizzare, più o meno consapevolmente, qualunque reale significato innovativo della modifica legislativa, con la sostanziale equiparazione dell'insussistenza del fatto (appunto giuridico) alla insussistenza di giusta causa o giustificato motivo¹²².

In realtà, la contrapposizione rischia di essere fuorviante. Ed invero, se il legislatore è pienamente libero di prendere in considerazione, a certi fini, anche la sussistenza o insussistenza di un fatto materiale – che perciò stesso diventa fatto giuridico¹²³ –, il problema sta nell'individuare contenuto e limiti di una siffatta sussunzione. Ed è in questa direzione che, a ben guardare, si è poi più correttamente sviluppato il dibattito, alla ricerca del punto nel quale l'accertamento delle ragioni di ingiustificatezza del licenziamento coincide con quello determinativo della sanzione. Detto in altro modo, alla ricerca di quali fra gli elementi che sono a fondamento di quell'accertamento – e che vanno dalla condotta materiale alla sua

proprie. Del resto, l'altra metà del mercato del lavoro, quella dei datori di lavoro di ridotte dimensioni, si è sempre regolata in modo peculiare, con la divaricazione fra il presupposto (appunto l'art. 1455 c.c.) e il rimedio.

¹²¹ E' la tesi elaborata per primo da A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., p. 794. Per la bibliografia su questo tema rinvio alla Parte I, par. 24, specialmente alle note 574 e 576. L'a. citato (A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 33) non modifica la propria posizione dopo il d. lgs. n. 23 del 2015, qualificando come «del tutto atecnica» la nuova formula del fatto materiale.

¹²² Emblematico di questa corrente di pensiero quanto scritto da ultimo da R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari*, cit., p. 17, il quale, riferendo adesivamente la posizione della giurisprudenza di merito sul nuovo art. 18 St., precisa che «era ingiusto lasciar fuori dal fatto la rilevanza disciplinare, la responsabilità, l'imputabilità, l'antigiuridicità, la colpa, il caso fortuito, il difetto di proporzionalità», con il che non si riesce davvero a capire quale possa rimanere l'ambito di una valutazione "in diritto".

¹²³ Cfr. M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione*, cit., p. 10; R. DEL PUNTA, *La riforma italiana*, cit., p. 35; C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 32. Ma sul punto si tornerà più avanti.

imputabilità al lavoratore, dalla rilevanza disciplinare alla riferibilità soggettiva, dalla colpevolezza alla proporzionalità – siano rilevanti anche per definire la conseguenza sanzionatoria. Con l'aiuto, talora trascurato, della stessa formula normativa, che allude ad un fatto «contestato» e che perciò necessariamente rimanda al potere disciplinare e ai suoi modi di esercizio, donde la necessaria imputabilità della condotta al lavoratore (e non ad altri) e la oggettiva rilevanza, nel senso di antiggiuridicità, della condotta¹²⁴. E' in questo contesto che va allora inquadrata, a mio parere, la sussumibilità nel «fatto contestato» dell'inadempimento contrattuale, sovente dato per scontato sia in dottrina che in giurisprudenza; inadempimento la cui insussistenza non può ovviamente coincidere con l'assenza di giusta causa o giustificato motivo, pena altrimenti l'azzeramento della riforma, ma che ai fini dell'applicazione della sanzione può e deve essere valutato, purché sotto un profilo astratto e svincolato dalle note circostanze di contesto.

Quanto alla terza questione – quella circa lo scollamento fra le ragioni del licenziamento e le tipizzazioni collettive – la sua eliminazione nel d. lgs. n. 23 del 2015 ne autorizza il semplice richiamo, ponendosi semmai ora il delicato problema, di carattere ordinamentale, concernente il ruolo via via decrescente riservato all'autonomia collettiva; ruolo che essa, peraltro, non sembra avere svolto adeguatamente in questa materia, posto che le formule spesso vaghe adottate dalla contrattazione collettiva (in altre stagioni, e tuttavia tralattivamente replicate) per la definizione delle infrazioni e delle corrispondenti sanzioni disciplinari non consentono una agevole applicazione del comma 4 dell'art. 18 dello Statuto. Salvo un recupero surrettizio del principio di proporzionalità a tutto campo, nel senso che, anche in assenza di una norma collettiva sufficientemente specifica e dunque concretamente utilizzabile, il giudice ne dovrebbe tuttavia trovare una di diversa, a presidio della proporzionalità, intesa comunque come rete di sicurezza¹²⁵. Ancora una volta, però, si rischia di riproporre uno schema di tutela che il legislatore

¹²⁴ Con il che restano fuori gioco i tanti esempi che sono stati portati a supporto della irragionevolezza della norma (onde piegarla poi ad un'altra interpretazione): quella del lavoratore che non ha salutato il datore di lavoro o non gli ha sorriso, o è incappato in uno starnuto non gradito: cfr. L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 34

¹²⁵ In questa direzione è stata intesa la già citata Cass., 11 febbraio 2015, n. 2692: cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 27, per il quale la Cassazione avrebbe imposto il principio di proporzionalità del fatto. Sembra invece che la questione vertesse sulla possibilità o meno di incasellare il fatto contestato nella fattispecie contrattuale collettiva che non prevedeva il licenziamento (l'alternativa era fra una insubordinazione grave e una insubordinazione lieve).

recente non ha certo nascosto di voler riassetare sulla base di equilibri diversi.

In questo quadro ancora non consolidato, ma tendente forse in modo prevalente alla conservazione dell'assetto interpretativo precedente (specie nell'applicazione giurisprudenziale, dove maggiore può essere la resistenza e la vischiosità dei concetti¹²⁶), le nuove regole per i nuovi assunti puntano decisamente a invertire tale tendenza e, come più volte segnalato, a ridurre gli spazi applicativi della tutela reintegratoria. A tanto si arriva – lo si è già precisato – qualificando come «materiale» il fatto la cui insussistenza garantisce ancora la tutela reintegratoria, escludendo «ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento», ed infine eliminando ogni riferimento alle tipizzazioni collettive.

L'intarsio dell'aggettivo «materiale» nel fatto contestato, preso di petto dal precedente dibattito e forte ora dell'avallo della Corte di Cassazione, potrebbe chiudere il discorso, con la definitiva "vittoria" della tesi più restrittiva¹²⁷. E questa, alla fine, potrebbe essere la tesi che finirà per prevalere, salvo misurare con più precisione – e qui la partita resta aperta – i definitivi margini di restringimento della tutela reale. Ma il percorso è ancora accidentato.

Paradossalmente, la nuova formula normativa sembra offrire una sponda alle tesi, più elastiche, sopra richiamate. Ed invero, l'estraneità di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento è direttamente riferita alla «insussistenza del fatto materiale contestato», e non alla insussistenza di giusta causa o giustificato motivo, come normalmente si ritiene allorché la causa di improseguibilità neppure provvisoria del rapporto (art. 2119 c.c.) o il notevole inadempimento contrattuale (art. 3, l. n. 604 del 1966) non legittimano l'atto di recesso appunto perché non proporzionati. Riferire la proporzione, sia pure per escluderla, direttamente al fatto, potrebbe significare l'ammissione che il fatto abbia un contenuto più ampio della sua nuda materialità. Ma, come tutte le interpretazioni frutto di alchimie letterali e/o sintattiche, anche questa mi pare che non debba essere enfatizzata e strumentalizzata solo per giungere alla conclusione più restrittiva. Una soluzione accettabile deve essere trovata nel necessario rispetto della *ratio* generale che, piaccia o

¹²⁶ Cfr. F. CHIETERA, *Il fatto nel licenziamento disciplinare*, cit., p. 129, che, con riferimento agli esiti giurisprudenziali, parla di una «eterogenesi dei fini» della norma in ragione della sua scarsa chiarezza.

¹²⁷ Così C. PISANI, in *Argomenti dir. lav.*, 2015, p.; A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 874; ma per A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 33, questa si «potrebbe trasformare in una mezza "vittoria di Pirro"».

no, il recente legislatore ha adottato, ma anche secondo parametri non privi di ragionevolezza.

Il testo dell'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 del 2015 – tanto con la qualificazione del fatto come «materiale», quanto con l'espressa esclusione di ogni rilievo della proporzionalità – sembra davvero preso di peso dalla prima sentenza della Corte di Cassazione sul nuovo art. 18¹²⁸. In quella sentenza è enunciata una precisa interpretazione di quella norma: per alcuni meritevole di generosi apprezzamenti (nel senso che la Cassazione avrebbe «messo le cose a posto» nella diatriba tra fatto materiale e fatto giuridico, a tutto vantaggio del primo), per altri un semplice (e dunque non vincolante) *obiter dictum*, o, addirittura, una conferma che quello di cui occorre accertare la sussistenza o meno è l'inadempimento: ciò in quanto il fatto materiale considerato insussistente era, in quel caso, giusto l'inadempimento. Naturalmente non è questa la sede per una valutazione analitica della sentenza, il cui impatto è stato probabilmente enfatizzato dall'essersi trattato, appunto, della prima sentenza di legittimità. Si può solo osservare come le circostanze in relazione alle quali era stato intimato, in quel caso, il licenziamento, non consentivano di isolare e contrapporre con chiarezza i due modi di intendere la «insussistenza del fatto», materiale o giuridico: una conferma, forse, dei limiti intrinseci di quella contrapposizione e della necessità di prospettarne una sintesi più avanzata¹²⁹.

Sintesi che tuttavia non può ancora dirsi realizzata nelle prime interpretazioni della novella, visto che gli schieramenti contrapposti

¹²⁸ Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p. 25 ss. (con nota di R. DEL PUNTA, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*); in *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 875 se., con nota di A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto*, cit.; in *Foro it.*, 2014, I, c. 3422, con nota di M. DE LUCA, *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*; in *Giur. it.*, 2014, p. 2788 ss., con nota di L. FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del "fatto materiale"*.

¹²⁹ Una lettura attenta della sentenza consente infatti di chiarire che quello che nell'interpretazione (o, se si vuole, nell'*obiter dictum*) enunciata dalla Cassazione si doveva intendere come il fatto materiale, era configurato in realtà come un giudizio, e dunque una qualificazione del fatto, o dei fatti. Ed invero, quel che al direttore della filiale bancaria era stato contestato era non la condotta (fatto materiale) consistente nell'aver imposto ai propri sottoposti determinati comportamenti (fare la spesa per suo conto e timbrare il cartellino in sua vece), ma il carattere abituale di tali condotte "materiali". La banca non aveva licenziato il proprio dipendente per i singoli episodi, ma per il loro ripetersi nel tempo, e cioè per l'abitualità della condotta, e questo doveva ritenersi il "fatto" contestato. Da ciò, forse, le diverse letture date alla sentenza (e dunque lo scarso valore interpretativo della stessa), perché l'abitualità può essere intesa come somma di una pluralità di condotte, ma anche come una loro qualificazione giuridica o comunque valutazione, inevitabilmente legata al criterio della proporzionalità.

formatisi sul nuovo art. 18 sembrano mantenere, in buona sostanza, le rispettive posizioni. Da una parte, l'insistita tendenza, anche se con accenti diversi, a ricondurre tutto alle categorie precedenti, pur in presenza di una innegabile volontà innovativa del legislatore, ancorché non sempre chiara nelle sue espressioni. Dall'altra parte, come già accennato, la semplificazione e l'accentuazione del carattere eccezionale («al limite dell'impraticabile», come osservato dai suoi critici¹³⁰) di una tutela reintegratoria giustificata solo dall'insussistenza del presupposto minimo – la concreta condotta materiale – per la legittimità del licenziamento. E perciò fondata ancora soltanto sul "torto marcio" del datore di lavoro. Entrambe le posizioni manifestano criticità.

Quanto alla prima, essa giunge rapidamente a metabolizzare, più o meno annullandola, la nuova locuzione normativa, tanto con riguardo all'inserimento dell'aggettivo «materiale» caratterizzante il fatto, quanto, seppure con qualche problema in più, con riguardo all'eliminazione di ogni rilievo della proporzionalità. Il fatto (della cui sussistenza o meno si discute) resterebbe pur sempre giuridico, sì che l'operazione normativa di intarsio dell'aggettivo «materiale» dovrebbe essere intesa, si dice, come adozione di una nozione del tutto «atecnica» del fatto stesso¹³¹: conclusione che però rischia di essere inutilizzabile se non si chiarisce in che cosa consista questa atecnicità. Secondo altri, anche ad ammettere che il fatto debba essere inteso nella sua materialità, resta comunque fermo il principio di proporzionalità, la cui violazione, insieme a quella dei principi di buona fede e correttezza, determinerebbe una «nullità, assimilabile a quelle previste dall'art. 2»¹³²: tesi che però mi sembra

¹³⁰ L'espressione è di F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 85.

¹³¹ Cfr. A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 33, secondo il quale il fatto resta necessariamente giuridico «non tanto perché è produttivo di effetti giuridici, quanto perché produce effetti in quanto è giuridico» (ma questo mi sembra un brillante artificio retorico, posto che il diritto regola essenzialmente specifiche conseguenze dei fatti sulle relazioni umane e la giuridicità attiene appunto a quelle conseguenze, non al fatto in sé, che di per sé è neutro). Sta di fatto, tuttavia, che, come poco oltre si vedrà, l'a. citato prende in qualche modo atto della nuova formula di legge e sposta il piano di incidenza della "giuridicità" sulla contestazione e sul suo significato. Prende invece atto del mutamento di prospettiva V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 27 s., contro il quale però solleva numerosi sospetti di incostituzionalità per disparità di trattamento e per irragionevolezza (oltre a quello, già visto, della esiguità delle misure indennitarie e dei conseguenti squilibri, anche l'irragionevole appiattimento fra situazioni nelle quali c'è la colpevolezza del lavoratore e situazioni nelle quali essa manca). Decisamente più drastico R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari*, cit., p. 20, che imputa al legislatore di aver tentato, ancora una volta, «un improvvido bluff», calando «sul tavolo da gioco la carta del fatto materiale, che però vale poco», e che comunque critica pesantemente la nuova disciplina sotto il profilo della ragionevolezza e della costituzionalità.

¹³² E' la tesi di G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 369.

contrasti con l'impianto del decreto, che da un lato ha ben delimitato le cause di nullità, e dall'altro, soprattutto, ha espressamente regolato (emarginandolo) il principio di proporzionalità nell'art. 3 e non nell'art. 2 come possibile ragione di violazione di norma imperativa. C'è stato poi chi ha negato che il riferimento al fatto materiale possa intendersi come significativo dell'irrelevanza dell'elemento intenzionale, sì che la non valutabilità della sproporzione riguarderebbe «situazioni del tutto estranee al comportamento contestato», che peraltro non vengono individuate in modo chiaro¹³³. Infine, nel quadro di una ampia e densa ricostruzione della sequenza normativa recente, tenuto fermo che il fatto è comunque da identificare nell'inadempimento, si è precisato che «non è possibile arrestare il discorso a metà» dovendosi richiedere «che si tratti di un inadempimento almeno notevole», mentre l'aggettivo «materiale» determinerebbe l'effetto di far rientrare nel comma 1 dell'art. 3 (tutela solo indennitaria) «i casi in cui non sussiste la rimproverabilità subiettiva dell'inadempimento»¹³⁴. Ma anche questa è tesi che non convince, perché il carattere notevole dell'inadempimento, costitutivo della stessa definizione di giustificato motivo soggettivo, attiene al giudizio sulla legittimità o meno del licenziamento (inteso come sanzione per il lavoratore), mentre, se proiettato e utilizzato anche sul piano delle conseguenze (sanzionatorie in tutt'altro senso) a carico del datore di lavoro, esso è necessariamente legato ai parametri di adeguatezza e proporzionalità; dopodiché, riesce difficile coniugare la rilevanza del carattere notevole dell'inadempimento (che la locuzione «fatto materiale contestato» non ha modificato) con l'esclusione, nel testo dell'art. 3, comma 2 in oggetto, di ogni rilievo circa «la sproporzione del licenziamento». Quanto all'ambito di (a quel punto residua) applicazione della tutela indennitaria, la tesi in discussione, col ritenere applicabile detta tutela alle ipotesi nelle quali manchi il requisito soggettivo della

¹³³ E' la tesi di M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 755 s. L'esempio, appunto non chiarificatore, è quello di una reintegrazione concessa (e ora invece non più concedibile) «per benevolenza, solo per fatti estranei e spesso generici» (p. 756).

¹³⁴ Così L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit.; le espressioni riportate sono a p. 43 e 44. L'autore precisa preliminarmente che il giudice, nel valutare la questione circa il fatto materiale, non può rimettersi alla «autoqualificazione dell'atto di licenziamento» da parte del datore di lavoro: affermazione in sé corretta, ma che non può portare ad escludere che, in assenza di una diversa prospettazione avanzata dal lavoratore medesimo o emergente comunque dai fatti di causa, il giudizio debba riguardare giusto ciò che è oggetto di contestazione, cioè, in definitiva, di auto-qualificazione. Del resto, lo stesso autore carica la contestazione di un significato tutto particolare, nel momento in cui, ad esempio, ritiene che, in assenza di contestazione, «il fatto contestato neppure esiste» (*op. cit.*, p. 42).

«rimproverabilità», cioè in definitiva della colpevolezza, finisce per prospettare conclusioni piuttosto rigorose, non tanto dissimili da quelle, dalla stessa aspramente criticate, nelle quali il fatto materiale contestato sia del tutto insignificante (e non a caso se ne prospetta l'irrazionalità, senza che peraltro ciò possa tradursi in una precisa censura di costituzionalità della normativa).

Altre impostazioni, invece, prendendo atto della "stretta" normativa, hanno cercato di recuperare una qualche ragionevolezza complessiva su altri fronti. C'è chi ha ipotizzato, nel caso di licenziamento intimato in violazione del principio di proporzionalità, una ulteriore responsabilità risarcitoria del datore di lavoro in base all'art. 1218 c.c., per lesione del vincolo contrattuale che impone di licenziare solo per infrazioni meritevoli di tale sanzione; una responsabilità che andrebbe perciò a sommarsi con la condanna economica di cui all'art. 3, comma 1 del d. lgs. n. 23 del 2015, quest'ultima basata sulla norma speciale, la prima fondata su quella generale¹³⁵. La proposta è indubbiamente originale, ma urta con l'evidente carattere assorbente e onnicomprensivo della tutela indennitaria, che non sopporta condanne (e responsabilità) parallele.

Soprattutto, però, si è cercato di dare contenuti più sostanziosi, e tuttavia rispettosi del testo normativo, alla complessa nozione di «fatto materiale contestato». Che è poi, a ben guardare, l'approdo cui puntano anche le tesi che, partendo dalla opposta posizione di puntuale (e talora puntiglioso) ossequio alla lettera della legge, cercano poi di ammorbidire, con i soli strumenti ermeneutici, una interpretazione letterale appunto troppo rigida e in definitiva irragionevole. La prospettiva, che registra ormai ampi consensi, è quella¹³⁶ che attribuisce alla espressione normativa significati e valenze ulteriori rispetto alla nuda materialità, e tuttavia ritenuti compatibili con la nozione di fatto, e ora anche di fatto materiale, che sia «contestato».

Da un lato la nozione di fatto, e ora anche di fatto materiale, impone di accertare che esso sia riferibile al lavoratore, secondo un elementare rapporto di causalità, perché se il fatto materiale non è stato commesso dal lavoratore medesimo, esso, relativamente a quel lavoratore, è insussistente. Dall'altro lato, la circostanza che il fatto materiale debba essere «contestato» riporta la formula di legge al quadro normativo che le è proprio, e cioè a quello dell'esercizio del potere

¹³⁵ Così L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento*, cit., p. 119, il quale aggiunge che la proposta restituirebbe dignità alla contrattazione collettiva e alle sue tipizzazioni ormai non più rilevanti.

¹³⁶ Sulla quale già mi sono soffermato nella Parte I, par. n. 24, ove ampie citazioni, cui *adde* R. DEL PUNTA, *La riforma italiana*, cit., p. 37 s.

disciplinare, che ha le sue logiche, le sue finalità e i suoi strumenti consolidati; con la conseguenza che fatti e condotte irrilevanti – nel senso di estranee rispetto al potere e alla sua giustificazione nell'ambito del sistema – quand'anche sussistenti, non determinano di per sé l'esclusione della reintegrazione. E se ci fosse bisogno di una certa discrezionalità del giudice nel selezionare ed escludere quei fatti estranei o comunque irrilevanti per l'esercizio corretto del potere, non ci sarebbe da preoccuparsene, riguardando quell'accertamento il primo passo obbligato per l'inquadramento della fattispecie. In questa prospettiva, fra l'altro, forse si smetterà di ragionare ancora di improbabili licenziamenti per un mancato saluto, uno starnuto sgradito o fatti simili, mentre non è neppure pacifico – e sarà necessaria la discrezionalità del giudice a riguardo – che il ritardo di cinque minuti per un addetto ad una sala operatoria o alla torre di controllo di un aeroporto sia per definizione irrilevante: quand'anche, in ragione della nota valutazione "plurifattoriale" degli elementi di contesto, si giungesse a ritenere illegittimo il licenziamento, esso sarebbe fondato su un fatto materiale certo non irrilevante dal punto di vista disciplinare, donde la possibilità che la reintegrazione venga negata. E dunque, «fatto materiale contestato» è quello connotato da una soglia minima di anti-giuridicità, perché il datore di lavoro "oppone" al lavoratore un comportamento percepito ed evidenziato come contrario agli interessi dell'organizzazione, giuridicamente meritevoli di tutela e non certo frutto di capriccio¹³⁷.

La questione però si complica allorché l'allargamento della nozione di fatto materiale contestato porti ad inglobare l'ulteriore profilo – squisitamente soggettivo – della colpevolezza, come molti autori (e una giurisprudenza di gran lunga prevalente) danno per scontato. Ciò in quanto tornerebbe in gioco quell'inadempimento che l'ultima disciplina, sbilanciandosi verso il fatto materiale, sembra avere accantonato. Qui però occorre intendersi.

Quanto appena sottolineato circa la rilevanza della contestazione come atto con il quale, nell'esercizio del potere disciplinare, viene opposto al lavoratore un comportamento contrario ai suoi doveri e agli interessi

¹³⁷ Rinvio ancora alla Parte I, par. 24, ultima parte, dove anche la considerazione per cui la sottolineatura della contestazione del fatto non è messa in crisi allorché il datore di lavoro non abbia formulato alcuna contestazione, e magari non abbia neppure motivato il licenziamento. In questi casi, se il lavoratore non si limita a rilevare la violazione delle regole procedurali, ma chiede anche l'accertamento della ingiustificatezza, il fatto dovrà pur sempre emergere in giudizio nello stesso significato appena descritto; altrimenti (e ovviamente anche in caso di contumacia del datore di lavoro), l'applicazione della tutela reintegratoria per insussistenza del fatto sarà indiscutibile.

aziendali, va riferito all'inadempimento *in astratto*, e non a quello che in concreto, sulla base di tutte le circostanze del caso, può essere imputato al lavoratore. La colpevolezza, e poi il grado di essa, sono oggetto di un accertamento e di una valutazione che non mi pare possano riguardare ancora il fatto materiale, se non a prezzo di una evidente forzatura. Più che la distinzione fra una valutazione plurifattoriale (che può concernere solo il giudizio sulla legittimità o meno del licenziamento) e una valutazione monofattoriale (che concerne il profilo delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo¹³⁸), sembra essere decisivo, allora, il modo di intendere il profilo soggettivo. Ed è qui, forse, che la nuova formula normativa, con l'intarsio dell'aggettivo «materiale», può produrre qualche effetto concreto: in particolare, l'effetto di limitare la rilevanza del profilo soggettivo alla coscienza e consapevolezza della condotta in sé e per sé, e non anche della condotta come illecita¹³⁹. Si potrebbe replicare che la contestazione mossa dal datore di lavoro è diretta verso comportamenti mediante i quali il lavoratore consapevolmente e volutamente si pone in contrasto con i suoi doveri e con la disciplina aziendale, sì da giustificare quell'ulteriore allargamento della nozione di «fatto materiale contestato». Ma c'è un rilievo anche oggettivo del potere disciplinare, e comunque non va dimenticato che qui non si tratta di stabilire la legittimità o meno del licenziamento, ma la tipologia di conseguenza sanzionatoria da adottare a carico del datore di lavoro.

Se qualche incertezza può residuare a proposito della possibilità di allocare anche una parte soltanto dell'elemento soggettivo – e già è molto, in una formula normativa dove si parla di «fatto materiale» –, nessun dubbio mi pare possa essere sollevato circa l'esclusione del giudizio di proporzionalità, che è poi quello con il quale si conclude il giudizio sull'inadempimento *in concreto*: la formula circa l'estraneità della

¹³⁸ Cfr. F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 81

¹³⁹ In tale prospettiva, bene ha fatto Trib. Brescia 16 gennaio 2015 (citata da R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare*, cit. p. 280, nota 20) a ordinare la reintegrazione di un lavoratore che non aveva giustificato l'assenza perché incapace di intendere e di volere per via di una patologia psichica. Lo stesso autore appena citato, che pure si iscrive nel partito che non nega rilevanza al fatto materiale, allarga quella nozione nel senso di ritenere che il fatto «deve essere assistito da un sia pur minimo profilo di volontarietà e colpevolezza per poter integrare un inadempimento rilevante a fini disciplinari» (p. 280): quindi, non solo volontarietà, ma anche colpevolezza. *Contra*, come già visto, L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 44, che, dopo aver fermamente avvertito ogni ricostruzione del «fatto materiale» diverso dall'inadempimento notevole, riserva la tutela indennitaria anche alle ipotesi nelle quali il fatto stesso non era rimproverabile al lavoratore (magari per forza maggiore).

valutazione riguardo la sproporzione del licenziamento non ammette repliche sul piano interpretativo.

Estraneità, questa, completata con la mancata riproduzione della seconda fattispecie di licenziamento disciplinare con garanzia della reintegrazione come introdotta dalla modifica dell'art. 18 dello Statuto: quella della difformità rispetto alle tipizzazioni collettive, cioè di quella rete di sicurezza¹⁴⁰ nella quale la regola di proporzionalità è estesa dall'accertamento della illegittimità alla definizione delle sue conseguenze. L'abbandono di quella seconda ipotesi trova riscontri e spiegazioni anche in altre parti del complessivo disegno espresso nel cosiddetto *Jobs Act*, stante la tendenza, in quel disegno, a ridimensionare il ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva. Nell'ambito che qui ci occupa, qualche rammarico in più potrebbe essere tutt'altro che ingiustificato, almeno qualora si ritenga che la contrattazione collettiva possa adempiere al ruolo di stabilizzatore delle relazioni aziendali e costituire un parametro sensibile per la definizione degli illeciti disciplinari, delle condizioni e dei limiti della loro perseguibilità. Ma sul piano interpretativo non c'è storia. Naturalmente i codici disciplinari collettivi (sia quelli vecchi, generici e quasi sempre tralattivamente reiterati, sia quelli futuri, auspicabilmente più precisi) continueranno a costituire un parametro di riferimento per l'accertamento della legittimità o meno del licenziamento¹⁴¹; ma non potranno più essere direttamente utilizzabili al fine di stabilire le conseguenze del licenziamento illegittimo¹⁴².

L'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 del 2015 non si limita a qualificare come materiale il fatto della cui insussistenza si discute. Aggiunge anche che tale insussistenza deve essere «direttamente

¹⁴⁰ L'espressione è di F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 86.

¹⁴¹ Sia pure non in modo incontestabile, posto che il giudice è libero di disattenderli, ritenendo in concreto (un limite anche in astratto coinvolge il non facile problema della salvezza delle condizioni migliorative), che una certa infrazione, punita con una sanzione conservativa nel codice disciplinare, possa invece giustificare, appunto in concreto, il licenziamento: cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare*, cit. p. 281.

¹⁴² Un recupero a tutto campo, e vincolante, delle norme disciplinari collettive, e dei criteri di proporzionalità in esse contenute, è prospettato da V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 32 s., sulla base del principio di derogabilità *in melius* delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo e del conseguente «inadempimento di una pattuizione negoziale che limita il potere di risolvere il rapporto»; inadempimento che determinerebbe la nullità del licenziamento con esclusione del regime risarcitorio di cui all'art. 3 del d. lgs. n. 23 del 2015, sulla base però di una sorprendente estensione dell'art. 1418 c.c. al caso di violazione della norma collettiva (ma l'equiparazione della norma collettiva a quella di legge, isolatamente sostenuta a suo tempo in dottrina, è stata accantonata, operando solo sul piano degli atti dispositivi del lavoratore per espressa previsione di legge: art. 2113 c.c.).

dimostrata in giudizio»: una espressione il cui significato e il cui ambito di applicazione appaiono tutt'altro che chiari, perché se sembra evidente che al di fuori del giudizio quella espressione non sarebbe in alcun modo comprensibile¹⁴³, alquanto problematico resta l'intervento normativo anche in quello che sembra essere il suo oggetto, e cioè quello concernente la distribuzione degli oneri probatori.

Partendo dalla condivisibile, ed anzi scontata, considerazione che la diretta dimostrazione del fatto materiale non avrebbe senso imporla al datore di lavoro «essendo quest'ultimo portatore di un interesse opposto»¹⁴⁴, si è preso atto, da parte di taluni, che onerato della prova della insussistenza del fatto materiale debba essere per forza di cose il lavoratore, il quale, già penalizzato sul piano della tutela sostanziale, subirebbe questo ulteriore aggravio sul piano processuale, sì da rendere la reintegrazione al limite dell'impraticabile¹⁴⁵, con la conseguenza, secondo taluni, della implicita abrogazione dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966, che da quasi cinquant'anni addossa al datore di lavoro (in quanto titolare del potere, ancorché parte convenuta in giudizio) l'onere di provare la sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo e, con essa, dei fatti che vi vengono posti a fondamento. Ma una tale conseguenza viene da altri rifiutata, o perché una abrogazione di tal peso dovrebbe essere espressa¹⁴⁶, o perché si individua un diverso ambito di applicazione, rispettivamente, dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966 e dell'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 del 2015.

La prima opinione porta in realtà a sterilizzare l'espressione normativa, con la piena conferma del tradizionale riparto degli oneri probatori¹⁴⁷. La seconda si basa sulla ormai ben nota distinzione fra la

¹⁴³ Prova a darvi un senso al di fuori del processo (ma poi saggiamente vi rinuncia) A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 36, con l'ipotizzare una linea di continuità con l'insussistenza «manifesta» del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel comma 7 dell'art. 18 dello Statuto.

¹⁴⁴ Così A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 37

¹⁴⁵ Così, in sostanza, F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 87

¹⁴⁶ Afferma L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 58, che «un effetto così dirompente avrebbe dovuto essere previsto espressamente». Effetto che, invece, è sembrato normale alla Relazione illustrativa del decreto, nella quale si afferma che «Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato.. è in capo al lavoratore».

¹⁴⁷ In questo senso, A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., p. 38, anche al fine di evitare l'incostituzionalità della norma; L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo*, cit., p. 58; C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 105, il quale esclude che si possa dare un qualche significato alla parola «direttamente». Analogamente D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in *Il licenziamento*

fase di accertamento della legittimità del licenziamento, nella quale continuerebbe ad operare il principio tradizionale, e la fase relativa all'applicazione o meno della tutela reintegratoria, nella quale opererebbe il diverso criterio dell'art. 3, comma 2, con onere della prova addossato al lavoratore¹⁴⁸: una soluzione, peraltro, subito giudicata come altamente sospetta di incostituzionalità per violazione dell'art. 24 Cost.¹⁴⁹.

Non è facile suggerire una interpretazione equilibrata di una norma evidentemente poco meditata. Dal punto di vista letterale, l'espressione normativa potrebbe essere riferita alla situazione processuale oggettivamente considerata, senza sbilanciamenti circa il soggetto onerato: la reintegrazione è garantita allorché l'insussistenza del fatto materiale sia acquisita in giudizio, ovviamente secondo il tradizionale riparto degli oneri probatori. E a quel punto il carattere "diretto" della dimostrazione varrebbe unicamente ad escludere meccanismi probatori indiretti, di tipo presuntivo, ovviamente adattati alla prova dell'insussistenza di un fatto, cioè ad una prova negativa¹⁵⁰; ovvero varrebbe ad escludere che l'insufficienza del materiale probatorio (come nel caso in cui non sia affatto chiaro se è stato il lavoratore licenziato a rubare), certamente idonea a qualificare il licenziamento come ingiustificato, possa anche garantire al lavoratore la reintegrazione (spettante se è chiaro ed accertato che ha rubato un altro). Ma così, in una sorta di circolo vizioso, si ritorna alla prospettazione che addossa la prova al lavoratore, perché se gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro o comunque acquisiti al giudizio sono insufficienti (e dunque con applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.), è evidente che la prova decisiva dell'insussistenza del fatto non può provenire altro

all'indomani, cit., p. 212, il quale nota come la norma in oggetto «fa generico riferimento alla non ricorrenza degli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, senza menzionare il fatto materiale».

¹⁴⁸ M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., p. 396. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 328 s., dopo aver riportato l'interpretazione letterale e le sue conseguenze, si limita ad affermare che «L'effetto è per certi versi eccessivo».

¹⁴⁹ Cfr. L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, cit., p. 12 ss.; D. BORGHESI, *Aspetti processuali*, cit., p. 212. Analogamente R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari*, cit., p. 21.

¹⁵⁰ Prova certo difficile, ma non impossibile (cfr. D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, cit. p. 211), potendo rilevare o la prova positiva di un fatto incompatibile o l'operare di meccanismi presuntivi, come ritenuto dalla giurisprudenza (da ultimo, Cass. 5 febbraio 2015, n. 2137). La formula normativa potrebbe essere intesa, secondo M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., p. 397, per «escludere qualsiasi rapporto di pregiudizialità, rispetto al giudizio in cui è stata domandata la reintegrazione, di qualsiasi altro giudizio, anche penale».

che dal lavoratore, con il problema di costituzionalità, sopra segnalato, che difficilmente può essere eluso¹⁵¹.

5. Il licenziamento ingiustificato per ragioni oggettive.

La legge di delega n. 183 del 2014, nell'individuare la tipologia di licenziamenti la cui illegittimità non può in alcun caso dare diritto alla tutela reintegratoria, utilizza un'espressione – i "licenziamenti economici" – che costituisce una novità nel vocabolario legislativo¹⁵². Tanto che si poteva immaginare che il legislatore delegante intendesse prefigurare una rivisitazione della nozione tradizionale di giustificato motivo oggettivo, magari raccordandola e coordinandola con la nozione di licenziamento collettivo per riduzione di personale, la cui distanza rispetto alla prima si è paradossalmente accorciata proprio dopo la definizione normativa della seconda ad opera della legge n. 223 del 1991; una rivisitazione, e un coordinamento, con attenzione ai presupposti oltre che alle sanzioni, magari attraverso una rimodulazione dei primi sulla lunghezza d'onda delle seconde. Con la conseguenza che del decreto delegato si potrebbe denunciare la difformità rispetto alla legge di delega non, com'è usuale che sia, per eccesso, ma, curiosamente, per difetto (anche se da una tale difformità non derivano specifiche conseguenze): in altre parole, per non aver colto quel possibile spazio definitorio (tarato sulle sanzioni, ma indirettamente incidente sui presupposti) di una nozione di uso comune – il licenziamento per ragioni economiche – sospesa fra il profilo teleologico e quello strumentale, la cui valenza e la cui ampiezza sono state frequentemente oggetto di discussione.

In effetti, l'espressione "licenziamento economico" (adottata, ad esempio, nella recente legislazione spagnola), si presta a diverse accezioni. Una onnicomprensiva, tale da includere qualunque scelta di carattere generale sulle dimensioni e sugli indirizzi dell'attività aziendale, ivi comprese quelle più specificatamente concernenti l'organizzazione della forza lavoro, e dunque anche le – come dire – compatibilità e possibilità personali del lavoratore rispetto all'organizzazione. Un'altra più mirata e specifica, perché determinata dalla soppressione del posto (e non da meccanismi sostitutivi) e magari solo in una situazione di

¹⁵¹ Cfr. ancora L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, cit., p. 13, nonché D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, cit. p. 212, a proposito del principio della riferibilità o vicinanza dei mezzi di prova quale requisito per la costituzionalità.

¹⁵² Dalla genericità dell'espressione A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 44 desume l'incostituzionalità della legge di delega e comunque il dubbio che il Governo fosse legittimato ad intervenire in materia di licenziamenti collettivi.

sofferenza economica, come non di rado sostenuto, anche recentemente, dalla giurisprudenza di legittimità.

A ben guardare, però, la formula della legge di delega più che tipizzare nuove fattispecie o anche solo proporre nuove angolature delle tradizionali fattispecie, per le quali sarebbe decisamente servita qualche indicazione più precisa di carattere sostanziale, sembra assolvere ad una funzione essenzialmente riassuntiva, di accorpamento delle ipotesi alle quali applicare esclusivamente la tutela indennitaria tutte le volte in cui il licenziamento, per quanto illegittimo, sia legato ad una esigenza *lato sensu* economica, cioè di assetto della struttura produttiva, tanto nel senso delle scelte dimensionali, quanto nel senso delle scelte organizzative e gestionali (e dunque con attenzione anche al fattore personale): in una prospettiva, quindi, tendenzialmente ampia. Operazione riassuntiva, questa, che tuttavia comporta una qualche selezione, a seconda delle diverse modalità nelle quali quelle esigenze e scelte si manifestano e vengono adottate dal datore di lavoro.

Una tale selezione non pare possa portare ad escludere i licenziamenti collettivi, trattandosi, in fondo, dei licenziamenti economici per eccellenza¹⁵³.

Si può senz'altro convenire con chi ha messo l'accento sul carattere frettoloso dell'intervento in materia, inserito quasi di soppiatto nel decreto delegato a fronte di una legge delega che non ne faceva espressa menzione¹⁵⁴. Ma prima di trarre conclusioni, che sarebbero anch'esse affrettate, in ordine al possibile eccesso di delega, occorre ritornare sulla espressione della delega stessa, su quella formula riassuntiva dei "licenziamenti economici" che sembra davvero difficile possa escludere una tipologia di licenziamenti – quelli collettivi per riduzione di personale – che da sempre ha costituito la massima espressione, appunto, della libertà economica¹⁵⁵.

Escluso che i licenziamenti collettivi siano estranei alla legge di delega in quanto "acausali" e "procedurali", essendone viceversa ben

¹⁵³ La questione è di pertinenza del Capitolo relativo ai licenziamenti collettivi, al quale si rinvia. In questa sede saranno sufficienti alcune brevi osservazioni.

¹⁵⁴ Così G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *I licenziamenti nel contratto a tutela crescenti*, cit., p. 97 s. Ritiene del tutto generico il riferimento della legge delega, A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 44 s.

¹⁵⁵ Sulla appartenenza dei licenziamenti collettivi a quelli "economici" non ci sono, in realtà, obiezioni (cfr. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., p. 17; E. MASSI, *I licenziamenti collettivi nel decreto sul contratto a tutela crescenti*, in www.dplmodena.it, 2015; L. SCARANO, *L'apparato sanzionatorio per i licenziamenti collettivi illegittimi*, cit., p. 157); le obiezioni riguardano l'opportunità di una disciplina comune a quella dei licenziamenti individuali per ragioni oggettive.

chiari i presupposti sostanziali ed essendo il controllo procedurale spesso inteso come sostitutivo del controllo sul merito ma irrilevante ai fini della loro qualificazione, l'eccesso di delega non potrebbe fondarsi neppure sul riferimento al licenziamento senza aggettivazioni, che sarebbe usualmente da intendersi come riferimento a quello individuale: affermazione che sembra invero assai simile ad una petizione di principio; senza contare che la riduzione di personale, in quanto tale, assomiglia più che altro ad un progetto, mentre è solo con la sua "individualizzazione" che entra in gioco il licenziamento vero e proprio. Né, ancora, l'eccesso di delega potrebbe basarsi sul fatto che i licenziamenti collettivi sono provvisti di una autonoma disciplina, come pure si è sostenuto¹⁵⁶, perché ciò può certamente testimoniare la frettezza del recente legislatore, ma non impedirgli di rielaborare, per certi aspetti e come già avvenuto per altri profili, una disciplina uniforme. Tanto meno, infine, l'eccesso di delega potrebbe sostenersi sulla base della considerazione, quasi provocatoria, che tutti i licenziamenti, individuali o collettivi, hanno un "generico fondamento economico"¹⁵⁷, anche quelli disciplinari, dato che altro è ragionare della opportunità che un certo posto di lavoro (o una pluralità di posti) sia da eliminare o meno, altro è ragionare circa la scelta di escludere da quel posto un certo lavoratore considerato "antieconomico" in conseguenza di suoi comportamenti inadempienti o comunque non collaborativi.

E' sul terreno delle "ragioni" economiche, dunque, e non dell'ampiezza quantitativa delle scelte di riduzione, che il legislatore delegante intendeva uniformare. D'altronde, non è da oggi che la reale differenza fra giustificato motivo oggettivo nel licenziamento individuale e licenziamento collettivo per riduzione di personale viene ricondotta, in definitiva, all'indice numerico: il licenziamento individuale nel confronto con gli interessi del singolo, quello collettivo nel confronto con gli interessi del gruppo, stante il maggior allarme sociale che il secondo è in grado di suscitare; ma l'uno e l'altro legati ad una scelta economico-

¹⁵⁶ Cfr. M. DE LUCA, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit. p. 28; G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi*, cit. p. 102 ss., peraltro sulla base di una generale ricostruzione di un assetto normativo organico, quale quello introdotto dalla legge n. 223 del 1991 e sostanzialmente sopravvissuto, secondo l'a, alla legge n. 92 del 2012. In una prospettiva opposta, secondo A. TOPO, *Licenziamento collettivo, sistema sanzionatorio e ruolo delle organizzazioni sindacali*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti*, cit., 191, ad escludere l'eccesso di delega non sarebbe l'inerenza dei licenziamenti collettivi alla tipologia (ritenuta dall'a. assai ambigua) di "licenziamenti economici", ma la circostanza che il legislatore ha comunque delimitato l'area residua della reintegrazione, area nella quale non rientrano le ipotesi cui la legge n. 223 del 1991 collegava quella sanzione.

¹⁵⁷ Ancora G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi*, cit. p. 99

riorganizzativa, ed è su questa omogeneità che può spiegarsi l'opzione normativa, visto che – si ribadisce – anche al licenziamento collettivo si adatta la nozione di licenziamento economico, costituendone addirittura (e per la verità da sempre) l'emblema e la manifestazione più significativa.

Altro discorso, invece, è quello che concerne la ragionevolezza dell'opzione normativa, così come emerge in modo inequivocabile dall'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, di equiparare, per di più al ribasso, licenziamento individuale e licenziamenti collettivi ai fini del sistema sanzionatorio, con la categorica esclusione della sanzione reintegratoria, qualunque sia il tipo di vizio da cui il licenziamento collettivo sia affetto, e con l'attribuzione, in ogni caso, di una indennità decisamente modesta. In realtà, l'indebolimento del sistema sanzionatorio era già stato avviato con la legge n. 92 del 2012, che solo apparentemente seguiva la linea giurisprudenziale volta a svuotare, ed anzi ad escludere la stessa giustiziabilità in ordine ai presupposti sostanziali, lasciati al solo confronto sindacale. Ciò in quanto la compensazione che la giurisprudenza aveva escogitato mediante il forte irrigidimento (altrimenti poco comprensibile) delle regole procedurali, si basava anche e soprattutto sulla previsione dell'inefficacia – quella vera – per la loro violazione, con applicazione dell'art. 18 dello Statuto; mentre la legge n. 92 del 2012 ha pesantemente svalutato anche il vizio procedurale, con il suo portato di chiarezza e trasparenza, visto che la risoluzione del rapporto non poteva, e non può più, essere evitata. Con qualche problema anche nei confronti del diritto comunitario, che alla procedura sindacale e alla sua osservanza assegna una funzione trainante, pur non aggiungendo nulla circa le possibili conseguenze sanzionatorie del suo mancato rispetto¹⁵⁸.

Quanto ai licenziamenti « economici » individuali per giustificato motivo oggettivo, ferma restando la definizione di cui all'art. 3, seconda parte, della legge n. 604 del 1966, è noto come ad essa, e segnatamente al « regolare funzionamento » dell'organizzazione, siano state ricondotte, pur senza che vi sia soppressione del posto di lavoro, specifiche situazioni del lavoratore, di impossibilità o grave difficoltà a garantire il regolare adempimento della prestazione di lavoro: situazioni da considerarsi in un certo senso interne al singolo rapporto (pur non avendo a che fare con l'inadempimento) ma "esterne" rispetto agli oggettivi strumenti di gestione. Non sono mancate le obiezioni, ma il non sempre facile

¹⁵⁸ Un riepilogo aggiornato di questi problemi in L. SCARANO, *L'apparato sanzionatorio per i licenziamenti collettivi*, cit., p. 162 ss. (ove anche la tesi, a mio parere meritevole quanto meno di seria considerazione, dell'applicazione della tutela ripristinatoria in caso di "insussistenza" della stessa fattispecie).

raccordo con il diritto comune dei contratti (si pensi proprio all'impossibilità) e la più rassicurante presenza di una disciplina speciale, hanno finito per convogliare all'interno di quest'ultima, cioè del giustificato motivo oggettivo (*sub specie* di intoppo al regolare funzionamento dell'organizzazione), anche talune di quelle fattispecie diverse, oltre tutto con il guadagno netto, per il lavoratore impossibilitato o comunque in difficoltà a prestare normalmente lavoro, del preavviso e della verifica circa la sua ricollocabilità all'interno dell'azienda (come era emerso chiaramente dalla vicenda della sopravvenuta inidoneità fisica ancor prima che intervenisse la legge n. 68 del 1999 a convalidare l'interpretazione aperta che era stata proposta dalla giurisprudenza¹⁵⁹).

La legge di delega poteva costituire l'occasione per una riconsiderazione della materia, magari solo in funzione confermativa del precedente assetto. Così non è stato, e l'interprete si trova di fronte ad una indicazione della delega apparentemente generica («licenziamenti economici») e ad un decreto delegato che la ignora.

Quest'ultimo, infatti, abbandona *sic et simpliciter* la formula riassuntiva della legge di delega e riprende la tradizionale espressione di giustificato motivo oggettivo (art. 3, non più smembrato in due apparenti sottotipi) e, separatamente, di licenziamento collettivo (art. 10). Si occupa espressamente di una sola delle ipotesi tradizionalmente qualificate come di giustificato motivo oggettivo e tuttavia declinate in modo "personale" – quella del licenziamento (illegittimamente) determinato da sopravvenuta inidoneità, *rectius* ora, disabilità fisica o psichica, «anche ai sensi degli articoli 4, comma 4 e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68» – ma, diversamente da quanto risultava nella versione del decreto legislativo approvata il 24 dicembre 2014, nella versione definitiva riposiziona questa ipotesi e la promuove nell'ambito della tutela reale piena, come già visto¹⁶⁰. Nessun cenno, invece, a differenza che nell'art. 18, al licenziamento illegittimo per mancato superamento del periodo di comporta per malattia o infortunio; nessun cenno, come del resto nell'art. 18, al licenziamento per scarso rendimento.

Una cosa è certa: è destinata a finire, sia pure per i soli nuovi assunti, quella problematica frattura interna alla nozione di giustificato motivo oggettivo che nel recente e ancora attuale testo dell'art. 18 ha l'obbiettivo (ma forse solo la presunzione) di separare le ipotesi di cosiddetta ingiustificatezza semplice da quelle di ingiustificatezza

¹⁵⁹ Per tutte, Cass. Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755

¹⁶⁰ Cfr. *supra*, par. 3

“qualificata”. La scelta di eliminare le seconde, rompendo il parallelismo con il giustificato motivo soggettivo, è scelta fin che si vuole criticabile sul piano della politica legislativa (rappresentando il punto più evidente di emersione della politica nuova), ma non particolarmente censurabile sul piano interpretativo, stante l'estrema difficoltà di ragionare in termini di fatto, e di insussistenza (per di più “manifesta”) dei fatti posti a base di questa tipologia di licenziamento, visto che nel caso del licenziamento “economico” si discute assai raramente di fatti, ma quasi sempre di scelte, di valutazioni, di prognosi circa la futura utilizzabilità dei rapporti di lavoro, pur sempre protette dalla libertà economica¹⁶¹.

Restano invece alcuni problemi di perimetrazione del vecchio concetto di giustificato motivo oggettivo, tenendo conto dell'indicazione della legge di delega circa i licenziamenti economici.

Problemi nuovi, e particolarmente delicati, sorgono a proposito del licenziamento illegittimo per l'ipotesi di mancato superamento del periodo di comporto per malattia o infortunio sul lavoro, e dunque intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. Mentre l'attuale versione dell'art. 18 (per i vecchi assunti) lo menziona espressamente per riservargli la tutela reintegratoria debole, il nuovo decreto delegato tace, e questo è forse il “non detto” più problematico e quasi imbarazzante del nuovo testo. In questa materia, infatti, si ritiene comunemente che vengano in considerazione interessi del lavoratore muniti di tutela costituzionale, come il diritto alla salute (art. 32 Cost.), di rango certo non inferiore a quello alla libera iniziativa economica; anche se, a ben guardare, quel diritto non viene in questione direttamente, ma solo in modo indiretto, nella misura in cui l'assenza di salute può determinare conseguenze pregiudizievoli su uno specifico rapporto contrattuale, e peraltro solo entro certi limiti e a certe condizioni (appunto, il superamento del comporto).

Il supporto costituzionale (pur non granitico, come appena osservato) porterebbe ad avvalorare la configurazione del licenziamento intimato per malattia prima del superamento del periodo di comporto come nullo per violazione di norma imperativa, a quel punto però munito, in base all'art. 2, comma 1, di una sanzione (la tutela reintegratoria piena) più incisiva di quella prevista nell'attuale art. 18 (la tutela

¹⁶¹ *Contra*, curiosamente, A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 34, per il quale le varie causali che stanno alla base di un licenziamento per ragioni oggettive «si presterebbero maggiormente ad una valutazione meramente fenomenologica/materiale del fatto»; dico curiosamente vista la rigidità con cui l'a. difende la non riconducibilità al fatto della mera situazione “materiale” nell'ambito del licenziamento per ragioni soggettive.

reintegratoria debole)¹⁶². Un siffatto esito interpretativo, non reso esplicito (a differenza di quanto stabilito, come si è appena visto, a proposito del licenziamento per disabilità sopravvenuta) ma a mio parere pressoché obbligato se si ragiona unicamente in termini di nullità, e se a tale nullità si riconduce sempre e comunque la tutela reintegratoria, lascia non poche perplessità e induce a riflettere ulteriormente.

Lo scenario potrebbe essere diverso ove il silenzio su questa ipotesi di licenziamento illegittimo (che *nell'iter* del decreto sarebbe stata, in un primo tempo, presente accanto a quella del licenziamento per inidoneità e poi espunta) fosse riconducibile alla sua qualificazione di licenziamento provvisoriamente inefficace e non nullo, come sostiene Pietro Ichino nella sua "storia segreta" della bozza di decreto, così da giustificare la tutela solo indennitaria. Ma anche in questa prospettiva¹⁶³ le perplessità non mancano e semmai appaiono più rilevanti.

Ed infatti, per quanto la definizione delle conseguenze sanzionatorie di un licenziamento intimato prima che sia decorso il periodo di comporto non sia sempre stata, in passato, lineare e convincente¹⁶⁴, si dovrebbe convenire sul fatto che la configurazione di una inefficacia meramente provvisoria del licenziamento (con differimento dei suoi effetti alla maturazione del comporto) la si dovrebbe riservare con sufficiente certezza alle ipotesi di licenziamento fondato su ragioni diverse dalla malattia e tuttavia intimato durante la stessa. Nelle altre ipotesi (di licenziamento intimato giusto per malattia, ma prima della maturazione del periodo di comporto) quella configurazione era legata al sistema del codice civile, nel quale l'art. 2110 c.c. costituiva nient'altro che un temperamento, appunto provvisorio, della libertà di recesso ex art. 2118 c.c., a tutela del prestatore di lavoro che, a causa della malattia e della conseguente impossibilità, si fosse trovato in una particolare situazione di difficoltà sul piano contrattuale. Ma quella configurazione non poteva reggere dopo l'introduzione del principio di giustificazione del licenziamento, perché l'incidenza sul solo piano temporale degli effetti (intesi appunto come provvisori) di quel tipo di licenziamento è stata superata dalla previsione di presupposti sostanziali di legittimità del

¹⁶² Sempreché, ovviamente, si ritenga di applicare la tutela reale ad ogni ipotesi di contrasto con norma imperativa, anche a prescindere dall'espresso richiamo della nullità (cfr. *supra*, par. 3).

¹⁶³ Condivisa ora anche da M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione*, cit., p. 395.

¹⁶⁴ Sul punto, da ultimo e in generale, le efficaci considerazioni di R. VOZA, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 248/2015*, p. 9 ss.

licenziamento stesso, presupposti da verificare al momento della sua intimazione¹⁶⁵. Tanto che solo a prezzo di una contraddizione la conferma dell'originario orientamento ha potuto accompagnarsi alla condivisibile considerazione del superamento del periodo di comportamento come autonoma, e al contempo automatica (salvo comunque il preavviso) causa di giustificazione del licenziamento. Più coerente, come generalmente sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶⁶, era la configurazione di una nullità (di diritto comune) per violazione della norma imperativa dell'art. 2110 c.c., anche se spesso una tale qualificazione del vizio è stata adottata al solo fine di ammettere in concreto la rinnovazione del licenziamento (appunto nullo), così da ridurre non di poco l'impatto concreto del principio. In questo quadro non privo di incertezze, la legge n. 92 del 2012 ha qualificato questa fattispecie come di «violazione» dell'art. 2110 c.c., disponendo peraltro l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata, in una prospettiva, non criticabile (stante la riserva dell'art. 1418 c.c.), di annullabilità.

Ora, l'omissione, nel decreto delegato in commento, di ogni riferimento alla fattispecie qui in considerazione, non è di facile lettura. La si può interpretare come chiaro indizio della volontà legislativa di escludere la tutela reintegratoria prima garantita, secondo il consolidato criterio ermeneutico che, mettendo in successione i due testi normativi, assegna al silenzio del secondo il chiaro intento di escludere ciò che era espressamente regolato dal primo; con la conseguenza di ricondurre il caso alla ingiustificatezza semplice, munita di tutela solo indennitaria, ancorché "forte". Ma si è anche pensato di ricondurre il superamento del comportamento alla inidoneità fisica o psichica¹⁶⁷, cui appunto la malattia

¹⁶⁵ Si pensi al caso del lavoratore licenziato per superamento dell'età pensionabile prima del compimento della stessa, cioè con un preavviso la cui scadenza coincida con il detto compimento.

¹⁶⁶ Da ultimo, Cass. 18 novembre 2014, n. 24525. E' questione, peraltro, che si è posta in sostanza solo nell'ambito di applicazione della legge n. 604 del 1966, perché, nell'ambito di applicazione dello Statuto, la tutela del vecchio art. 18 era idonea in concreto a coprire questa fattispecie, mentre l'attuale versione dell'art. 18 risolve, come detto, espressamente il problema (cfr. le precisazioni di M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 335).

¹⁶⁷ Così M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 16 (peraltro, questo a., nel testo poi pubblicato in *Argomenti dir. lav.*, cit., p. 334 ha modificato la propria opinione, escludendo l'assimilabilità al caso della inidoneità); analogamente, E. BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 132; D. GAROFALO, *Il giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 144. *Contra*, M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato*, cit., 20, il quale tuttavia non indica quale sia ora la sanzione nel caso di licenziamento intimato illegittimamente per scadenza del periodo di comportamento. Sulla questione cfr. anche A. RICCARDI, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità*, cit., p. 112 ss. (che però non prende posizione in proposito)

sarebbe assimilabile, venendosi così ad assicurare la tutela reintegratoria. E ciò tanto più ora che il testo definitivo del decreto ha sostituito alla inidoneità la disabilità, alla quale la malattia medesima appare maggiormente assimilabile.

La proposta è suggestiva, e consentirebbe di recuperare la salvaguardia (seppure indiretta) dei principi costituzionali in tema di tutela della salute, ma appare forzata, visto il significato circoscritto che da sempre si è assegnato all'inidoneità – ma il discorso non mi pare sia così diverso se riferito alla disabilità – proprio al fine di distinguerla, in ragione della sua definitività sia pure relativa, dallo stato di malattia, caratterizzato invece (secondo la costante giurisprudenza) dalla temporaneità, e di ritagliare autonomi e diversi profili di tutela alle due situazioni di debolezza del prestatore di lavoro¹⁶⁸. Né a conclusioni diverse mi sembra si possa pervenire in base al carattere esemplificativo ricavabile dall'espressione "anche" contenuta nell'art. 2, comma 4 del decreto in commento¹⁶⁹, visto che l'esemplificazione ha riguardo al caso di soggetti non assunti come disabili (cioè non solo, come afferma la norma, ai sensi degli articoli 4, comma 4 e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999), ma pur sempre con riferimento ad uno stato di inidoneità o disabilità, e non a situazioni diverse, come la malattia¹⁷⁰. Oltre tutto, l'interpretazione criticata finirebbe per riprodurre il problema dell'eccesso dalla delega, nei termini sopra indicati. E proprio il riposizionamento nella tutela reale addirittura piena del (solo) licenziamento per disabilità, non fa che sottolineare la divaricazione delle due fattispecie, troppo evidente essendo ora l'intenzione di escludere tanto la medesima previsione per il licenziamento per malattia, quanto la sua assimilazione a quello per disabilità; aprendosi semmai, un problema di disparità di trattamento,

¹⁶⁸ Esclude la riconducibilità, ai fini di cui si discute, della malattia alla disabilità, L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutela crescenti*, cit., p. 111. Va anche tenuto conto che anche di recente il legislatore ha mostrato di voler escludere lo scudo della nullità per il recesso intimato prima della scadenza del contratto, a differenza di quanto dispone per il licenziamento interferente con la maternità o paternità: si è infatti esclusa la sospensione degli effetti del recesso intimato in esito alla procedura disciplinare o in esito a quella di preventiva conciliazione per il caso di licenziamento per ragioni oggettive, solo nel secondo caso e non nel primo: art. 1, comma 40 della legge n. 92 del 2012, come acutamente sottolineato da R. VOZA, *Licenziamento e malattia*, cit. p. 10.

¹⁶⁹ Così M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 753, per il quale "la mancata previsione di un esempio è irrilevante e dunque deve ritenersi compreso anche il licenziamento con violazione dell'art. 2110 c.c. anche se non più citato espressamente come esempio".

¹⁷⁰ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Argomenti dir. lav.*, 2012, p. 754; aderisce R. VOZA, *Licenziamento e malattia*, cit. p. 12.

della cui irragionevolezza, peraltro, occorrerebbe dare adeguata dimostrazione.

Se l'assimilazione alla disabilità resta alquanto problematica, non minori difficoltà incontra la proposta interpretativa di applicazione (analogica?) dell'art. 18 come oggi vigente¹⁷¹, essendo del tutto inequivocabile la volontà del legislatore di sostituire integralmente e senza residui, per i nuovi assunti (e assimilati), la disciplina della norma statutaria con quella nuova.

Una volta scartata, per le ragioni dette, l'applicazione estensiva dell'art. 2, comma 4 (oltre che del comma 1, ove si dia rilievo alla mancanza di una espressa previsione di nullità), restano due vie d'uscita. La prima è quella della nullità di diritto comune, derivante dalla violazione, *sic et simpliciter*, di norma imperativa (cioè dell'art. 2110 c.c.)¹⁷². La seconda è quella di considerare il licenziamento illegittimo per mancato superamento del comportamento come un licenziamento di per sé ingiustificato, e dunque sanzionato solo con l'indennità¹⁷³. Entrambe le soluzioni mostrano qualche crepa.

Quanto alla prima – quella della nullità di diritto comune – resta la perplessità sistematica già segnalata, data dalla sua utilizzazione come via di fuga capace di alterare lo schema generale (e tendenzialmente inclusivo) adottato dalla nuova disciplina con riguardo alla qualità, generalmente economica, della tutela. Quanto alla seconda, per un verso non ne difetterebbe un fondamento testuale nello stesso art. 2110 c.c., che può essere letto come previsione di un presupposto per l'esercizio del potere di recesso, cioè in sostanza come una sua giustificazione tipizzata, autonoma ed automatica, perché la somma delle assenze, se dimostrata in eccedenza del comportamento, è in grado di sostenere da sola il licenziamento. Per altro verso, però, la sua riconduzione all'area della giustificatazza ne imporrebbe l'assoggettamento, ad esempio, anche dell'onere di dimostrare la non ricollocabilità del lavoratore, che sarebbe evidentemente in contrasto con la causalità estintiva tipizzata (cioè l'impossibilità sopravvenuta oltre il limite di garanzia). A meno che non sia possibile ricostruire, nel rinnovato microsistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo, una sorta di tipizzazione generale di ingiustificatazza, i cui confini vanno al di là del perimetro disegnato dall'art. 3 della legge n. 606 del 1966), e che tuttavia sia ad essa in

¹⁷¹ E' quanto suggerisce, sia pure come mera ipotesi, R. VOZA, *Licenziamento e malattia*, cit., p. 13.

¹⁷² Così L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore*, cit., p. 112

¹⁷³ Cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., p. 71; G. MIMMO, *Appunti su schema di decreto legislativo*, cit., p. 10 s.

qualche modo assimilabili. Non, ovviamente, al caso di giustificato motivo soggettivo (trattandosi qui di impossibilità e non di inadempimento), ma a quello oggettivo, nella sua declinazione di disfunzioni organizzative e dunque della rilevanza della condizione personale del lavoratore (qui di soggetto malato, anche se per un complessivo periodo non superiore al comporto). Un licenziamento non economico riceverebbe così il trattamento di quello economico. Ma la questione resta aperta.

Proprio queste considerazioni inducono a considerare, sia pure rapidamente, il *revirement* posto in essere, proprio in tema di tutela dello stato di malattia, da una recente e ben nota sentenza della Corte di Cassazione¹⁷⁴, con la sostanziale riproposizione dell'eccessiva morbilità come causa di giustificazione del licenziamento. Ciò anche perché quel cambio di indirizzo, forse meno netto di quanto non sia apparso nei primi commenti, si lega in realtà ad un altro profilo di giustificazione del licenziamento che appartiene al "non detto" del decreto in commento, come del resto anche della legge n. 92 del 2012, cioè allo scarso rendimento. Ove si tornasse a ritenere – come ritiene quella sentenza – che le assenze del lavoratore per malattia possono venire in rilievo, oltre che in sé e per sé ai sensi dell'art. 2110 c.c. in caso di superamento del periodo di comporto, anche «sotto un diverso profilo», che è slegato da quest'ultimo e legato invece alla verifica di una «prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile» e «inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale», la tutela della malattia perderebbe di rilievo, sopravanzata, per quel diverso profilo, dalla tutela delle esigenze organizzative; e ciò secondo un crinale non facilmente delimitabile *a priori*, non essendo dato al lavoratore di sapere, almeno in linea di massima, quando la malattia, *rectius*, i singoli episodi morbosi trovino copertura nella norma del codice e quando invece debbano fare i conti con l'art. 3 della legge n. 604 del 1966.

Oltre tutto, quel diverso profilo può essere delineato con tratti diversi: l'incidenza delle ripetute assenze sull'organizzazione aziendale in termini di difficoltà di sostituzione e di generale affidabilità futura della prestazione di lavoro, in una prospettiva di gestione generale e di organizzazione dell'attività produttiva (incidenza sulla quale si era concentrata la più risalente giurisprudenza sulla eccessiva morbilità); ovvero il riflesso sulla singola prestazione lavorativa in quanto tale, con

¹⁷⁴ Cass., 4 settembre 2014, n. 18678, in *RIDL*, 2014, II, p. 969, con nota critica di R. LAMA, *Trent'anni dopo le Sezioni Unite: la Cassazione riesuma l'eccessiva morbilità come giustificato motivo di licenziamento*; in *Lav. giur.*, 2015, p. 40, con nota, anch'essa critica, di E. GRAGNOLI, *Il licenziamento per scarso rendimento e il giustificato motivo oggettivo*. Dissente anche R. VOZA, *Licenziamento e malattia*, cit., p. 9.

conseguente insufficienza dell'utilità della stessa, nella prospettiva individuale di uno scarso rendimento in senso proprio. Sebbene nella sentenza della Cassazione non manchino riferimenti ad entrambe queste prospettive (vi si dà atto che in concreto era stata dedotta anche la difficoltà di sostituzione all'ultimo momento), sembra che maggior rilievo sistematico venga riservato al profilo, a suo tempo non considerato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, dello scarso rendimento, magari proprio per ammorbidire il cambio di indirizzo¹⁷⁵. Ma, al di là della soluzione preferibile sul piano sostanziale, il punto d'arrivo, sul piano sanzionatorio, è pur sempre la tutela indennitaria.

Punto d'arrivo, questo, che non sembra evitabile allorché il licenziamento, a prescindere dalla malattia, sia stato intimato e motivato espressamente per scarso rendimento. E' ben noto, con riguardo a questa fattispecie giustificativa, come si sia ampiamente discusso circa la sua qualificazione come licenziamento disciplinare ovvero per giustificato motivo oggettivo, con tutto ciò che consegue sia sotto il profilo delle regole procedurali da seguire (procedura disciplinare *ex art. 7* dello Statuto o procedura preventiva di conciliazione *ex art. 7*, legge n. 604 del 1966), sia sotto il profilo delle sanzioni per la sua eventuale illegittimità, senza che peraltro sia da escludere aprioristicamente la possibilità che il datore di lavoro segua contemporaneamente entrambe le strade. Comunemente si ritiene che la prima strada, quella soggettiva, sia più impervia per il datore di lavoro, non essendo facile dimostrare la violazione del dovere di diligenza, specie là dove lo scarso rendimento derivi da una obiettiva incapacità del lavoratore di lavorare con un "ritmo" normale e non, come si suol dire, da cattiva volontà. La strada oggettiva, peraltro, non è priva anch'essa di difficoltà (anche a prescindere dalla configurazione del giustificato motivo oggettivo come necessariamente legato alla soppressione del posto) perché lo scarso rendimento deve essere dimostrato assumendo parametri di produttività sufficientemente precisi di oggetto e di tempo (e non sempre, in relazione alla natura della

¹⁷⁵ Anche se non si può escludere che la disapplicazione, nel caso di specie, dell'art. 2110 c.c. (con conseguente legittimità di un licenziamento per malattia prima del superamento del compito) fosse dettata anche e forse soprattutto dalle modalità delle assenze, quasi sempre comunicate all'ultimo momento e in grandissima maggioranza agganciate a giornate festive, e dunque in una prospettiva (non detta, ma avente forse un suo peso, come dire, psicologico nella decisione) di esecuzione non corretta e leale del rapporto di lavoro; con il che si riattiverebbe il canale delle ragioni soggettive e disciplinari dello scarso rendimento (sempreché, ovviamente, oggetto di contestazione). Ma D. GAROFALO, *// giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 145 ipotizza, forse non a torto, che la Cassazione avrebbe scientemente evitato di optare per una qualificazione del licenziamento in termini di ragioni oggettive o, all'opposto, soggettive.

prestazione, ciò è possibile) e soprattutto parametri precisi di comparazione con l'attività di lavoratori svolgenti le stesse o simili mansioni. Ma, a ben guardare, quest'ultima prova, là dove praticabile, si rivela assai utile anche nella prospettiva soggettiva; ciò nel senso che la colpa del lavoratore, almeno nei casi di forte scostamento rispetto alle prestazioni degli altri dipendenti, può ritenersi implicitamente dimostrata proprio in ragione di quell'eccessivo scostamento.

Non c'è dubbio che, con il decreto in commento, il dibattito si semplifichi. La convenienza per un licenziamento di tipo oggettivo (oltre tutto, sgravato ora dalla necessità della procedura preventiva di conciliazione) è particolarmente elevata, posto che l'eventuale fallimento della prova provocherà conseguenze solo sanzionatorie. La prospettiva disciplinare, peraltro, resta ancora praticabile (sempre in funzione delle conseguenze sanzionatorie), dato che il rischio di reintegrazione per il datore di lavoro resta confinato all'ipotesi che il fatto materiale, cioè il minore (anche di molto) rendimento in comparazione con quello degli altri lavoratori secondo i criteri detti, risulti insussistente: situazione, questa, difficilmente pensabile per un datore di lavoro che realmente si trovi di fronte ad una prestazione largamente al di sotto delle normali aspettative creditorie.

Resta da chiarire la possibile interferenza del tema dello scarso rendimento con quello della inidoneità, fisica o psichica, del lavoratore, tutte le volte in cui il primo sia determinato dalla seconda. Se questa relazione emerge in giudizio, mi pare che il giudice debba necessariamente dare applicazione alla disciplina, sopra vista, della tutela reale.

L'art. 18 dello Statuto prevede, nell'ultimo periodo del comma 7, che «Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo»: una sorta di clausola di sicurezza, espressione peraltro di principi generali. Si può discutere della sua applicazione, allorché il motivo discriminatorio denunciato non sia l'unico, ma coesista con ragioni oggettive; ma è questione che riguarda il licenziamento discriminatorio, questione peraltro indirizzata a soluzione proprio dalla formulazione di questo frammento di norma, che esige che il licenziamento, motivato con ragioni oggettive, sia in realtà «determinato» da ragioni discriminatorie, a quel punto necessariamente esclusive. In ogni caso, la clausola di sicurezza è indirizzata a non precludere al lavoratore la possibilità di guadagnarsi la tutela reintegratoria, ove ne sussistano i presupposti.

Nel decreto n. 23 in commento la clausola è stata mantenuta nell'art. 4 (allorché il licenziamento sia viziato quanto a forma e procedura), ma non nell'art. 3 sul licenziamento ingiustificato con sanzione solo economica. Mi pare però che la sua finalità – cioè la garanzia della trasparenza e l'applicazione al licenziamento illegittimo delle sanzioni proprie del tipo di vizio realmente esistente – non solo non sia venuta meno, ma, tutto al contrario, si sia amplificata. Si è infatti già da più parti avvertito il pericolo che un datore di lavoro spregiudicato possa far passare sotto l'etichetta delle ragioni oggettive (per la cui insussistenza o insufficienza la sanzione è solo indennitaria) un licenziamento dettato da altre, inconfessate ragioni¹⁷⁶. Una prospettiva, questa, in grado di sancire la definitiva monetizzazione della tutela, anche se ciò non significa di per sé azzeramento della stessa, ma metamorfosi al ribasso. Uno dei nodi problematici dell'intera riforma, a mio parere, passa proprio da qui, cioè da come può essere ragionevolmente "gestito" un giustificato motivo oggettivo non genuino, senza che la mancata ripetizione della "riserva" dell'art. 18, comma 7 possa ritenersi dirimente.

Se il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nasconde un intento discriminatorio, l'unico ostacolo all'emergere di quell'obbiettivo illecito è, come di consueto, quello probatorio, posto che la discriminazione può essere fatta valere – la formulazione dell'art. 2, comma 1 riprende espressioni già usate dal legislatore – «indipendentemente dal motivo formalmente addotto». E lo stesso vale, ovviamente, per il motivo illecito. Sono casi, questi, nei quali non viene in realtà in considerazione la mera assenza di giustificato motivo¹⁷⁷.

Decisamente più problematica appare invece la questione con riguardo al possibile motivo disciplinare nascosto. La riqualificazione avrà senso soprattutto (e il lavoratore avrà interesse a chiederla) allorché si prospetti (certo la strada è tortuosa) l'insussistenza del fatto materiale (cui sia legata la vera ragione del licenziamento), unica ipotesi nella quale il licenziamento disciplinare illegittimo è sanzionato con la reintegrazione; nelle altre ipotesi, stante l'identità di sanzione fra licenziamento disciplinare e licenziamento per ragioni oggettive illegittimi, l'interesse a

¹⁷⁶ Per tutti, M. MISCIONE, *Tutela crescenti*, cit., p. 749 s., per il quale "Non si può pensare che un licenziamento senza reali motivi resti ugualmente per 'giustificato motivo oggettivo, solo perché quest'etichetta' gli era stata messa dal datore di lavoro". Sul punto anche C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo*, cit., p. 93 ss.; da ultimo, C. PONTERIO, *Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, p. 23 ss. (spec. p. 29 s.)

¹⁷⁷ A. Perulli, *Il contratto a tutela crescenti*, cit., p. 41 s.; C. PONTERIO, *Licenziamento illegittimo*, cit., p. 29.

far accertare una ingiustificatezza "semplice" per motivo disciplinare può prospettarsi solo allorché il motivo oggettivo, pur non genuino, abbia la parvenza di esserlo, donde il rischio per il lavoratore di perdere la causa. Resterebbe, in quel caso, il singolare profilo (già evidenziato peraltro a proposito della legge n. 92 del 2012) di un lavoratore che deve "accusarsi" di un comportamento effettivamente posto in essere, per sostenerne tuttavia l'irrelevanza ai fini del licenziamento.

C'è però da chiedersi quale sia la strada che può portare alla riqualificazione del motivo di licenziamento, così da consentire un qualche riequilibrio in una disciplina sanzionatoria ormai fortemente squilibrata a vantaggio della parte più forte della relazione contrattuale. Si può prospettare lo strumento della frode alla legge o, con qualche dubbio in più, quello dell'abuso del diritto, tecniche da tempo rivitalizzate tanto dalla dottrina giuslavoristica, quanto da quella civilistica per il controllo sugli equilibri contrattuali. Se si approfitta del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per mascherarne uno di carattere disciplinare, si può ipotizzare l'applicazione dell'art. 1344 c.c. e della conseguente nullità dell'atto in frode.

Ma è una strada non facile da percorrere, e proprio gli ostacoli che si parano dinanzi danno la misura di quale brusca marcia indietro sia stata innestata in nemmeno tre anni, prima con la legge n. 92 del 2012 e ora con il Jobs Act. Anzitutto si potrebbe replicare che la nullità in questione è "generica" (cioè non prevista specificatamente per il licenziamento) e dunque estranea all'art. 2, comma 1 del decreto. Ma anche a superare questa obiezione, si potrebbe, poi, contestare la sussistenza del presupposto della norma codicistica, che è costituito dalla legittimità, in sé, dell'atto in frode (e della sua contrarietà solo indiretta alla legge), mentre quando si parla, come qui si parla, di sanzioni, si presuppone che l'atto di cui si discute sia, al contrario, pacificamente illegittimo¹⁷⁸. D'altra parte, lo stesso decreto prevede la tutela solo indennitaria anche in presenza di un giustificato motivo oggettivo basato su un fatto (per usare l'espressione dell'art. 18) che si riveli manifestamente insussistente, tanto da sembrare addirittura autorizzare la frode, posto che è poco frequente che il datore di lavoro abbia solo erroneamente ritenuto sussistente un fatto poi rivelatosi insussistente, mentre per lo più egli ha in mente un motivo diverso, appunto nascosto. Con il che siamo d'accapo.

¹⁷⁸ Più o meno in questi termini, L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento*, cit., p. 121

Affrontando la questione da un punto di vista sostanziale, e ferma restando ovviamente la rilevanza assorbente di motivi discriminatori o illeciti (pur con onere probatorio a carico del lavoratore), da parte di taluno si è cercato di aprire qualche spiraglio per superare l'*impasse*¹⁷⁹. Da un lato, sottolineando come presupposto per l'applicazione dell'art. 3, comma 1 è che il licenziamento sia stato costruito e motivato come licenziamento "ontologicamente" oggettivo¹⁸⁰, secondo la classica definizione dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966. Dall'altro lato, osservando che se tale natura "ontologicamente" oggettiva non risulta in giudizio, il licenziamento non può che essere soggettivo (*tertium non datur*), ma a quel punto scatterebbe la sanzione della frode, perché il datore di lavoro in questo modo aggirerebbe la norma che impone la reintegrazione in caso di insussistenza del fatto oggetto di contestazione¹⁸¹. Il tentativo è meritevole di considerazione, anche se, da un lato, non mi sembra che superi l'obiezione circa il carattere illecito, e non in sé lecito, dell'atto in frode (come invece dovrebbe essere secondo il paradigma dell'art. 1344 c.c.), e, dall'altro, assimila, ed anzi rischia di sovrapporre, la contestazione di un fatto (materiale) insussistente alla insussistenza della contestazione disciplinare.

Questo del licenziamento oggettivo fittizio resta dunque un nodo significativo, e tuttavia irrisolto, della futura disciplina: nel bene, in funzione di una flessibilità creatrice di occupazione, come si è costretti a sperare; e nel male, in ragione della pesante compressione delle tutele, se non di un inopinato ritorno al licenziamento *ad nutum*, munito solo di un sovrapprezzo, peraltro certo e prevedibile.

¹⁷⁹ M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento*, cit., p. 749 ss.; C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 90 ss.; A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti e la Naspi*, cit., p. 43 s., che valorizza la "pretestuosità" del licenziamento (tenuta distinta dal caso di frode e da quello di motivo illecito) per ricollegarvi ugualmente la sanzione della reintegrazione, nella prospettiva dell'abuso del diritto, prospettiva ricorrente nella dottrina giuslavoristica, sempre affascinante ma sempre incerta sia quanto alla qualificazione sia quanto ai rimedi. Su posizioni analoghe C. PONTARIO, *Licenziamento illegittimo*, cit., p. 29, che richiama l'art. 1343 c.c. per un licenziamento «azionato per una causale diversa da quella consentita da norme imperative», sulla base di una nozione di causa assai vicina a quella di motivo.

¹⁸⁰ In questi termini, C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 94. Analogamente M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento*, cit., p. 749, che stigmatizza la "cultura dell'etichetta" e che peraltro conclude rapidamente nel senso che in mancanza di prova circa il carattere oggettivo del licenziamento questo sarebbe inefficace e nullo per totale carenza di motivazione (mentre, a mio avviso, occorre non sovrapporre la questione della motivazione e delle sue possibili carenze – questione, oltre tutto, ben lontana dall'essere fornita di soluzione condivisa – con quella del difetto di prova circa ciò che è stato oggetto di motivazione, nel che si traduce la ingiustificatezza).

¹⁸¹ Ancora C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 94

6. Vizi formali e procedurali.

L'art. 4 del d. lgs. n. 23 del 2015 ha per oggetto, come recita la rubrica, i «Vizi formali e procedurali» e ricalca sostanzialmente il sesto comma dell'art. 18 dello Statuto, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, sì che per molti aspetti si può rinviare direttamente alla Parte I, par. n. 28¹⁸². Confermando l'avvertenza, fatta in quella sede, che esula dalla presente trattazione (che riguarda «Le tutele») l'esame di quello che allora (ma ora, come subito si vedrà, non più) era qualificato come licenziamento inefficace ai sensi dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966¹⁸³. Converrà pertanto soffermarsi sulle poche differenze che la nuova disciplina per i nuovi assunti ha introdotto: alcune specifiche legate all'oggetto della disposizione medesima, altre più generali, legate ai criteri di computo dell'indennità spettante al lavoratore in caso di violazione di quelle norme, per le quali, peraltro, proprio in quanto generali, si rinvia al paragrafo successivo.

Per prima cosa, c'è da segnalare l'uso, nella rubrica, di un'espressione nuova nel linguaggio legislativo del microsystema dei licenziamenti (nuova anche perché mai prima, né nella legge n. 604 del 1966, né nell'art. 18 dello Statuto, si era prevista una rubrica): quella di «vizi formali e procedurali», che sposta il baricentro sui vizi in sé e per sé considerati, anziché sulle loro conseguenze. Una rubrica, peraltro, che va spiegata e circostanziata, posto che il più classico dei vizi formali (la mancanza di forma scritta imperativamente prevista) resta fuori dalla norma in commento, essendo collocato, come visto, nell'art. 2, e addirittura nella sua stessa rubrica (licenziamento «intimato in forma orale»). Resta comunque la previsione di un vizio qualificato come formale, che altro non può essere se non quello di cui al novellato comma 2 dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966, ai sensi del quale «La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato», che è una regola circa il modo di

¹⁸² Sulla norma dell'art. 4, si vedano ora M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 751 s.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio del licenziamento*, cit., p. 329 ss.; B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 134 ss.; V. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 133 ss.; G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria*, cit., p. 97 s.; C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali*, cit., p. 106 ss.

¹⁸³ Si rinvia, in proposito, allo specifico contributo, in questo Trattato, di M. PAPALEONI, *Il licenziamento inefficace*.

manifestazione della volontà estintiva, cioè appunto una regola "formale". Quanto all'altra ipotesi, quella di vizio procedurale, essa si riduce ormai alla violazione della procedura disciplinare regolata dall'art. 7 dello Statuto, essendo stata abolita, proprio dal d. lgs. n. 23 del 2015 in commento, la obbligatoria procedura preventiva di conciliazione introdotta, con una tecnica normativa assai discutibile¹⁸⁴, dalla legge n. 92 del 2012 nell'art. 7 della legge n. 604 del 1966 per il caso di licenziamento (*rectius*, di progetto di licenziamento) per ragioni oggettive. Abolizione, questa, che è stata bersaglio di non poche critiche, stante il successo, seppure moderato, che essa aveva riscosso nella pratica; ma che trova una sua spiegazione plausibile nell'introduzione della nuova «Offerta di conciliazione» introdotta con l'art. 9 del decreto in commento¹⁸⁵, che, con ambito di applicazione più vasto (riguardando ogni tipologia di licenziamento), sembra destinata a soppiantare la procedura di cui sopra. Purché, beninteso, le due diverse discipline non si ritenga siano foriere di una non sopportabile disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti.

Il richiamo ai vizi formali e procedurali esaurisce lo sforzo dogmatico del legislatore delegato e gli consente – questa la seconda osservazione – di eliminare quella qualificazione del licenziamento in termini di inefficacia che trovava ragione in un sistema sanzionatorio con garanzia di continuità del rapporto (in base al diritto comune nell'area di applicazione della legge n. 604 del 1966; in base all'art. 18 dello Statuto, vecchio testo, nell'area di applicazione di quest'ultimo), ma che risultava del tutto sfasata in un sistema, come quello del nuovo art. 18, che per i vizi di tipo procedurale sanciva la cessazione del rapporto, e dunque, contraddittoriamente, l'efficacia del licenziamento; ciò che aveva costretto gli interpreti a invocare una nozione "atecnica" di inefficacia, il che valeva quanto negarla nei suoi tradizionali connotati caratterizzanti. E dunque, con la modifica dell'art. 18 il licenziamento in violazione dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966 e della procedura disciplinare produce ugualmente, per quanto definito inefficace, la cessazione del rapporto,

¹⁸⁴ Tecnica discutibile in quanto la nuova disposizione è stata introdotta modificando la disposizione di una legge (appunto, l'art. 7 della legge n. 604 del 1966) non per il campo di applicazione di quella stessa legge, come sarebbe ovvio e naturale, ma per un campo di applicazione diverso (quello dell'art. 18 dello Statuto).

¹⁸⁵ Cfr. *infra*, par. n. 8. Nota giustamente B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali*, cit., p. 138, che per i nuovi assunti non si applicherà pertanto la regola di retroattività degli effetti del licenziamento al momento di apertura della procedura.

con residuo obbligo indennitario; con il d. lgs. n. 23 del 2015 cessa anche l'imbarazzo di un uso improprio delle categorie civilistiche¹⁸⁶.

L'abbandono della qualificazione in termini di inefficacia produce altresì un ulteriore risultato, evidenziato ora con chiarezza dall'art. 9 del d. lgs. n. 23 del 2015: quello di sancire definitivamente, anche nell'area delle organizzazioni di dimensioni ridotte, l'applicazione – nel caso di violazioni procedurali – non della tutela di diritto comune, ma della tutela in caso di ingiustificatezza, cioè solo economica, per di più rideterminata secondo i criteri di cui allo stesso art. 9 (cioè nella misura dimezzata rispetto alla regola generale posta per le organizzazioni maggiori, con limite massimo, in ogni caso, di sei mensilità). Un esito probabilmente scontato, tanto da poter funzionare come criterio interpretativo anche della vecchia disciplina ancora in vigore per i vecchi assunti, convogliata tutta verso la sola garanzia economica¹⁸⁷. Con il che resta assicurata l'uniformità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti. Ma ad un duplice prezzo: quello di realizzare la parità al livello più basso da ultimo introdotto, e quello, assai probabile, di chiudere il discorso (ma non i dubbi) circa la ragionevolezza di una disciplina che in buona sostanza ha smantellato le garanzie procedurali, da sempre considerate al servizio dei principi di trasparenza e di garanzia della difesa (ma quanto ormai è lontana la sentenza n. 204 del 1982 della Corte costituzionale sull'art. 7 dello Statuto!).

Le altre questioni che l'art. 4 solleva – l'interpretazione, cioè, di che cosa si intenda per «violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2 della legge n. 604 del 1966» – non sono nuove, e si ripropongono negli stessi termini in cui si erano poste a proposito dell'art. 18 dello Statuto novellato¹⁸⁸. Di esse, pertanto, si darà solo brevissimo conto¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Qui, a ben guardare, non si tratta tanto di distinguere fra inefficacia assoluta e inefficacia (in senso proprio) relativa, quanto di valutare se sia compatibile con detta qualificazione la conservazione dell'effetto estintivo del licenziamento. Sul punto cfr. B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, cit., p. 136; V. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento*, cit., p. 135; G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, cit., p. 98.

¹⁸⁷ Auspica una interpretazione correttiva del testo dell'art. 18 dello Statuto, alla luce della nuova disciplina per i nuovi assunti anche C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 107.

¹⁸⁸ Cfr. *supra*, Parte I, par. n. 28 e ora, con i dovuti aggiornamenti, C. PISANI, *Le conseguenze procedurali del licenziamento disciplinare*, cit., p. 268 ss.; B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, cit., p. 139 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 330 s.; V. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento*, cit., p. 135 ss.

¹⁸⁹ Cfr., da ultimo, C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit. p. 109 ss.

Criticità non irrilevanti riguardano il profilo della immediatezza della contestazione disciplinare, per lo più ricondotta a violazione procedurale, e quello della tempestività della sanzione, prevalentemente qualificato, invece, come elemento costitutivo del recesso e perciò al di fuori dell'art. 4 del d. lgs. n. 23 del 2015¹⁹⁰. Ma non sono mancate le obiezioni, volte a sottolineare come per entrambi i vizi si discuta in realtà non di regole procedurali, ma di presupposti sostanziali del licenziamento, con applicazione pertanto della tutela reale debole¹⁹¹.

Le criticità maggiori, peraltro, sembrano addensarsi sul problema di quale sia lo spessore della motivazione cui la norma fa riferimento. Più in particolare, se vizio di motivazione possa essere non solo quello della mera insufficienza o genericità della stessa (la soluzione positiva non è revocabile in dubbio), ma anche quello dell'assenza di motivazione e/o contestazione. La questione è delicata, perché, come noto, non pochi interpreti hanno equiparato l'assenza di motivazione o di contestazione alla «insussistenza del fatto (ora materiale) contestato», con applicazione della tutela reintegratoria attenuata. Una tale equiparazione, tuttavia, mi sembra che porti ad una forzatura della norma, che genericamente allude ad una violazione del requisito di motivazione, in ciò dovendosi ricomprendere anche la mancanza della stessa, o la mancanza di contestazione disciplinare. Tali vizi, pertanto, portano all'applicazione della tutela indennitaria debole, qualora il lavoratore abbia fondato la sua domanda su tali vizi.

Diversa è invece la soluzione qualora, ai sensi dell'ultimo inciso dell'art. 4 (identico all'ultimo inciso del comma 6 dell'art. 18 dello Statuto), il lavoratore chieda l'accertamento dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui all'art. 2 (licenziamento discriminatorio e nullo) o all'art. 3 (licenziamento ingiustificato). In questo ambito, che è già ambito processuale, la mancata motivazione o contestazione degli addebiti potrà essere equiparata alla insussistenza del fatto materiale. Ciò, peraltro, a mio parere, non in virtù del vizio originario, bensì in esito

¹⁹⁰ In questo senso la già ampiamente citata Cass. n. 23669 del 2014

¹⁹¹ Per i più recenti sviluppi, cfr. DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione*, cit., p. 38; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio*, cit., p. 330 (ove un interessante collegamento con i profili di buona fede e correttezza, idonei, almeno in via di ipotesi, a configurare obblighi diversi da quelli, solo procedurali, di cui all'art. 7 dello Statuto); C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 97; B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, cit., p. 140 (e autori citati nelle note 18 e 19). Particolare la posizione di M. MISCIONE, *Tutela crescenti*, cit., p. 752, per il quale la violazione dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966 darebbe luogo ad una nullità per violazione di norma imperativa, come tale assoggettata al regime di cui alla tutela reintegratoria piena: ma non mi sembra una tesi sostenibile, di fronte ad una specifica normativa che stabilisce conseguenze diverse dalla nullità.

al processo, dal quale appunto non risulti quale sia stata la reale motivazione del licenziamento. Ma sono questioni ancora aperte, strettamente confinanti con i delicati argomenti della frode e dell'abuso del diritto¹⁹².

7. Tutela risarcitoria e indennitaria in caso di licenziamento illegittimo. Criteri di computo.

Il d. lgs. n. 23 del 2015 determina le conseguenze economiche del licenziamento illegittimo secondo due ordini distinti di regole: il primo in aggiunta alla tutela reintegratoria nei ristrettissimi margini nei quali essa ancora è operante, il secondo tale invece da esaurire in sé ogni tutela, secondo quello schema generale di monetizzazione del licenziamento illegittimo che, come più volte ribadito, costituisce il tratto caratterizzante della nuova disciplina. Il primo ordine di regole risulta tarato ancora sulla lunghezza d'onda del risarcimento del danno, il secondo è qualificato dalla natura meramente indennitaria del cosiddetto costo di separazione, anche se mi pare difficile negare che l'indennità operi, in sostanza, come l'equivalente economico del rapporto di lavoro illegittimamente fatto cessare, e dunque come risarcimento per quella cessazione. Vi è comunque un filo che lega insieme le due prospettive: quello del parametro adottato per la quantificazione sia del risarcimento che dell'indennità. Esso è dato in entrambi i casi dalla retribuzione, peraltro in una accezione nuova rispetto all'art. 18 dello Statuto come ancora vigente, dal momento che la «ultima retribuzione globale di fatto» è stata sostituita dalla «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto»¹⁹³.

Prima di esaminare questo aspetto di disciplina nuova e al tempo stesso comune a tutte le ipotesi nelle quali è prevista la corresponsione di una somma di denaro, vanno segnalate talune differenze rispetto al testo dell'art. 18 dello Statuto.

Non sembra particolarmente significativa la diversa formulazione circa il rapporto fra il parametro retributivo e il tempo di riferimento: mentre nell'art. 18 l'ultima retribuzione è quella «maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione», nell'art. 2, comma 2 del d. lgs. n. 23 l'indennità, o la retribuzione (la formula

¹⁹² Per ulteriori sviluppi, cfr. B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, cit., p. 146 ss.

¹⁹³ Si segnalano fino d'ora, in generale, M. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 118 ss.; V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria: profili qualificatori, previdenziali e fiscali*, in *Le tutele per i licenziamenti*, cit., p. 185 ss.

sintattica è un poco approssimativa), è quella «corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione». Forse si tratta di un adattamento al diverso parametro della retribuzione utile ai fini del trattamento di fine rapporto (Tfr), ma mi pare che in sostanza non cambi nulla: l'estensione temporale è sempre la stessa. Nessuna novità, poi, né per quel che concerne la soglia di risarcimento minimo, né per l'indennità in sostituzione della reintegrazione, né per il regime delle detrazioni (con ammissione della sola detrazione per *aliunde perceptum*), né, infine, per quello contributivo: aspetti per i quali si può rinviare integralmente alla Parte I, par. 16¹⁹⁴.

Per quanto concerne invece la tutela reintegratoria debole, o attenuata che dir si voglia (art. 3, comma 2, in presenza di una ingiustificatezza qualificata), mentre permane il diverso modo (appena visto) di rappresentare il periodo temporale "coperto" rispetto all'art. 18 dello Statuto, due significative differenze vanno evidenziate.

La prima riguarda il regime delle detrazioni, esteso, come nell'art. 18, tanto all'*aliunde perceptum*, quanto all'*aliunde percipiendum*, ma, a differenza che nell'art. 18, con una diversa definizione del presupposto per l'applicazione della seconda detrazione. Non c'è più la formula generica, sostanzialmente ripresa dal principio generale di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., per cui va detratto quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire «dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione»; la detrazione, nel d. lgs n. 23 del 2015, ha invece ad oggetto quanto il lavoratore «avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c) del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni». E' stato giustamente osservato come la nuova formula consenta di identificare con maggiore precisione la regola di condotta cui il lavoratore deve attenersi¹⁹⁵. Il che, si può aggiungere, alleggerisce l'onere a carico del lavoratore medesimo, la cui diligenza non viene più misurata su criteri ampi e generali, ma dipende in sostanza dall'offerta pubblica di occupazione, e dunque da un adempimento a carico del soggetto pubblico, salva l'inevitabile discrezionalità nella definizione della congruità dell'offerta e del carattere giustificato o meno dell'eventuale rifiuto, sia pure con il supporto della disposizione sopra citata (quanto

¹⁹⁴ Per gli ultimi aggiornamenti, comunque, si veda V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 201 ss. e R. VIANELLO, *Il regime contributivo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, in *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, cit., p. 219 ss.

¹⁹⁵ Così V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 204, la quale opportunamente aggiunge che il tutto dipende però dall'efficiente funzionamento dei servizi per l'impiego.

all'individuazione dei bacini, della distanza dal domicilio e dei tempi di trasporto con mezzi pubblici).

La seconda differenza riguarda il rapporto fra il tetto massimo di dodici mesi al risarcimento (tetto massimo riconfermato anche nella tutela reintegratoria debole di cui all'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 del 2015) e il periodo di tempo al quale quel tetto si riferisce e che, in un certo senso, è deputato a "coprire". Se infatti il periodo di riferimento è, in base alla lettera della norma, quello corrente dal licenziamento fino all'effettiva reintegrazione, è evidente l'effetto riduttivo della tutela che il tetto dei dodici mesi produce: da un lato, scaricando sul lavoratore il rischio (in realtà la quasi certezza) della lunghezza del processo, cioè di una sentenza che arrivi anche molto tempo dopo la scadenza dei dodici mesi; dall'altro lato, vanificando del tutto l'ordine di reintegrazione, la cui inosservanza, passati i dodici mesi, rimane priva di sanzione¹⁹⁶. L'art. 3, comma 2 del d. lgs. n. 23 conferma l'imputazione dell'indennità risarcitoria all'intero periodo, dal licenziamento all'effettiva reintegrazione. Ma la previsione del tetto massimo di dodici mensilità non è più riferita a tale intero periodo, ma solo a quello corrente fino alla sentenza. Di talché, se l'alea della lunghezza processuale continua a gravare sul lavoratore, almeno è certo che, una volta intervenuta la sentenza di reintegra, essa incide effettivamente sulla posizione del datore di lavoro, visto che questi, se non ottempera alla sentenza medesima, verserà in situazione di *mora credendi* e sarà tenuto al risarcimento del danno¹⁹⁷.

Fermo quanto ora precisato, si può infine aggiungere che le nuove disposizioni non modificano, con riguardo all'area della tutela reintegratoria (tanto di quella forte quanto di quella debole), la questione della risarcibilità di danni ulteriori rispetto alla perdita della retribuzione, questione da risolvere in senso sostanzialmente positivo, una volta che il riferimento alla retribuzione sia inteso come semplice parametro per la quantificazione del risarcimento¹⁹⁸.

Passando ora al cuore della riforma, cioè alle ipotesi nelle quali il rapporto viene ad estinzione nonostante l'illegittimità del licenziamento e

¹⁹⁶ Sul punto, e sulle proposte interpretative correttive avanzate a proposito dell'art. 18 dopo la legge n. 92 del 2012, cfr. *supra*, Parte I, par. 15.

¹⁹⁷ Cfr. M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 127

¹⁹⁸ M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 128, propende, nella lettura della disposizione in commento, per una forfetizzazione del danno, ferma restando la risarcibilità di fatti che «possono per così dire essere scorporati dal licenziamento e qualificarsi di per sé illegittimi in quanto lesivi della dignità della persona o addirittura di rilevanza penale».

al lavoratore è riservata una tutela solo economica (art. 3, comma 1 e art. 4, oltre all'art. 9, comma 1 per l'area dei datori di lavoro di ridotte dimensioni), viene finalmente in evidenza quella che il decreto, con aria furbescamente accattivante, intende far passare per "tutela crescente", e che in realtà altro non è se non una predeterminazione della misura dell'indennità economica tanto maggiore quanto più elevata è l'anzianità di servizio del lavoratore. La misura di tale indennità è stabilita, nel caso della tutela indennitaria "forte", in due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, con un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità; misure esattamente dimezzate in caso di tutela indennitaria "debole", così come dimezzata è l'indennità a carico dei piccoli datori di lavoro (art. 9, comma 1), con un massimo, comunque, di sei mensilità.

A ben guardare, pertanto, non è neppure vero che le tutele (economiche) sono sempre crescenti in rapporto all'anzianità, visto che operano comunque dei limiti massimi. Dal che potrebbe derivare uno specifico profilo di illegittimità costituzionale per violazione della legge di delega, almeno ove si ritenga che quest'ultima abbia individuato l'anzianità di servizio come un parametro tale da garantire sempre, senza limiti, il crescere della tutela. La questione è aperta. Forse la ragionevole discrezionalità di cui il legislatore delegato si ritiene sia munito può indurre ad escludere una violazione dell'art. 76 Cost. Ma sul piano dell'opportunità sarebbe stata probabilmente preferibile, pur nella previsione di limiti minimi e massimi, almeno una graduazione più diluita nel tempo¹⁹⁹.

Lo scostamento rispetto all'art. 18 dello Statuto si può rilevare sotto diversi profili.

Vi è anzitutto una compressione della tutela verso il basso in presenza di anzianità ridotta: compressione che, se messa insieme alla decontribuzione a vantaggio del datore di lavoro per il primo triennio, pone le premesse per un uso assai disinvolto del contratto a tutele crescenti, perché il costo di un licenziamento intimato dopo un tempo relativamente breve può essere addirittura inferiore al vantaggio che il datore di lavoro può ricavare dalla decontribuzione, con un saldo positivo per quest'ultimo. Con quali conseguenze, nell'ambito di organizzazioni a basso valore aggiunto e con utilizzazione di professionalità ridotte, è facile immaginare.

C'è poi la totale rigidità nel meccanismo di computo sopra descritto. Il che, da un lato, praticamente azzerà, in funzione della certezza del

¹⁹⁹ Così G.P. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit., p. 71.

diritto, la discrezionalità del giudice nella determinazione dell'indennità, frutto ora di una semplice moltiplicazione e non più della ponderata valutazione degli svariati fattori che l'art. 18 ancora richiama nell'ambito delle varie "forbici" in esso previste (oltre all'anzianità: il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti, la gravità della violazione procedurale)²⁰⁰. Dall'altro lato, sconfessa una delle linee portanti della legge n. 92 del 2012: quella volta a far pesare in modo differenziato le diverse illegittimità del licenziamento (qualitativamente considerate). Con il decreto n. 23 del 2015, infatti, una illegittimità anche assai grave può essere sanzionata in modo alquanto leggero allorché l'anzianità del lavoratore sia ridotta, e viceversa. Ciò non senza una buona dose di irragionevolezza e con il risultato di supportare i dubbi circa la conformità di un simile apparato sanzionatorio al quadro europeo, e in particolare alla necessaria adeguatezza dei rimedi in caso di licenziamento illegittimo²⁰¹.

Un'altra differenza rispetto all'art. 18 dello Statuto sta, almeno all'apparenza, nella qualificazione delle somme di cui si è detto. Mentre l'art. 18, sulla scia della formulazione originaria, tiene fermo il legame con il risarcimento e prevede una «indennità risarcitoria» (commi 5 e 6), il d. lgs. n. 23 del 2015 (art. 3, comma 1 e art. 4) allude soltanto ad una «indennità»; e mentre la prima è «onnicomprensiva», la seconda è semplicemente «non assoggettata a contribuzione previdenziale». Ma mi sembra che la differenza non vada enfatizzata, soprattutto sul piano delle conseguenze pratiche. Per un verso, se è vero che l'onnicomprensività dell'indennità risarcitoria dell'art. 18 ha la funzione di escludere risarcimenti ulteriori (salvo, come di consueto, quelli fondati su un titolo sostanzialmente diverso, come il fatto costituente reato), il mancato riferimento nel decreto n. 23 del 2015 a detta onnicomprensività non è idoneo ad aprire un varco per ulteriori pretese risarcitorie del lavoratore, trattandosi di indennità pura e semplice, alla quale converrebbe una qualificazione in termini prevalentemente sanzionatori²⁰². Per altro verso, anche quella semplice indennità può rappresentare, in sostanza, un danno forfetizzato, come tale preclusivo di pretese ulteriori²⁰³. Come a dire che anche nell'ultima disciplina il risarcimento da licenziamento

²⁰⁰ Critiche decise ad una tale scelta normativa in G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 364.

²⁰¹ Cfr. *supra*, par. 1. Le critiche forse più vivaci in S. GIUBBONI, *Profili costituzionali*, cit., *passim*; V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato*, cit., p. 40 ss.

²⁰² Così M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 130.

²⁰³ Così V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 206.

illegittimo assume una valenza, come si è detto a suo tempo, polifunzionale, diretta ora a fini punitivi, ora a fini restitutori e rimediali delle conseguenze di un comportamento (l'illecito licenziamento) indiscutibilmente produttivo di danno. Resta solo da precisare che l'esclusione dall'imponibile previdenziale – espressamente stabilita nel d. lgs. n. 23 del 2015 – non è altro che una conferma di quanto si sarebbe potuto comunque ricavare dai principi, sia in una prospettiva rigorosamente risarcitoria, sia, a maggior ragione, in una prospettiva sanzionatoria. Non è invece discutibile l'imponibilità fiscale²⁰⁴.

Come già rilevato, una significativa novità nell'utilizzo del parametro retributivo (sia per il risarcimento vero e proprio legato alla residua tutela reale, sia per l'indennità pura e semplice della nuova tutela economica, sia per l'indennità rivisitata della vecchia tutela obbligatoria), sta nel rinvio non più all'ultima retribuzione globale di fatto, ma alla «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto». La *ratio* della modifica è stata rinvenuta nell'opportunità di adottare un criterio di calcolo quanto più possibile certo, non fosse altro perché la nozione di retribuzione globale di fatto, ancorché recepita dall'art. 18 dello Statuto, resterebbe una nozione di origine giurisprudenziale, come tale inevitabilmente esposta a variabili discrezionali, mentre l'elaborazione sull'art. 2120 c.c. – norma già di per sé meno problematica – sarebbe sufficientemente assestata²⁰⁵. L'osservazione può essere sostanzialmente condivisa, anche se residuano incertezze in ordine al «titolo non occasionale» dell'erogazione da considerare ai fini dell'art. 2120 c.c., se da individuarsi in termini meramente temporali ovvero di relazione causale con il rapporto di lavoro; mentre, dal canto suo, la retribuzione globale di fatto appare maggiormente legata alla continuità temporale delle sue componenti, con, alla fine, un saldo tendenzialmente positivo per la retribuzione legata al trattamento di fine rapporto, in linea di massima di importo maggiore²⁰⁶.

²⁰⁴ Ancora V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 206.

²⁰⁵ Cfr. L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore*, cit., p. 109; V. FILI', *Tutele risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 193. Analogamente M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 120 s., la quale comunque rileva come talora, nell'interpretazione giurisprudenziale (la citazione esemplificativa è di Cass. 21 maggio 2012, n. 7987), le due nozioni – quella di retribuzione globale di fatto e quella onnicomprensiva di cui all'art. 2120 c.c. – sono usate come sinonimi.

²⁰⁶ *Contra*, L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore*, cit., p. 109, cit., p. 109, sul non condivisibile presupposto che la retribuzione variabile di produttività entri, sulla base della media triennale, nel concetto di retribuzione globale di fatto e non invece in quella *ex art.* 2120 c.c. (nonostante l'espressa previsione di cui all'art. 2121 c.c.).

Ma i problemi non finiscono qui, perché il rinvio alla retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto trascina con sé il rinvio alla contrattazione collettiva come strumento di possibile ridefinizione del parametro retributivo, oltre a porre la questione di come il riferimento ad una retribuzione annua (cui viene applicato il divisore fisso di 13,5) possa essere adattato ad una nozione di retribuzione mensile, com'è quella presa a base dell'indennità.

La prima questione introduce una variabile al ribasso del parametro di calcolo dell'indennità: è risaputo, infatti, che la «diversa previsione dei contratti collettivi» nella determinazione della retribuzione annua ai sensi dell'art. 2120 c.c. non è, di norma, nella direzione di un suo aumento (che dovrebbe riguardare, in modo del tutto improbabile, anche le attribuzioni di carattere meramente occasionale e magari i rimborsi spese), ma di una diminuzione; diminuzione sempre possibile, alla sola condizione che la deroga sia formulata in modo espresso per il trattamento di fine rapporto e non per altri istituti di carattere retributivo. Ma è una diminuzione che ora si riflette automaticamente sulla quantificazione delle indennità in caso di licenziamento illegittimo, con un possibile guadagno netto del datore di lavoro che pure versa nell'illecito²⁰⁷. Il che, com'è stato puntualizzato²⁰⁸ pone due ulteriori problemi: se per la diversa determinazione della «retribuzione di riferimento» (come dice il d. lgs. n. 23 del 2015) siano efficaci i contratti collettivi attualmente vigenti, anteriori al decreto; e se i futuri contratti collettivi siano abilitati a distinguere, nella determinazione della retribuzione di riferimento, tra effetti sul trattamento di fine rapporto ed effetti sulle indennità in caso di licenziamento illegittimo.

La prima questione è opinabile. La soluzione positiva potrebbe essere contestata, in una logica prossima a quella della presupposizione, sulla base della considerazione che l'autonomia collettiva, nel passato, ha utilizzato il duttile strumento offertole dall'art. 2120 c.c. al ben preciso scopo di incidere sulla retribuzione differita, magari per regolare diversamente il suo rapporto con la retribuzione corrente²⁰⁹, sì che ora si verificherebbe una sorta di distorsione della volontà collettiva, in un certo senso strumentalizzata ad altri e non previsti effetti²¹⁰. Ma si può

²⁰⁷ Un cenno in F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti*, cit., p. 11; V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 102; ampiamente M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 122 ss.

²⁰⁸ Ancora M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 122 ss.

²⁰⁹ Lo rileva da ultimo anche A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 17

²¹⁰ In questo senso A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 17, che sostiene trattarsi qui della nozione "legale" di retribuzione ai fini del trattamento di fine rapporto, e

replicare che è chiara la volontà legislativa di unificare, da subito, la nozione di retribuzione di riferimento²¹¹. La seconda questione mi sembra più agevole da risolvere, nel senso che l'unificazione del parametro (sia per il trattamento di fine rapporto, sia per l'indennità da licenziamento illegittimo) non consente alla futura autonomia collettiva di diversificare. A meno che ciò non sia oggetto di accordo di prossimità ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011.

Come prima rilevato, mentre ai fini del trattamento di fine rapporto la retribuzione presa in considerazione è quella rilevata su base annua e poi divisa per 13,5, ai fini della determinazione dell'indennità la retribuzione è quella incorporata nella «mensilità» e per di più nell'«ultima». Ciò sembra comportare, da un lato, che la retribuzione debba essere quella dell'ultimo anno inteso come anno civile (cioè dal 1° gennaio al 31 dicembre) e, dall'altro lato, che il divisore debba essere non 13,5, ma 12²¹². L'art. 8 del d. lgs. n. 23 del 2015, poi, si occupa del computo delle frazioni d'anno, per stabilire il riproporzionamento delle indennità in relazione a dette frazioni, nonché il computo come mese intero delle frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni. Questa norma non crea problemi applicativi.

L'ultima questione riguarda la nozione di anzianità, nozione che assume una rilevanza significativa – anzi centrale – nella definizione delle conseguenze meramente economiche del licenziamento illegittimo, posto che ne costituisce l'unico parametro di quantificazione. Ma, se nuova è la finalizzazione dell'anzianità – da intendersi con certezza come anzianità «di servizio»²¹³ – non nuova è la sua individuazione, posto che la questione si pone in generale tutte le volte in cui si tratti di decidere se un determinato periodo del rapporto di lavoro nel quale non vi è stata prestazione di lavoro sia computabile o no ai fini, appunto, dell'anzianità di servizio. E dunque, vale la soluzione più accreditata, secondo la quale i

non di quella contrattuale. Ma l'osservazione non mi pare fondata, perché anche la (diversa) determinazione ad opera della contrattazione collettiva rientra a pieno titolo nella nozione legale, sia pure attraverso un meccanismo di rinvio. Né vale invocare, in sé e per sé, la «diversità» dell'istituto del licenziamento e delle sue sanzioni, posto che il legislatore, ora, accomuna i due istituti, di talché mi pare che solo applicando i principi (peraltro non del tutto affidabili) della presupposizione si può arrivare ad escludere la rilevanza, ai fini che qui interessano, anche dei contratti collettivi pregressi.

²¹¹ Così M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 124.

²¹² Così M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 125. *Contra*, V. BRINO, *La tutela reintegratoria*, cit., p. 102, che applica il divisore 13,5.

²¹³ Anzianità che, è appena il caso di precisare, non può che essere quella successiva all'entrata in vigore del decreto, posto che lo stesso si applica unicamente ai nuovi assunti: cfr. L.G. BERTONCELLO, *La tutela "crescente" dei lavoratori nel cambio di appalto*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 72.

periodi di sospensione del rapporto (*rectius*, dell'obbligazione di lavoro e correlativamente, anche se non sempre, dell'obbligazione retributiva) producono anzianità solo in presenza di una espressa previsione, di legge o di contratto collettivo. Così è per il periodo di prova una volta superata la stessa; per i vari congedi di maternità e paternità; per i periodi di assenza per malattia e infortunio; per l'apprendistato che prosegue come ordinario rapporto di lavoro ecc.²¹⁴. Non sembra invece valorizzabile l'anzianità eventualmente maturata dal lavoratore nell'ambito di un altro rapporto con lo stesso datore di lavoro²¹⁵.

C'è poi da chiedersi se l'anzianità cui il legislatore fa riferimento sia solo quella derivante da un rapporto regolare, o se si debbano contare anche i periodi "fuori regola". L'opinione per cui varrebbe anche quest'ultima anzianità²¹⁶ non sembra però accettabile, fintantoché non vi sia o un espresso riconoscimento da parte del datore di lavoro, o un accertamento giudiziale in proposito

Il d. lgs. n. 23 del 2015 considera separatamente, con disposizione espressa (l'art. 7) il «computo dell'anzianità negli appalti»²¹⁷. E a ragione lo fa in modo separato, visto che l'anzianità di cui all'art. 8 non è una vera e propria anzianità "aziendale", ma una anzianità convenzionale, maturata nell'ambito di un rapporto diverso (con un datore di lavoro diverso) da quello preso in considerazione dalla norma stessa e sul quale è destinata a produrre effetti²¹⁸. Dunque, la norma stabilisce che, ai fini del calcolo delle indennità in caso di licenziamento illegittimo, «l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata».

Una prima considerazione si impone. Il legislatore ha perso un'altra occasione – o forse consapevolmente non l'ha voluta sfruttare, vista la delicatezza delle questioni sottese – per fare chiarezza, una volta per

²¹⁴ Questi sono i casi indicati da M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 131 s., che considera dubitativamente (ma propendendo per la soluzione positiva) anche i casi di conversione (successiva all'entrata in vigore del d. lgs. n. 23 del 2015) di un contratto a termine illegittimo.

²¹⁵ In tal senso, sia pur dubitativamente, G.P. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato*, cit., p. 70.

²¹⁶ In tal senso, M. MISCIONE, *Tutela crescenti*, cit., p. 761, sia pure a proposito dell'anzianità rilevante ai fini dell'offerta di conciliazione.

²¹⁷ Su questa norma, si vedano in particolare: A. SITZIA, *Computo dell'anzianità negli appalti*, in F. CARINCI-C.CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani*, cit., p.173 ss.; L.G. BERTONCELLO, *La tutela "crescente" dei lavoratori nel cambio di appalto*, cit., p. 69 ss.; V. FILI', *Tutele risarcitorie e indennitarie*, cit., p. 207 s.

²¹⁸ Cfr. L.G. BERTONCELLO, *La tutela "crescente" dei lavoratori nel cambio di appalto*, cit., p. 72.

tutte, in materia di successione di appalti e di diritti dei lavoratori coinvolti. Una materia nella quale la mobilità dei servizi oggetto di appalto, il loro elevato contenuto "lavorativo" (i ben noti appalti *labour intensive*) e il frequente succedersi di imprese diverse in forte concorrenza fra loro, ha indotto la stessa contrattazione collettiva a predisporre per i lavoratori tutele diverse – le note clausole "sociali" di garanzia della riassunzione – e di minor spessore rispetto a quelle assicurate dall'art. 2112 c.c.. Norma, questa, che assai di frequente risulta non applicabile nella pratica, stante il susseguirsi, nella esecuzione dei diversi appalti, non già di diversi gestori di una stessa azienda, ma di vere e proprie aziende diverse: non a caso lo stesso legislatore, con l'art. 29, comma 3 del d. lgs. n. 276 del 2003 ha mostrato di credere poco a veri trasferimenti d'azienda in questi settori, fino ad avventurarsi ad escludere l'applicazione dell'art. 2112 c.c. in caso di acquisizione di personale già impiegato nell'appalto in forza di legge o di contratto collettivo o di clausola del contratto d'appalto (e dunque al di fuori del meccanismo dell'art. 2112 c.c.). Ma se l'applicazione dell'art. 2112 c.c. resta un'eventualità che, anche in relazione al quadro comunitario, non può essere aprioristicamente esclusa (con, in caso di sua applicazione, l'imputazione del rapporto al subentrante con diritto dei lavoratori alla conservazione di tutta l'anzianità maturata), il legislatore delegato (con una buona dose di discrezionalità, stante il silenzio della delega), è rimasto, con l'art. 7, nel solco della precedente disciplina, quella legata essenzialmente agli obblighi contrattuali di riassunzione (cioè di costituzione di nuovi rapporti), e tuttavia, col riconoscere valore all'anzianità accumulata in quelli precedenti, ha introdotto, a ben guardare, un parziale correttivo all'esclusione della norma codicistica²¹⁹.

²¹⁹ L'osservazione è di A. SITZIA, "Computo dell'anzianità negli appalti", cit., p. 176. Ma si veda anche V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 208, che si spinge oltre, ipotizzando addirittura una certa qual erosione della distinzione fra la fattispecie della riassunzione (per clausola sociale) e quella dell'art. 2112 c.c. Ma resta fermo che solo con l'applicazione dell'art. 2112 c.c. la posizione del lavoratore potrebbe dirsi complessivamente garantita (ad esempio, con la responsabilità solidale). Ancora A. SITZIA, "Computo dell'anzianità negli appalti", cit., p. 176, e L.G. BERTONCELLO, *La tutela "crescente" dei lavoratori nel cambio di appalto*, cit., p. 79 s., mettono opportunamente in collegamento la norma in commento con quella della legge di stabilità per il 2015 (art. 1. Commi da 118 a 120 della legge 23 dicembre 2014, n. 190) che esclude lo sgravio contributivo in caso di assunzione di personale che abbia già intrattenuto, nel semestre precedente, un rapporto di lavoro subordinato con altro datore di lavoro, per ricavarne un indiretto incentivo al *turn over* e alla non assunzione di personale già impiegato, con non pochi effetti distorsivi della concorrenza. Sulle altre questioni sollevate dalla disciplina collettiva della successione negli appalti, si veda L.G. BERTONCELLO, *La tutela "crescente" dei lavoratori nel cambio di appalto*, cit., p. 76 s.

Ora, la precedente anzianità è conservata «al lavoratore che passa», senza che venga specificato il titolo giuridico del passaggio. E' tuttavia ragionevole pensare che l'espressione normativa sia volutamente atecnica e generale, e dunque riferita a un passaggio basato o su un accordo fra imprese o su una clausola sociale. Non sembra invece da riferire al trasferimento in base all'art. 2112 c.c., sia perché lì si parla di un rapporto che «continua» con il cessionario, sia soprattutto perché la conservazione dell'anzianità pregressa è già effetto diretto della norma del codice e nulla potrebbe aggiungervi l'art. 7 in commento, che a quel punto potrebbe addirittura essere inteso – ma evidentemente non può esserlo – come limitativo dell'art. 2112 c.c.

La valorizzazione dell'anzianità pregressa incontra tuttavia un limite: quello del periodo in cui il lavoratore «è stato impiegato nell'attività appaltata» e non degli altri periodi nei quali, presso il datore di lavoro precedente (o i datori di lavoro precedenti), ha svolto attività diverse da quella oggetto del successivo appalto. Si è rilevato che il legislatore in questo frammento normativo ha mutuato il sistema di accantonamento e redistribuzione utilizzato dalle Casse Edili per taluni istituti a contenuto retributivo (ferie, gratifica natalizia, anzianità professionale edile)²²⁰. Ma c'è una differenza: in quel sistema l'intero periodo svolto alle dipendenze di un certo datore di lavoro viene gestito per quegli istituti in modo "centralizzato", con valorizzazione di una anzianità complessiva, mentre l'art. 7 in oggetto impone di differenziare, nell'ambito dei precedenti rapporti, fra attività, a seconda che siano o no pertinenti con l'attività del successivo appalto. Il che renderà la norma non sempre di facile applicazione.

8. L'offerta di conciliazione.

L'art. 6 del d. lgs. n. 23 del 2015 introduce una nuova procedura conciliativa, facoltativa e assai "pragmatica"²²¹, rubricata «Offerta di conciliazione», che va ad arricchire i già numerosi strumenti conciliativi e deflattivi del contenzioso presenti nel nostro ordinamento giuslavoristico. Ma, come mette conto di evidenziare da subito, non è azzardato prevedere che il nuovo istituto conciliativo possa ottenere successi ben più sostanziosi rispetto agli altri (addirittura falliti ove posti in stretta relazione con l'arbitrato). Esso, infatti, per un verso si iscrive in un quadro sanzionatorio della illegittimità del licenziamento il cui spessore è

²²⁰ In tal senso, V. FILI', *Tutela risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 208.

²²¹ Così la qualifica felicemente L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione in caso di licenziamento*, in *Contratto a tutele crescenti*, cit., p. 153.

stato indiscutibilmente ridotto, sì che l'eventuale esito positivo del contenzioso giudiziale non è normalmente in grado di garantire gran che di più al lavoratore, tanto che spesso, come si suol dire, il gioco non vale la candela²²²; per altro verso, e soprattutto, il nuovo istituto è espressamente incentivato dalla totale defiscalizzazione delle somme oggetto dell'accordo conciliativo: un vantaggio, a carico della collettività, che consente di riposizionare, per entrambe le parti, gli equilibri transattivi²²³.

All'introduzione del nuovo istituto conciliativo (da riferire, come si vedrà, a tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo, *rectius*, di licenziamento contestato o anche solo contestabile come illegittimo) fa da contrappunto l'abrogazione, per i lavoratori nuovi assunti, del preventivo tentativo obbligatorio di conciliazione in caso di licenziamento (*rectius*, di progetto di licenziamento) per ragioni oggettive, disposto dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966 così come modificato dalla legge n. 92 del 2012. Una abrogazione, quest'ultima, della quale non si è compreso bene il significato, sia dal punto di vista teorico, essendo quella procedura sostanzialmente parallela a quella classica in tema di licenziamento collettivo, sia dal punto di vista concreto, stante il fatto che essa sembra aver avuto nella pratica un qualche risultato positivo di deflazione del contenzioso. Sennonché, la scelta normativa è chiara: tutte le possibili controversie sulla illegittimità del licenziamento possono risolversi attraverso l'offerta di conciliazione, si tratti di questioni oggettive o disciplinari, o di nullità, e l'obiettivo è quello di una uniformazione del meccanismo²²⁴.

Resta ferma, secondo l'art. 6, «la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge», ma l'incentivo al nuovo istituto è particolarmente accattivante, anche perché, in ragione della informalità e rapidità della procedura, promette alle parti

²²² Si considerino, altresì, a conferma della sempre minore convenienza, per il lavoratore, della procedura giudiziale, la disciplina del contributo unificato e soprattutto quella delle spese legali in caso di soccombenza.

²²³ Sull'offerta di conciliazione, in particolare: A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 13 ss.; F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, in F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani*, cit., p. 162 ss.; L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 151 ss.; V. FILI', *Tutele risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 210 ss.; M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 760 s.

²²⁴ Nota giustamente V. FILI', *Tutele risarcitoria e indennitaria*, cit., p. 210, che la procedura preventiva di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966 garantiva comunque l'applicabilità delle disposizioni in materia di assicurazione sociale per l'impiego pure in caso di risoluzione consensuale. E conclude nel senso che probabilmente la si è abrogata nella prospettiva di alleggerire gli adempimenti posti a carico dei datori di lavoro.

di tagliare ulteriori costi, quelli legati alla possibile assistenza legale. L'obiettivo di ridurre il contenzioso – una costante di tanti interventi normativi più o meno recenti – è certamente da condividere, anche se in questo provvedimento manifesta qualche segno di ambiguità, nella misura in cui l'intervento del giudice venga caricato di una valenza in qualche modo negativa, come sembrerebbe ricavarsi dall'*incipit* della norma circa la sua finalità «di evitare il giudizio»: una formula nella quale non compare neppure il consueto riferimento all'alea del giudizio medesimo e che è stata percepita come sostanzialmente "punitiva" nei confronti dell'amministrazione della giustizia²²⁵.

In via preliminare, peraltro, ci si è domandati se la nuova disposizione possa essere sospettata di incostituzionalità per eccesso rispetto alla legge di delega, che a istituti conciliativi non faceva alcun riferimento. Ma il dubbio lo si è giustamente superato in ragione, da un lato, del fatto che il nuovo meccanismo conciliativo appare coerente rispetto all'obiettivo di rendere più appetibile il contratto a tempo indeterminato, e, dall'altro lato, in ragione del fatto che il relativo finanziamento è posto a carico del fondo a sostegno degli ammortizzatori sociali e dei servizi per l'impiego²²⁶.

Sennonché, superato lo scoglio di costituzionalità, si è ritenuto di non poter superare un altro scoglio, quello del confronto con la disciplina comunitaria, con particolare riferimento alla disciplina antidiscriminatoria. Nel corretto presupposto che l'art. 6 riguardi ogni possibile controversia sul licenziamento e dunque anche quella concernente il suo carattere discriminatorio, si è ritenuto che l'art. 6 sia in contrasto con la disciplina comunitaria (art. 18 della direttiva n. 2006/54) e in particolare con la regola per cui l'indennizzo in caso di atti discriminatori non ammette le previsioni di massimali *a priori*²²⁷. Non mi pare però che la tesi sia condivisibile. Ed infatti, quella norma riguarda la previsione sanzionatoria per un atto discriminatorio che sia stato accertato come tale, mentre l'art. 6, quand'anche si discutesse di licenziamento discriminatorio, trova applicazione prima del suo accertamento, in una prospettiva esclusivamente transattiva.

Accantonate le questioni preliminari circa la *ratio* della disposizione, nonché la sua compatibilità con fonti sovraordinate, si può passare ad un suo esame più dettagliato. Ai sensi dell'art. 6, dunque, il datore di lavoro

²²⁵ Si veda, in proposito, l'amara riflessione appunto di un giudice: F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 171, il quale si chiede quale futuro possa avere una società «che ha paura del giudizio dei suoi giudici».

²²⁶ A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 10

²²⁷ Ancora A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 10

può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento e in una delle cosiddette sedi protette di cui all'art. 2113, comma 4, c.c. e all'art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003 (commissioni di certificazione), una somma, non imponibile né sotto il profilo contributivo (cosa non nuova), né sotto il profilo fiscale (e qui sta la novità), di misura dimezzata rispetto ai valori sopra visti dell'indennità per licenziamento illegittimo, e cioè una mensilità per ogni anno di servizio, con previsione di minimi e di massimi. La conciliazione si perfeziona con l'accettazione da parte del lavoratore di un assegno circolare, della misura come sopra determinata, consegnatogli *brevi manu* dal datore di lavoro; accettazione che determina l'estinzione del rapporto di lavoro e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento, anche se già proposta.

La norma, a prima vista semplice e chiara, presenta tuttavia taluni problemi interpretativi di qualche rilievo.

Cominciando dall'ambito di applicazione soggettivo, esso è segnato in modo inequivocabile dalla prima parte dell'art. 6: l'offerta di conciliazione riguarda i lavoratori di cui all'art. 1, e dunque sia i nuovi assunti, sia i soggetti ad essi equiparati²²⁸.

Qualche dubbio è stato sollevato, invece, per quanto concerne il campo di applicazione oggettivo, cioè quello relativo alle diverse tipologie di licenziamento riguardo le quali è possibile la conciliazione. In particolare, si è obiettato che il legislatore è stato mosso dall'intenzione di «evitare il giudizio» e «non certo di aggirare norme cogenti a tutela di fattispecie di licenziamento nulle o inefficaci», fattispecie che, dunque, dovrebbero essere escluse dalla procedura di conciliazione in discussione²²⁹. Ma l'argomentazione non tiene conto sia del fatto che il licenziamento discriminatorio e quello nullo non sono certo individuabili *a priori*, posto che il datore di lavoro non li qualificherà mai come tali, tanto che solo con un accertamento giudiziale quella qualificazione potrebbe dirsi acquisita; sia, soprattutto, del fatto che la conciliazione per sua natura interviene in una fase precedente la suddetta, possibile qualificazione, e ovviamente ne prescinde, costituendo il mezzo per sterilizzare l'alea del giudizio, mentre il possibile vizio non rappresenta altro che una prospettiva del lavoratore, assorbita dall'accettazione

²²⁸ Contraria, sia pure sotto il profilo dell'opportunità della norma, L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 151 ss.;

²²⁹ Così L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 157, la quale aggiunge che diversamente «si favorirebbe un uso improprio dello strumento, volto ad aggirare una disposizione legislativa (reintegratoria) in favore di un'altra (indennitaria e opzionabile a scelta del datore di lavoro) meno costosa per l'azienda». *Contra*, in ragione del fatto che si tratterebbe di una eccezione non prevista, M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 761.

della conciliazione²³⁰. Dunque, per l'applicazione dell'art. 6, sarà sufficiente la presenza di un licenziamento, a prescindere da come l'abbia qualificato il datore di lavoro o da come si ipotizzi che lo qualificherà il giudice²³¹. Se poi il lavoratore ritenesse di avere elevate probabilità di una qualificazione a sé favorevole, rifiuterà la conciliazione, ma questo (compresa l'opposta opzione del "pochi, maledetti e subito") appartiene alla normale dinamica di ogni accordo transattivo.

L'offerta di conciliazione ha per oggetto, come sopra visto, una somma di importo predeterminato, rapportato all'anzianità di servizio e alla retribuzione. Il criterio dell'anzianità non presenta profili particolari rispetto a quanto già osservato a proposito delle "normali" indennità di cui al decreto. L'importo della somma offerta è dimezzato (secondo la logica per cui la "giusta" transazione si colloca appunto al 50% della pretesa), perché è dovuta una sola mensilità, e non due, per ogni anno di servizio; per i datori di lavoro con occupazione ridotta, poi, lo stesso è dato da mezza mensilità. Sono stabiliti valori minimi (quattro mensilità, due per i piccoli datori di lavoro) e massimi (diciotto mensilità, sei per i piccoli). La retribuzione da prendere a riferimento è sempre quella relativa al trattamento di fine rapporto, ma testualmente non è più l'ultima, anche se tale omissione non mi sembra possa avere rilievo.

Ci si è chiesti se sia possibile che la somma offerta dal datore di lavoro sia inferiore ai parametri di legge appena ricordati. La soluzione, a mio parere, è negativa. Ed infatti, la circostanza che si versi in sedi protette non autorizza a scendere al di sotto del parametro legale, da intendersi cristallizzato secondo quei parametri²³².

Ma l'aspetto di gran lunga più significativo (e accattivante) del nuovo istituto conciliativo sta, come già sottolineato, nell'esenzione fiscale totale che viene garantita alla somma offerta dal datore di lavoro, con ovvie (anche se non facilmente prevedibili) ricadute sulla finanza pubblica.²³³ Tant'è che nel comma successivo il legislatore si preoccupa di stabilire la copertura finanziaria per il minor gettito fiscale prevedibile, e,

²³⁰ Cfr. F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 164, nota 8.

²³¹ Conformi A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 12; F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 164;

²³² Così FILI', *Tutele risarcitoria e indennitaria*, cit. p. 211. Nello stesso senso, M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 761, che comunque sottolinea come una somma inferiore ben potrebbe essere concordata, ma non potrebbe usufruire dell'esenzione fiscale.

²³³ Si può infatti supporre che la riuscita del nuovo istituto potrà portare ad un numero di conciliazioni ben superiore a quello delle altre, "normali" conciliazioni, sì che la "perdita" fiscale non dovrebbe coincidere con tutto quanto non pagato in base conciliazione di cui all'art. 6.

nell'ultimo comma, regola, adattandole allo scopo, le procedure di monitoraggio già introdotte dalla legge n. 92 del 2012. Tutto questo rende evidente il coinvolgimento di interessi superiori a quelli delle parti private protagoniste dell'accordo conciliativo, coinvolgimento del quale occorre tenere conto nell'interpretazione della norma.

Ciò vale soprattutto per quanto concerne l'oggetto stesso della conciliazione fiscalmente esente, che deve riguardare esclusivamente la questione del licenziamento e non altre possibili questioni controverse fra le parti. Si è ipotizzato, a tale proposito, che il datore di lavoro possa opportunisticamente alzare l'offerta conciliativa rispetto ai parametri di legge per ottenere lo sconto fiscale anche riguardo a definizioni transattive concernenti altre possibili questioni controverse, per le quali, però, non opera alcuna esenzione²³⁴. Ma il testo finale del d. lgs. n. 23 del 2015 risolve la questione espressamente escludendo l'esenzione fiscale sulle somme date a chiusura di ogni altra pendenza relativa al rapporto di lavoro (art. 6. comma 1, ultimo periodo). Non è certo escluso che anche in questi casi si rediga un unico verbale di conciliazione, ma è necessario che le diverse poste siano chiaramente individuabili e distinguibili fra loro²³⁵.

Per quanto concerne la procedura, la norma in oggetto la incardina presso le cosiddette sedi protette: quelle di cui all'art. 2113 c.c., ultimo comma e quelle presso le commissioni di certificazione. Sintomo ulteriore, questo, della rilevanza di interessi superiori, posto che la rinuncia all'impugnazione del licenziamento – che costituisce il primo effetto della conciliazione *ex art. 6* – è stata tradizionalmente ritenuta disponibile da parte del lavoratore, collocandosi perciò al di fuori dell'area dell'art. 2113 c.c.²³⁶ Ma qui, appunto, la rinuncia si lega all'esenzione fiscale del suo corrispettivo in denaro, donde l'opportunità di un suo peculiare controllo. Il che fa sorgere la questione del ruolo eventualmente da assegnare ai soggetti conciliatori (giudice escluso, naturalmente): se il (purtroppo) consueto ruolo notarile o, viceversa, un ruolo più di sostanza, così da realizzare almeno un minimo controllo sulla correttezza dell'esenzione fiscale (specie nel caso di conciliazioni ad oggetto complesso), sulla

²³⁴ Lo ipotizza, con riferimento al testo approvato dal Governo la vigilia di Natale del 2014, L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 162, che rileva come già da allora si era in contrario ritenuto che, in caso di offerta superiore ai parametri legali, l'esenzione fiscale dovesse comunque essere limitato a quei parametri.

²³⁵ Cfr. F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 166.

²³⁶ L'osservazione è condivisa: cfr. F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 167 s.; L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 158; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 14.

determinazione dell'anzianità e del parametro retributivo. Nonostante il silenzio normativo, la seconda soluzione appare preferibile²³⁷, anche se restano tutti da definire i poteri (di accertamento?) che dovrebbero spettare agli organismi conciliativi per assolvere a quella funzione di controllo. Dopodiché, si tratta di stabilire se il mancato controllo determini un vizio della conciliazione tale da escluderne gli effetti di legge, o se si debba ritenere, più semplicemente (e più fondatamente), che l'amministrazione finanziaria sia abilitata a recuperare l'imposta (a quel punto) illegittimamente non versata²³⁸. Ma la questione si complica sol che si consideri come la fruibilità o meno dell'esenzione fiscale ben può incidere sugli equilibri transattivi delle parti.

L'art. 6 non disciplina in dettaglio la procedura, ma si occupa solo del meccanismo della sua attivazione e degli effetti.

Quanto ai tempi, la norma prevede che il datore di lavoro debba formulare la sua offerta entro i termini dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento. In realtà, la norma deve essere letta in modo razionale, dopo che, nel testo definitivo del decreto, si è aggiunto il vincolo ad adire le sedi protette. Ed invero, poiché il concreto svolgersi dell'incontro conciliativo non dipende soltanto dalla volontà del datore di lavoro, ma anche dai tempi degli organismi di conciliazione, mi pare sia da ritenere che entro il termine di impugnazione del licenziamento il datore di lavoro debba attivare la procedura, e formulare l'offerta, anche se il pagamento mediante assegno e la definizione della conciliazione ben potrebbero intervenire successivamente, in base ai tempi dettati da quegli organismi. Naturalmente l'offerta potrà essere formulata anche se il lavoratore non ha ancora impugnato il licenziamento. Ma è chiaro che se ciò inducesse il lavoratore stesso a non impugnarlo, una eventuale revoca dell'offerta, fraudolentemente disposta magari alla scadenza del sessantesimo giorno, non può ritenersi ammissibile, tanto da doversi ritenere l'offerta stessa «irrevocabile e immodificabile»²³⁹.

La conciliazione si perfeziona con la consegna al lavoratore di un «assegno circolare». Una modalità, questa, che è stata accostata all'offerta reale²⁴⁰, in quanto idonea a garantire l'effettività del pagamento, e che tuttavia potrebbe non essere ritenuta modalità

²³⁷ A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 15; L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 159 (che precisa però che il dettato normativo, con il suo silenzio, sembrerebbe suggerire il contrario).

²³⁸ Lo prospetta dubitativamente AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, cit., p. 168 s.

²³⁹ In questi termini, V. FILI', *Tutele risarcitoria e indennitaria*, cit. p. 211.

²⁴⁰ In tal senso, GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 19; L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 163.

esclusiva, purché una modalità alternativa di pagamento possa assicurare comunque il buon esito dello stesso²⁴¹. Ma qualche dubbio resta, vista la formula letterale e visto che il legislatore sembra partire dall'idea che il datore di lavoro possa più facilmente chiudere ogni controversia facendo sentire al lavoratore "l'odore dei soldi". In una prospettiva, per di più, nella quale l'intero pagamento deve essere disposto con la sottoscrizione della conciliazione, non essendo ammissibili rateazioni di sorta²⁴².

Quanto agli effetti della conciliazione – più esattamente, della «accettazione dell'assegno» – si è già detto che essi consistono nella definitiva cessazione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e nella rinuncia all'impugnazione, anche quando il lavoratore l'abbia già proposta. Effetti non diversi, a ben guardare, da qualunque altra conciliazione sottoscritta nelle sedi protette, posto che anche la rinuncia all'impugnazione, pur non riguardando un diritto derivante da norma inderogabile, viene per lo più formalizzata in quelle sedi per rafforzare l'effetto abdicativo. Il che non fa che confermare come la caratteristica qualificante della conciliazione di cui all'art. 6 sia costituita essenzialmente dal beneficio fiscale, nella logica per cui la mobilità nel mercato del lavoro (del quale la conciliazione è vista come possibile strumento) si realizza mediante il coinvolgimento anche di risorse pubbliche.

Mentre il comma 2 dell'art. 6 stabilisce, come già visto, la copertura per le previste minori entrate fiscali, il comma 3 estende alla conciliazione l'ambizioso sistema di monitoraggio permanente introdotto dalla legge n. 92 del 2012 presso il Ministero del lavoro al fine di verificare, anche con la collaborazione delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, gli effetti delle nuove normative sull'efficienza del mercato del lavoro, e in particolare, per quel che qui interessa, sulle modalità di entrata e uscita dal mercato medesimo²⁴³. Il comma 3 dell'art. 6 aggiunge, poi, a carico del datore di lavoro, un adempimento ulteriore rispetto a quello della comunicazione obbligatoria di cessazione del rapporto entro 5 giorni dalla stessa (art. 4-*bis* del d.

²⁴¹ In questo senso, Ministero del lavoro, *Forum lavoro*, 2015, quesito n. 4. L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 163, dubita che modalità equipollente possa essere considerata il bonifico bancario (e a ragione, posto che fino a che l'accredito non è registrato sul conto corrente del lavoratore quella certezza non è acquisibile).

²⁴² Cfr. M. MISCIONE, *Tutele crescenti*, cit., p. 761.

²⁴³ Tanto che si potrebbe ritenere la norma in sé inutile, visto che comunque il monitoraggio si sarebbe dovuto effettuare sulla base della legge n. 92 del 2012: cfr. L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 165.

lgs. n. 181 del 2000): la comunicazione, da farsi entro 65 giorni dalla cessazione (chiaramente la somma dei 60 giorni per l'impugnazione e dei 5 giorni per la comunicazione), circa la avvenuta o non avvenuta conciliazione, comunicazione sanzionata allo stesso modo della prima. Mentre è chiara la finalità della norma, dubbi non infondati sulla sua praticabilità concreta sorgono con riguardo al termine fissato per il nuovo adempimento. Si è giustamente rilevato, infatti, che il termine di 60 giorni è quello entro il quale il datore di lavoro deve formulare l'offerta (ed anzi, come sopra detto, il termine entro il quale lo stesso deve fare quello che è nella sua disponibilità), mentre non è affatto detto che entro lo stesso termine la conciliazione possa essere raggiunta²⁴⁴.

²⁴⁴ Cfr. L.G. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, cit., p. 165.