

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II**



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA**

**TESI DI LAUREA
IN
DIRITTO DEL LAVORO**

***“La disciplina del licenziamento individuale dopo il D.lgs.
n. 23/2015”***

Relatore:
Ch.mo Prof .
Raffaele De Luca Tamajo

Candidato:
Roberta Procino
Matr. 991009422

Anno Accademico 2014/2015

**LA DISCIPLINA DEL LICENZIAMENTO
INDIVIDUALE DOPO IL D.LGS. N. 23/2015**

Introduzione

Lo scopo di questa tesi è quello di cercare di fare chiarezza sulla disciplina dei licenziamenti individuali e in particolar modo sull'articolo 18 alla luce delle recenti riforme, prima della Riforma Fornero del 2012 e soprattutto dopo il Jobs Act del 2015. Come si comprenderà sin dalle prime pagine questo non sarà un compito facile ma anzi assai arduo, giacchè il nostro legislatore non ha aiutato in tal senso avendoci offerto non solo due riforme in meno di tre anni ma soprattutto con dei testi legislativi oscuri, poco comprensibili e spesso irrazionali. La ricerca è partita innanzitutto dai motivi che hanno spinto il nostro legislatore ad intervenire in tema di licenziamenti e dunque in primis in generale dai fattori che hanno portato alla “Grande depressione” che ha colpito a livello internazionale e più precisamente i fattori che hanno portato alla crisi economica del nostro paese. Nei paragrafi successivi si illustrerà come il nostro legislatore in realtà non ha fatto altro che ispirarsi al modello della *flexicurity*, che potremmo dire in generale tende ad assicurare maggiore occupazione a discapito di minori tutele per i lavoratori, probabilmente persuaso dai buoni risultati che tale modello ha ottenuto in altri paesi europei come la Danimarca, l'Olanda, la Svezia. Ma il legislatore non si è limitato a ciò, perché con l'approvazione del Jobs Act e il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ancora una volta si è limitato a ispirarsi al modello di contratto unico ipotizzato dall'Europa con come vedremo però risultati alquanto discutibili, dato che le differenze tra il modello contrattuale europeo e quello italiano sono vistose, basti pensare alle decantate tutele crescenti con l'anzianità di servizio che nel nostro paese invece di crescente sembrano non avere nulla, tanto da aver già spinto qualcuno a ribattezzare il contratto come “contratto a tutele decrescenti”. Si porrà l'attenzione anche sul discutibile iter che ha portato all'approvazione della recente riforma, non solo per la disapprovazione di una parte del mondo politico ma anche dei sindacati, dei giornalisti, per non parlare di una parte della dottrina, ma anche e

soprattutto la scelta discutibile dello strumento della legge delega e della sua già tacciata incostituzionalità. A conclusione del primo capitolo ci sarà un piccolo *escursus*, molto in generale in realtà, con il quale si analizzerà la disciplina dei licenziamenti individuali negli altri paesi europei nelle due super potenze economiche come Stati Uniti e Cina. Nei capitoli invece successivi al primo, ognuno sarà dedicato alle tre tipologie di licenziamento: quello disciplinare (capitolo due), quello discriminatorio (capitolo tre), quello per giustificato motivo oggettivo detto anche economico (capitolo quattro). L'analisi cercherà di mettere in luce le modifiche apportate per ogni singola fattispecie prima dalla riforma del 2012 e poi quelle intervenute nel 2015, dato che per i lavoratori assunti ante riforma continuerà ad applicarsi l'articolo 18 così come novellato dalla legge 92/2012, anzi proprio questa duplicità di discipline e di tutele sarà al centro della nostra ricerca, perché come sarà meglio spiegato nei capitoli successivi vi è una netta differenza di tutele tra vecchi e nuovi assunti e proprio ciò è stato al centro delle maggiori critiche. Non saranno assolutamente tralasciati quelli che sono gli aspetti "negativi della riforma", non solo dunque ci si soffermerà sul problema dell'eccesso di delega ma anche degli aspetti irrazionali di tale riforma., su come il legislatore abbia voluto e portato a termine quello che era uno degli obiettivi sin dal 2012, cioè limitare il potere discrezionale del giudice e tale aspetto ci sentiremmo di dire è stato assolutamente realizzato dato che il nuovo decreto esclude qualsiasi valutazione circa la sproporzione del licenziamento ai sensi dell'art. 3 comma 2 del D.lgs. 23/2015. Ci si soffermerà anche sull'irrazionalità della norma che si può ravvisare sin da subito leggendo le primissime righe del decreto nelle quali sono specificate le categorie di lavoratori ai quali è applicabile la nuova disciplina: operai, impiegati, quadri e ci si soffermerà sugli altri lavoratori e su quale disciplina dunque sarà loro applicata, tenendo conto della profonda diversa tutela che dopo il 7 marzo 2015 sarà applicata. L'irrazionalità del nuovo sistema si noterà anche nel vedere come gli stessi lavoratori che lavorano nella stessa impresa si troveranno probabilmente a

subire un trattamento diverso. Si analizzeranno man mano dunque i tre diversi modelli di licenziamento e noteremo come man mano la tutela reintegratoria è stata sempre di più relegata in un angolo e di come dunque sia passata da essere regola a mera eccezione. Ciò è soprattutto evidente nel licenziamento c.d. economico dove è stata in ogni caso esclusa la tutela reintegratoria dando in tal modo probabilmente piena libertà di licenziare, potremmo dire, senza la conseguenza più grave per i datori di lavoro prevedendo invece solo una tutela indennitaria e ciò probabilmente perché questo è il licenziamento che non dipende dal lavoratore ma in realtà da situazioni inerenti all'impresa. Un punto però di particolare importanza e infatti sarà oggetto del secondo capitolo, è stata la rivisitazione del licenziamento disciplinare per il quale da un lato si è prevista solo la tutela indennitaria in generale e quella reintegratoria è invece divenuta solo eccezionale ed è stata collegata al solo caso in cui sia dimostrata direttamente in giudizio l'insussistenza del fatto materiale ed è proprio tale ultimo punto come vedremo che ha suscitato le maggiori perplessità, dato che da un lato il legislatore ha voluto specificare "fatto materiale" per eliminare qualsiasi dubbio sorto l'indomani della Riforma Fornero e dall'altro però ci si è chiesti cosa s'intenda in realtà con tale espressione. Il punto si comprenderà è di estrema delicatezza dato che da ciò dipende l'unica possibilità per il lavoratore di essere reintegrato. I dubbi e le incertezze su tale norma sono dovuti non solo dal fatto in sé ma anche dalla scelta, alquanto discutibile del legislatore, di come ha voluto invertire l'onere della prova, sarà infatti d'ora in poi il lavoratore che dovrà dimostrare direttamente in giudizio l'insussistenza del fatto se vuole avere delle *chances* di essere reintegrato e l'onere della prova, sarà sottolineato nel capitolo in questione, è ancora più gravoso dato che è esclusa qualsivoglia prova indiretta stando alla lettera della norma. Nel capitolo tre invece l'analisi si concentrerà sul licenziamento discriminatorio che sembra l'unico in cui è sopravvissuta la tutela reintegratoria e a ben vedere, dato che è da sempre quello connotato dal maggiore disvalore sociale e una scelta diversa da quella fatta avrebbe sollevato senza dubbi proteste e

indignazione in generale, si concentrerà l'analisi anche sull'onere della prova e di come il legislatore l'ha resa meno difficoltosa proprio per il fatto che per tale licenziamento la prova è alquanto difficile da dare. Insomma come si può comprendere da queste prime pagine l'analisi sarà lunga e difficile da compiere, non si ha certo la presunzione di dare risposte univoche ai problemi che la recente riforma ha suscitato ma più semplicemente si vuole semmai offrire uno spunto di riflessione.

CAPITOLO I

I LICENZIAMENTI INDIVIDUALI TRA CRISI ECONOMICA E LE RECENTI RIFORME.

Sommario: 1 La crisi economica – 1.1 La flexicurity in Italia – 1.2 Il contratto a tutele crescenti tra modello europeo e italiano – 1.2.1 La legge delega 183/2014: il sospetto di incostituzionalità e i problemi di violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza - 1.3 La disciplina dei licenziamenti negli altri paesi europei e nel resto del mondo

Capitolo 1 I licenziamenti individuali tra crisi economica e le recenti riforme.

1.1 La crisi economica

Con l'espressione "Grande recessione" ci si riferisce alla crisi economica mondiale iniziata nel 2007, che ebbe origine negli Stati Uniti D'America a causa di una grave crisi immobiliare, che si era manifestata con una bolla immobiliare, che è un tipo di bolla speculativa che si presenta in realtà periodicamente nei mercati immobiliari locali o anche su scala globale. In realtà la crisi si era già affacciata nell'anno precedente, nel 2006 con appunto la crisi dei *subprime*. Sicuramente tra i principali fattori di tale fenomeno vanno annoverati da un lato i prezzi eccessivamente alti delle materie prime, in particolar modo del petrolio, una crisi alimentare globale, la minaccia di una recessione in tutto il mondo e per ultimo, ma non meno importante, la crisi creditizia seguita da quella bancaria con la conseguenza, estremamente prevedibile della sfiducia nei mercati bancari. Tale crisi è considerata dalla maggior parte degli economisti come una delle peggiori dell'ultimo secolo, seconda forse solo alla grande depressione del 1929. Tale crisi come era prevedibile sin dall'inizio non rimase circoscritta al nuovo continente ma si espanse anche a quello europeo e più in generale fece sentire le sue ripercussioni su scala globale. Ovviamente anche l'Italia risentì di tale crisi, anche se nel nostro paese tre sono le cause principali: l'alto livello del debito pubblico in rapporto al PIL, che subì una forte crescita a partire dal 2008 in coincidenza con la crisi dopo diversi anni in cui c'era stata una complessiva riduzione; la scarsa o comunque l'assenza di crescita economica, con un prodotto interno lordo aumentato del solo 4% nel decennio 2000-2010 e che poi è andato a ridursi progressivamente; la scarsa credibilità dei governi e

del sistema politico in generale, specialmente in questi anni dove si sono susseguiti ben tre governi diversi. A partire dal 2008 in poche parole l'Italia non è stata più in grado di crescere, ha alternato periodi di stagnazione a periodi di recessione, con un'altra aggravante se così si può dire che il nostro paese non è riuscito purtroppo a stare al passo degli altri paesi dell'Unione Europea. A ben vedere la crisi economica che ha colpito nel 2008 il nostro paese è dovuta a fattori esterni che però non sarebbe corretto considerare come vere e proprie cause della crisi ma come degli eventi economici che in realtà non hanno fatto altro che far emergere quelle che erano già le contraddizioni esistenti nel nostro paese a livello economico. È incontestabile che il nostro paese si trovasse in crisi già prima del 2008, l'Italia infatti aveva un sistema economico squilibrato e in un certo senso traballante che ha impedito di reagire in modo più adeguato alla crisi globale e specialmente a quella dei mercati di sbocco delle nostre esportazioni. È innegabile che il nostro paese per superarla, così come molti altri paesi europei e non, ha cercato di intervenire su più settori e tra i primi e più colpiti è stato sicuramente quello del lavoro con maggiore attenzione sul tema dei licenziamenti. A differenza però degli altri paesi bisogna subito segnalare che nel nostro la crisi è stata forse l'occasione per intervenire su alcuni punti dove da più parti politiche si chiamava a gran voce una riforma. Come infatti si cercherà di spiegare successivamente le ragioni che hanno portato alla riforma del 2012 in tema di licenziamenti sono strettamente collegate alla crisi che si era abbattuta sul nostro paese e che purtroppo viviamo ancora oggi, anche se gli ultimi dati parlano di una ripresa anche se ancora troppo debole. Su tale scenario economico era inevitabile infatti che le riforme andassero a toccare l'art. 18 della L. 300/1970, quest'ultimo già prima della "grande recessione" era additato da più parti come uno dei motivi principali della nostra personale crisi nazionale. È senza dubbio innegabile che il nostro sistema dei licenziamenti fosse potremmo dire anomalo rispetto agli altri paesi, è bene infatti ricordare che il sistema ante Riforma Fornero, prevedeva un duplice

binario per i licenziamenti individuali: quello della c.d. tutela obbligatoria e quello della c.d. tutela reale, la cui differenza come vedremo si basava essenzialmente sul livello occupazionale del datore di lavoro. Infatti mentre la prima si applicava ai datori di lavoro pubblici o privati, all' imprenditore non agricolo o non imprenditore che non avevano un organico che superava i quindici dipendenti oppure l'imprenditore agricolo che però non superava i cinque dipendenti per ogni unità produttiva. Per i datori di lavoro che ricadevano sotto tale regime nel caso in cui venisse accertato che il licenziamento non era sorretto da giusta causa o da giustificato motivo (soggettivo o oggettivo che era) il datore di lavoro poteva scegliere tra la riassunzione oppure il risarcimento del danno subito dal lavoratore. Dunque in tal caso la scelta tra la riassunzione e l'indennità risarcitoria spettava esclusivamente al datore di lavoro. Regime completamente diverso era invece previsto dall'art. 18 della L. 300/1970 detta anche tutela reale, che era applicato agli imprenditori che avessero un organico superiore ai quindici dipendenti. In tal caso se si fosse accertata l'illegittimità del licenziamento il datore di lavoro sarebbe stato obbligato alla reintegra del lavoratore più un'indennità risarcitoria. Come si può comprendere era una differenza davvero abissale, da un lato la reintegrazione era una mera scelta rimessa al datore di lavoro e nell'altro caso invece vi era un vero e proprio obbligo di riassunzione. Spesso è stato detto o meglio potremmo dire è stato utilizzato come uno slogan, per attirare una parte ben precisa dell'elettorato, che l'obbligo di reintegra era uno dei fattori che impediva al nostro paese di crescere e ultimamente di uscire dalla crisi. In realtà tale ultimo assunto non è una novità dei nostri giorni, infatti l'idea che troppi limiti al potere di interrompere il contratto di lavoro e in poche parole di licenziare non giovassero all'economia, perché erano un deterrente per nuove assunzioni, era già stato espresso nel lontano 1994 per la prima volta all'OCSE e fu fatto poco tempo dopo proprio dalle grandi istituzioni economiche internazionali come il Fondo Monetario, la Banca Centrale Europea e soprattutto dalla Commissione

Europea che attraverso le sue raccomandazioni aveva suggerito col passare degli anni ai paesi membri dell'Unione Europea di modificare le proprie discipline in tema di licenziamento e laddove fosse necessario ridurre i vincoli esistenti. Per una parte della politica infatti il nostro sistema sui licenziamenti non faceva altro che imbrigliare i datori di lavoro, che rientravano nell'area dell'art. 18, costringendoli a tenersi per tutta la vita quel determinato lavoratore che avevano assunto a contratto a tempo indeterminato, sapendo che in caso di licenziamento illegittimo sarebbero stati costretti a reintegrarlo. Una metafora spesso utilizzata e che rende bene l'idea di tale situazione è quella di paragonare tale rapporto di lavoro al matrimonio, per quanto il datore di lavoro voglia liberarsi del lavoratore alla fine resta legato a lui indissolubilmente, così come nel caso degli ex coniugi. Già prima del 2012 c'erano stati vari tentativi di modificare l'art. 18, alcuni dei quali erano andati a buon fine, essendoci stati dei cambiamenti anche se marginali con la L. n. 108/1990, ma ciò non era bastato, dato che negli ultimi anni si era chiesto da più parti un cambiamento radicale, se non addirittura l'abrogazione e nel 2000 addirittura Marco Pannella propose un referendum abrogativo dell'art. 18 che fu accolto, come era prevedibile, con una vera e propria sollevazione non solo dei lavoratori ma anche dei giuristi e di gran parte della cultura politica del tempo, il referendum comunque non raggiunse il quorum, votò infatti solo il 32% degli elettori e comunque si erano fermati al 33,40%. In realtà già a partire dagli anni'80 era iniziato un dibattito circa la convenienza e necessità di modificare l'articolo e ciò era dovuto ai cambiamenti che il nostro paese aveva cominciato a subire in quegli anni sul fronte della produzione e del lavoro delle medie-grandi imprese che rientravano nell'alveo dell'articolo 18. Tanta ritrosia per eventuali cambiamenti si può solo capire se si tiene conto che quando fu approvato l'art. 18 fu considerato come una conquista di straordinaria importanza, il simbolo delle lotte dei lavoratori, ha rappresentato, se così si può dire, al meglio la fine dell' *apartheid* del sindacato, addirittura Massimo D'Antona affermava infatti che "il merito maggiore dell'art. 18 sta

nell'aver tradotto nel linguaggio del diritto...l'idea che esiste e deve essere difeso un diritto del lavoratore alla conservazione del suo concreto posto di lavoro". Lo stesso D'Antona aveva già spiegato sul finire degli anni '70 come tale articolo fosse in realtà come una cerniera, anche per la sua collocazione sistematica nello Statuto dei Lavoratori, tra la tutela individuale e quella collettiva nel rapporto di lavoro subordinato, anche se poi lo stesso autore sul finire degli anni '90 si era reso conto che un cambiamento era necessario. Come qualche autore disse la reintegra era vista come un contrappeso alla condizione degradante del lavoratore, specialmente per l'autoritarismo insito nelle imprese fordiste¹. Dunque tale articolo aveva potremmo dire una doppia dimensione: quella di norma simbolo della dignità e libertà del lavoratore e del sindacato in generale, ma era anche uno strumento della lotta dei sindacati che appunto si contrapponeva al potere datoriale, vi era infatti alla base una grande sfiducia nei confronti del potere organizzativo e direttivo degli imprenditori. Per molti anni dunque la struttura e la forza simbolica dell'articolo 18 sono restate immutate. È pur vero che già a partire dagli anni '80 si era cominciato a discutere della possibilità di cambiare l'articolo 18, come avevamo anticipato prima, tutti però erano convinti della necessità che il cambiamento dovesse essere graduale ed è forse stato questo lo sbaglio del nostro legislatore che ha fatto un cambiamento radicale o forse più precisamente con la Riforma Fornero c'era stata una maggiore graduazione, ma invece con il Jobs Act tale graduazione non c'è proprio stata, dato che la reintegra è stata letteralmente spazzata via. È chiaro che sulla scia di queste considerazioni e a causa della crisi economica nel 2012 il governo tecnico guidato da Mario Monti apportò un'importante riforma sui licenziamenti individuali che suscitò moltissime polemiche, proprio perché andava a scalfire l'art. 18 che era visto, specialmente dai sindacati come una grande conquista delle lotte dei lavoratori e che era in definitiva intoccabile! Non vi sono dubbi che una "spallata"

¹ RODANO F. (2015). *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il Jobs Act*, in www.bollettinoadapt.it, pp. 1-32

decisiva pro riforma sia arrivata dalla ormai famosa lettera strettamente riservata della BCE del 5 luglio 2011 che aveva come destinatario il nostro allora Presidente del Consiglio dei Ministri Silvio Berlusconi firmata da Jean Claude Trichet e dal futuro presidente della BCE l'italiano Mario Draghi, in cui si indicavano le misure antispeculazione da adottare con urgenza da parte del nostro paese e si chiedeva appunto un impegno per la sostenibilità del bilancio e per le riforme strutturali, che comprendevano la liberalizzazione del mercato del lavoro, delle pensioni, della pubblica amministrazione. Lo scopo principale della Riforma Fornero era infatti quello di aumentare la flessibilità in uscita, in modo tale che i datori di lavoro fossero maggiormente stimolati ad assumere nuovamente, era una specie di *do ut des*, se la legge concedeva di licenziare più facilmente, i datori avrebbe assunto più facilmente, come se fosse una semplice equazione matematica. Sicuramente una scelta non condivisa da tutti è stata quella del legislatore del 2012 di intervenire solo sull'area dell'art. 18 tralasciando invece quella della L. 604/1966, facendo in tal modo però non si è fatto altro che continuare con questa diversificazione tra le due aree di tutela.

1.1.1 *La Flexicurity in Italia*

Uno degli obiettivi principali del nostro legislatore quando cominciò sin dal 2012 a riformare la materia dei licenziamenti era quello di portare il nostro paese ad essere più vicino agli stati che adottavano un sistema di *flexicurity*. Con tale termine, traducibile in italiano con flessicurezza, s'intende assicurare un livello elevato di sicurezza occupazionale ai cittadini dell'Unione Europea. Tale modello ha visto la sua nascita prima di tutto in Olanda che vide il tasso di disoccupazione diminuito considerevolmente all'inizio degli anni '90 come conseguenza della deregolamentazione del mercato del lavoro, in modo molto simile poi anche la Danimarca che praticò la deregolamentazione del mercato del lavoro e anche in tal caso con grande successo, da qui da un lato gli studiosi hanno cominciato a studiare il fenomeno e dall'altro i politici a

credere che la flessibilità dell'occupazione forse migliori e non peggiori la competitività delle imprese, il tasso di produzione ecc. Sicuramente la Danimarca in primis e anche la Svezia possono essere considerati come esempi lodevoli di tale sistema, dove infatti si nota che sono stati combinati i mercati di lavoro flessibili senza però creare problemi di esclusione sociale su diversi livelli. Infatti uno dei punti controversi della *flexicurity* è che si sostiene che proprio perché vi è una deregolamentazione del mercato del lavoro inevitabilmente si diminuiscono le garanzie dei lavoratori. Tant'è che in una relazione pubblicata sull' Organizzazione internazionale del Lavoro si poteva leggere che “la flessibilità nel mercato del lavoro ha portato a una significativa erosione dei diritti dei lavoratori in aree fondamentali riguardanti il loro lavoro e la loro sicurezza economica e relativa stabilità delle condizioni di lavoro e di vita”. Non vi sono dubbi che il nostro legislatore prima quello del 2012 e poi quello del 2015 abbia guardato a tale modello se non dire ispirato fino ad un certo punto e anche e soprattutto per questo è stato aspramente criticato dai sindacati, proprio perché la *flexicurity* è vista come un modello non garantista dei diritti dei lavoratori, anche perché è stato sostenuto da vari autori che non sempre l'equazione meno garanzie uguale più occupazione è sempre valida, anzi non è mai stata dimostrata sul piano scientifico e addirittura le prove che dimostrano il contrario in realtà sono numerose secondo una certa parte della dottrina², anzi Pietro Ichino che è stato uno dei primi a sostenere l' incidenza negativa *Employment Protection Legislation* si è in realtà dovuto ricredere in un certo senso sostenendo che “la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l'equilibrio mediterraneo, caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti determini di per sé tassi di disoccupazione più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei Paesi nord europei e di quelli di tipo statunitense”, tutto ciò ovviamente dipende da paese a paese, infatti ciò che va bene per la Danimarca, per la Svezia può non

² SPEZIALE V. (2015). *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”, pp. 2-49

andar bene per l'Italia. In realtà infatti il tasso di disoccupazione e occupazione dipende da tanti fattori e non certamente solo dal potere di licenziare. Inoltre non bisogna assolutamente dimenticare che limitare le tutele in caso di licenziamento significa inevitabilmente consegnare maggiore potere e autorità all'impresa. Proprio nei giorni in cui l'articolo 18 veniva messo in discussione infatti vari economisti lanciarono "l'allarme", sostenendo che la sua abolizione non sarebbe stato il rimedio di tutti i mali del nostro paese. Anzi recenti studi sostengono che non vi è alcuna dimostrazione che le assunzioni nelle imprese dove si applica l'articolo 18, che per i suoi critici avrebbe da sempre scoraggiato le assunzioni, siano di meno, quindi che vi sia un *turn over*, perché non è mai stato dimostrato il contrario, anzi si sottolinea come ci sia un vero e proprio *turn over* italiano tra i più alti in Europa in generale e non solo nelle medie-grandi imprese dunque. Un noto economista come Luigi Zingales ha infatti sostenuto che il maggiore problema del nostro paese non sarebbe la mancanza della flessibilità nel lavoro, ma quella del capitale e si domandava dunque se questa lunga battaglia per abolire l'art. 18 valesse realmente la pena o invece fosse preferibile spostare l'attenzione altrove, anzi in un suo articolo³ l'economista faceva riferimento ad un articolo presentato ad Harvard dove metteva appunto in dubbio questo assunto. Se il vero problema del nostro paese è il capitale allora si deve auspicare la flessibilità di quest'ultimo e per fare ciò auspicava la riallocazione del capitale di rischio, la riallocazione del controllo ma soprattutto l'uscita dal mercato delle imprese inefficienti. È pur vero però che il modello della deregolamentazione è stato da altre parti criticato. Ma d'altro canto recenti studi invece hanno dimostrato l'efficacia del modello della *flexicurity*, infatti studi condotti dall' ILO (l'organizzazione mondiale del lavoro) e dall'OECD (organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) sostengono che nei paesi dove è adottato tale modello la flessibilità ricercata dalle imprese e quella richiesta dai lavoratori siano complementari molto più che nei paesi

³ ZINGALES L., (2015). *Ma quando arriva la flessibilità del capitale?*, in www.ilsole24ore.com

dove vi è una elevata flessibilità o in senso opposto dove vi è una rigidità molto elevata nella regolamentazione del mercato del lavoro⁴. Inoltre sembrerebbe dimostrato che laddove è adottata la *flexicurity* vi siano delle *performace* migliori in termini di *decent job*, dimostrando allora che la mobilità fino ad un certo grado e se soprattutto protetta e controllata non è un male da estirpare ma anzi è qualcosa di desiderabile e non solo per le imprese ma anche per i lavoratori, oltretutto sembrerebbero raggiungere risultati migliori rispetto ad altri sistemi che adottano soluzioni differenti. È pur vero che questo modello non è stato esente da critiche come abbiamo sottolineato prima. Sicuramente il “tallone d’Achille” della *flexicurity* è la riduzione delle tutele come abbiamo già detto sopra e inoltre a ben vedere il tasso di disoccupazione va in un certo senso scomposto nei suoi elementi, nel senso che se è vero che da un lato il tasso di disoccupazione in generale è diminuito rispetto agli altri paesi continentali, dall’altro il tasso di disoccupazione giovanile è invece aumentato in maniera più netta, mentre la disoccupazione femminile è in calo⁵. È pur vero che i paesi che hanno adottato tale modello l’hanno messo in pratica riducendo ad esempio l’orario di lavoro ma non utilizzando lo strumento dei licenziamenti o utilizzandolo in modo però molto marginale ed è proprio su tale aspetto che il nostro legislatore sembra essersi distinto rispetto agli altri.. Infatti sin dal 2012 con la L. 28 giugno 2012 n. 92 si è cercato nel nostro paese di andare in tale direzione (ma bisogna ricordare che la precarietà non è una “malattia” se vi sono però possibilità di reinserimento del lavoratore e se può contare su forme di sostegno da parte del *welfare* statale) e poi ancor di più il legislatore del 2015. In realtà inizialmente il governo italiano nel 2012 aveva annunciato l’intenzione di creare un contratto unico, arrivando poi come è noto soltanto alla modifica parziale dell’art. 18, dunque rendendo la reintegra un’ eccezione e creando ben quattro regimi sanzionatori: la tutela reintegratoria piena e quella depotenziata, e due

⁵ FIORILLO L., PERULLI A., (2015). *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, Giappichelli, Torino, pp. 3-49

tipi di tutele indennitarie, ma non era poi intervenuta sulle tipologie contrattuali né tantomeno aveva rafforzato le tutele del mercato del lavoro, dato che si era arenato, se così si può dire, tra i mille compromessi che videro come protagonisti il governo, le parti sociali e i sindacati. Tale progetto però è stato in un certo senso portato a termine dal governo Renzi nel 2015. L'ultima scelta del nostro legislatore in ordine di tempo è stata proprio quella di coniare una nuova tipologia di contratto, appunto il contratto di lavoro indeterminato a tutele crescenti, a cui si applicherà la nuova disciplina dei licenziamenti che ha stravolto il sistema precedente.

1.1 Il contratto a tutele crescenti tra modello europeo e quello italiano

Orbene come è stato anticipato nel precedente paragrafo il legislatore del 2015 ha fatto una scelta diversa rispetto a quello del 2012 non solo perché è tornato ad occuparsi dell'art. 18 dopo appena due anni e ciò era l'ultima cosa che ci si poteva aspettare, ma anche e soprattutto è intervenuto sulle tipologie contrattuali. Infatti con il D.lgs. 23/2015 si è creata una "nuova" tipologia di contratto di lavoro subordinato, non più infatti semplicemente a tempo indeterminato, ma il contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, anche se va subito segnalato che sull'aggettivo nuovo non tutti gli autori sono concordi, infatti ci si domanda su cosa in realtà il contratto a tutele crescenti sia realmente differente rispetto a quello previsto dall'art. 2904 c.c., anzi come vedremo successivamente, si noterà che il contratto delineato non è altro che un comune contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con l'unica particolarità che verrà applicato per tutti i nuovi assunti a partire dal 7 marzo 2015 e soprattutto sarà portatore di minori garanzie nel caso infausto di licenziamento. Già la denominazione lascia vari dubbi perché, come vedremo nei successivi capitoli, il termine "crescente" che dovrebbe indicare maggiori garanzie e tutele in realtà è proprio l'opposto, tant'è che molti commentatori l'hanno già ribattezzato come contratto a tutele decrescenti, dato che di crescente c'è soltanto l'indennità risarcitoria e ci

verrebbe anche da dire che il suo incremento è anche relativamente basso, probabilmente il nostro legislatore ha deciso di mantenere tale nomenclatura per dissimulare meglio l'abrogazione effettiva dell'articolo 18. Ciò che si nota subito della recente riforma è che ha voluto in un certo senso seguire il modello contrattuale proposto in ambito europeo, anzi potremmo dire più in generale che il legislatore si è adeguato perfettamente quasi alle linee guida dell'Unione Europea che già da un po' richiedeva ai vari paesi europei di rivedere le proprie discipline in materia di lavoro, impostandole sul rapporto tra rigidità della *job employment protection* e i livelli di occupazione. Va subito segnalato che il nostro legislatore sembra aver preso del modello europeo soltanto la nomenclatura e nulla di più. Infatti se si mettono a confronto i due tipi contrattuali (quello europeo e quello italiano) si noteranno subito delle differenze a dir poco abissali. In realtà se si va ad indagare sulle origini del contratto unico si noterà che è nato per la necessità appunto di semplificazione contrattuale potremmo dire. In uno scenario dove negli ultimi anni si è assistito alla proliferazione di una quantità incredibile di modelli contrattuali tutti caratterizzati dalla temporaneità e precarietà, per dare una maggiore elasticità alla prestazione, che sicuramente è stato a vantaggio delle imprese perché con tali contratti hanno potuto meglio organizzare i loro cicli produttivi ecc. dunque affianco al contratto standard di lavoro si sono affiancati una pluralità di altri contratti. L'unico punto in comune di tutti questi contratti atipici potremmo dire sta nel fatto di alleggerire i vincoli legali che li caratterizzano, tale situazione non è stata solo avvertita nel nostro paese ma in realtà in molti paesi europei. Le tipologie come abbiamo detto sono state numerosissime come ad esempio il *part time* verticale o orizzontale, quest'ultimo può assumere modalità miste come nel caso *job sharing* cioè l'assunzione in solido da parte di due o anche più soggetti di un'unica obbligazione però di lavoro subordinato, il *job splitting* la suddivisione di un unico posto di lavoro a tempo pieno in più posti di lavoro a tempo parziale, il *flexitime* prestazione lavorativa quantitativamente predeterminata con

collocazione temporale variabile di giorno in giorno in base alla discrezione del lavoratore, il contratto di *weekend*. Tutte queste tipologie contrattuali elencate non sono altro che altrettante sottotipologie delle tipologie contrattuali flessibili, tant'è che si può parlare di flessibilità all'interno della flessibilità⁶. Purtroppo però questa pluralità di tipologie contrattuali sembra non aver avuto esiti positivi specialmente alla luce della recente crisi economica, ecco perché già a partire dai primi anni del 2000 si è cominciato a vagliare la possibilità di ricomposizione unitaria del lavoro. Anzi più precisamente la primissima volta che si è parlato di contratto unico è stato ad opera di alcuni economisti francesi che suggerivano un “sistema unico di protezione dell’occupazione e di un contratto di lavoro unico”. Tale riflessione degli economisti francesi è stata probabilmente ricordata dall’Unione Europea che dopo anni ha riproposto tale modello. Più precisamente il contratto concepito a livello europeo è un contratto a tempo indeterminato che da una parte comporta una *entry phase* lunga, una fase dunque d’inserimento nel mercato del lavoro, dove man mano ci sarà una graduale aumento dei diritti in base all’anzianità di servizio del lavoratore e dall’altro sarà seguita da una *stability phase*, una fase dunque caratterizzata da una maggiore stabilità che però si acquisisce solo con l’avanzare dell’anzianità di servizio. Orbene tale modello dovrebbe andare a sostituire o meglio ad essere preferito ad altre tipologie contrattuali di tipo temporaneo. La Commissione Europea ha proprio aperto un dibattito sul problema delle molteplicità di modelli contrattuali, soprattutto quelli atipici auspicando un “contratto unico” che incentivi il lavoro a tempo indeterminato. Sicuramente i vantaggi di tale modello sono molteplici basti pensare che si prevede una tutela dei lavoratori non solo normativa ma anche economica in caso di licenziamento, modulabile appunto all’anzianità di servizio, compresa tra un minimo e un massimo, quindi potremmo dire che se un lavoratore fosse licenziato quando si trova ancora

⁶ CASALE G., PERULLI A., (2014). *Towards a single employment contract: some comparative reflections*, Hart Publishing Ltd, Oxford

nella *entry phase* la sua tutela sarebbe più modesta rispetto a un lavoratore che sia licenziato in una *stability phase*. Ci si potrebbe però chiedere quando ci sia il passaggio da una fase all'altra e dunque in caso di licenziamento da una tutela minima ad una tutela più elevata. Su tale punto la Commissione Europea non ha preso una posizione univoca, avendo stabilito che il momento del passaggio, che come si comprenderà è di estrema importanza e delicatezza, è lasciato alle singole legislazioni, sottolineando però che comunque l'inserimento all'interno dell'impresa, l'aumento dei diritti deve avvenire comunque in modo graduale, per evitare che tra le due fasi non si creino delle differenze nette e improvvisi e cercare anche di ridurre quelli che potrebbero essere gli abusi aziendali. Anche però il livello di protezione del lavoratore alla fine è rimesso ai legislatori nazionali, dato che ogni stato deve comunque tener conto dei propri equilibri politici, sociali e sindacali. Potremmo dunque concludere che l'Unione Europea, come al solito, ha dato delle linee guida, nel caso specifico un modello generale, poi però spetta ai singoli stati membri adattarlo alle proprie esigenze. Ed è proprio sulla base di tale ultimo punto che si può forse comprendere appieno perché il nostro legislatore ha seguito il modello proposto dall'Unione Europea ma fino ad un certo punto. Infatti se da un lato il nostro legislatore ha lasciato inalterata la nomenclatura prevedendo appunto il contratto come contratto di lavoro indeterminato a tutele crescenti, facendo dunque presagire che le tutele aumentino con la maggiore anzianità di servizio, dall'altro lato già nell'art. 1 del D.lgs. 23/2015 stabilendo il campo di applicazione della disciplina limita quest'ultima solo ad alcune tipologie di lavoratori: operai, impiegati, quadri. Quindi prima di tutto ne sono esclusi i dirigenti, anche se questa non sembra una novità eclatante dato che da sempre sono esclusi dalla disciplina sui licenziamenti previsti per gli altri lavoratori, in ragione della loro posizione al vertice, dunque per questi ultimi continuerà ad applicarsi la disciplina previgente degli artt. 2118 e 2119 c.c., oltre che quella di contrattazione collettiva se è vincolante per le parti. Ovviamente a tali regole generali è stata però prevista una deroga in caso di

licenziamento discriminatorio o nullo, infatti in quest'ultimo caso anche costoro godranno della tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 18. La prima incoerenza del nostro legislatore sta proprio nell'ambito di applicazione della nuova disciplina, ai lavoratori che non rientrano nelle categorie elencate quale disciplina andrà applicata? Più precisamente potremmo dire che per quanto riguarda gli apprendisti sono stati sollevati molti dubbi circa la loro sudditanza alla nuova disciplina. In realtà se dovessimo attenerci strettamente alla lettera della norma dovremmo concludere senza dubbio che non vi rientrano, ma invece stando alla pronuncia della Corte Costituzionale che ha esteso la disciplina del licenziamento anche a tali lavoratori, dunque dovrebbero essere soggetti anch'essi alla nuova disciplina. In realtà questa sarà applicata all'appartenere o meno a una delle tre categorie elencate nel decreto e non al carattere formativo o meno del contratto in questione, dunque se ci troviamo dinanzi a un operaio apprendista non si vede il motivo per cui dovrebbe essere escluso dalla nuova disciplina visto che dovrebbe rientrare nell'articolo 2095 c.c. Anche se i dubbi iniziali sono stati poi fugati dalla stessa legge che con l'art. 42 comma 3 del D.lgs. n. 81/2015, che in realtà va a confermare quanto era già stato previsto dall'art. 2 comma 2 lettera 1 del D.lgs. 267/2011, stabilendo che “nel corso del periodo formativo, trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo”, tanto premesso allora si può concludere che ad un apprendista assunto dopo il 7 marzo 2015 in caso di licenziamento sarà applicato il D.lgs. 23/2015⁷. Per un altro aspetto non meno importante ci sono altre categorie di lavoratori che, benché non rientrino in operai, impiegati e quadri, hanno suscitato non poche perplessità come ad esempio è stato per il personale navigante del settore marittimo e aeronautico, per il quale la classificazione del personale è prevista dal codice della navigazione, per i quali già la Corte Costituzionale aveva esteso la disciplina comune considerando incostituzionale l'art. 10 della legge

⁷ MARAZZA M., (2015). *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, vol. 2, pp. 310- 366

604/1966 e dell'art. 35 della legge 300/1970, proprio per il fatto che tali norme escludevano il personale navigante dal campo di applicazione proprio della legge 604/1966, perché non è possibile ricondurre tale personale all'articolo 2095 c.c. e dell'articolo 18 della legge 300/1970. Dunque dovremmo concludere che a tali lavoratori non potrà essere applicata la nuova disciplina. Non vi sono dubbi che l'esclusione di tali lavoratori dall'applicazione non solo è irrazionale ma potrebbe far sorgere non pochi dubbi sulla costituzionalità e un' eventuale pronuncia in tal senso non farebbe altro che estendere la disciplina a categorie che comunque non sono menzionate e che il legislatore ha voluto escludere da tale disciplina. È probabile però, come è stato ipotizzato da alcuni autori, che ancora prima di una possibile sentenza additiva della Corte Costituzionale si possa comunque arrivare a un' interpretazione estensiva proprio per rendere le norme più coerenti con il dettato costituzionale e con l'intero sistema e quindi applicare la nuova disciplina alle categorie di lavoratori subordinati a tempo indeterminato, anche se probabilmente una parte della giurisprudenza sarà di diverso avviso. Anzi proprio grazie alla giurisprudenza e al suo orientamento prevalente in passato proprio al personale nautico potrebbe applicarsi la nuova disciplina, tenendo conto che “ la circostanza che i rapporti di arruolamento dei lavoratori del settore fossero qualificabili come rapporti di lavoro a tempo indeterminato...a rendere applicabili la legge 604/1966 nonché l'articolo 18 della legge 300/1970”⁸, infatti la giurisprudenza della Suprema Corte già da tempo ha spostato l'attenzione più sul rapporto di lavoro che sulla categoria legale di appartenenza. Per quanto riguarda poi tutti i rapporti “speciali” di lavoro che non rientrano nell'articolo 2095 c.c. come ad esempio i domestici o gli sportivi professionisti a costoro continuerà ad applicarsi il regime speciale già previsto ante riforma rispettivamente nelle leggi n. 339 del 1958 e n. 91 del 1981. In secondo luogo, ma non meno importante, è che la disciplina contenuta nel recente decreto legislativo si applica ai nuovi assunti, coloro che saranno

⁸ Cass. 11 aprile 2005 n. 7368

assunti dunque con tale tipologia contrattuale dopo il 7 marzo 2015 o come specifica lo stesso art. 1 comma 2 e 3 in caso di conversione del contratto o aumento dell'organico da parte del datore di lavoro. Orbene ciò vorrebbe dire che di qui a qualche anno potremmo trovarci dinanzi alla situazione che nella stessa impresa ci siano due categorie di lavoratori, che svolgono le stesse mansioni, che rivestono la stessa qualifica, ma che avranno in caso di licenziamento tutele completamente diverse! Perché ai nuovi assunti si applicherà la nuova disciplina del D.lgs. 23/2015 mentre ai vecchi assunti si applicherà l'art. 18 così come novellato dalla L. 92/2012, sempreché è beninteso il datore di lavoro rientri tra i limiti occupazionali previsti dalla legge. È chiaro che questa è una situazione definire anomala è davvero poco. Saremmo quasi tentati dal dire che ci troviamo dinanzi a una "Babele del diritto", una biforcazione in tema di licenziamenti di cui davvero non si sentiva l'esigenza. Il governo che tra i tanti slogan che ha lanciato negli ultimi anni aveva detto che la parola d'ordine era semplificazione ha in realtà complicato in modo esponenziale la situazione. Però va anche segnalato subito che la Cassazione proprio in questi giorni si è confrontata sulla nuova disciplina dei licenziamenti e ha forse fugato qualche dubbio specialmente sul caso di conversione del contratto. La Suprema Corte ha specificato che le nuove tutele e la nuova indennità prevista in caso di trasformazione di un contratto a tempo determinato in uno a tempo indeterminato possono essere applicate solo a quei contratti di lavoro che siano stati stipulati a partire dal 25 giugno 2015, per i contratti pregressi allora continuerà ad applicarsi la legge n. 183/2010. La Cassazione ha sottolineato che ragionando diversamente si dovrebbe porre una questione di conformità con i principi della CEDU e con le norme costituzionali, anche e soprattutto alla luce che la nuova disciplina è palesemente meno favorevole rispetto alla precedente. La Corte ricorda ancora che in realtà la nuova disciplina rispetto alla vecchia non è nient'altro che un caso di successione di legge e non una mera riformulazione⁹. La riforma

⁹ Cass., 20 ottobre 2015 n. 21266

dunque alla luce di questa recentissima sentenza varrebbe solo per il futuro. Probabilmente per il legislatore la semplificazione c'è stata, perché di fatto ha abolito l'articolo 18, cosa che aveva promesso più volte, come se la crisi economica dipendesse solo ed esclusivamente da quell'articolo, cosa che così non è, forse però non ha tenuto conto delle profonde differenze tra vecchi e nuovi assunti che sono talmente vistose da non poter essere in nessun modo giustificate. Ma queste sono solo alcune delle incoerenze del modello italiano. Infatti come abbiamo già anticipato la vera incoerenza di tale modello sta nel fatto che la "crescita" delle tutele in realtà sembra stare solo nella rubrica. Come molti autori hanno sin da subito notato le tutele che dovrebbero essere appunto crescenti non lo sono né qualitativamente né quantitativamente, questo perché non solo con l'aumento dell'anzianità di servizio le garanzie per il lavoratore non aumentano ma restano invariate, ma anche perché l'unico aumento che vi è, l'indennità in caso di licenziamento, sembra davvero un aumento di poco conto. Sicuramente qualcuno potrebbe obiettare che in fondo l'Unione Europea ha sottolineato che spetta ai singoli stati stabilire in concreto le tutele, ma come ha osservato un autorevole autore non vi sono dubbi che il legislatore italiano abbia "tradito il senso della fattispecie", la quale, l'abbiamo già sottolineato più volte, prevede che con il trascorrere del tempo aumentino le tutele giuridiche, raggiungendo col passare del tempo quella *stability phase* tanto desiderata dal legislatore¹⁰. Potremmo allora dire che ci troviamo dinanzi ad un inganno, come è stato detto da molti giornalisti, qui di crescente non c'è proprio nulla. È pur vero però che non è mancato chi invece ha sostenuto che in realtà il nostro paese si trovava di fronte all'obbligo di riforma, come se in definitiva la riforma fosse un vero e proprio vincolo obbligatorio imposto dall'Unione Europea¹¹. La riforma del lavoro infatti non sarebbe altro che una delle riforme strutturali che sarebbero diventati dei veri e propri obblighi per gli Stati membri, la cui violazione potrebbe portare anche a delle sanzioni

¹⁰ FIORILLO L., PERULLI A., (2015), op.cit.

¹¹ SPEZIALE V., (2015), op. cit.

pesanti che per il nostro paese sarebbero più deleterie che altro. Inoltre se è vero che le nostre recenti riforme sono il frutto di un “piano europeo” che quindi va oltre i confini nazionali, non si può escludere che la recente riforma sui licenziamenti sia il “prezzo” da pagare del Governo Renzi per non aver rispettato i vincoli economici europei ed evitare le conseguenti sanzioni, anzi potremmo anche dire che il famoso *bonus* di 80 euro concesso a molti lavoratori è stato uno dei motivi che non ha fatto rispettare tali vincoli economici, tant’è che non si può negare che la Commissione Europea nonostante non neghi la criticità del nostro paese sta lodando lo sforzo del governo per portare avanti le riforme e che ha sottolineato più volte come le riforme strutturali siano uno strumento valido di riallineamento ai parametri europei¹². È vero però che non si possono soltanto vedere i lati negativi del Jobs Act. Quest’ultimo non è una “creatura” nata così all’improvviso, ma è frutto del nostro tempo, non sono infatti mancati alcuni autori che pur non negando i difetti del decreto in questione hanno visto o sarebbe meglio dire hanno cercato di vedere i lati positivi. Proprio tali autori hanno sottolineato come dicevamo prima che il Jobs Act è “l’adattamento del sistema giuridico lavoristico allo stato di cose presente, al mutamento di come il lavoro viene organizzato ed erogato”, si potrebbe forse dire esagerando che l’intervento legislativo si sia ispirato al metodo marxiano, cioè la struttura giuridica che si adegua a quella economica¹³, quando invece forse per troppi anni è accaduto l’inverso. È innegabile che la recente riforma sia stata ispirata da valutazioni strettamente economiche, perché l’obiettivo finale è l’incremento dell’occupazione e le tecniche utilizzate sono sicuramente rientranti nelle teorie di *law and economics*, l’esempio pratico di ciò di cui stiamo parlando è proprio la tutela reintegratoria, la sua drastica riduzione e sostituzione con la

¹² PIZZOFERRATO A., (2015). *L’autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in www.aidlass.it, pp. 1-50

¹³ CARUSO S.B., (2015). *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP C.S.D.L.E “Massimo D’Antona”, pp. 3-27, di prossima pubblicazione negli scritti in onore di R. De Luca Tamjo

tutela indennitaria è proprio giustificata dal voler eliminare la grande indeterminatezza del *firing cost*, che deriva dalla parola stessa *fire* cioè fuoco che è la parola utilizzata negli Stati Uniti per descrivere il licenziamento, tant'è che si utilizza l'espressione "*You are fired*" (cioè sei licenziato) e che è diventata familiare anche da noi. Con *firing cost* gli economisti intendono in generale il costo del licenziamento, il peso e il rischio potremmo dire che deve sopportare il datore di lavoro nel momento del recesso e nel nostro paese specialmente ciò si traduce nell'incertezza della durata del processo. Tali autori sostengono che probabilmente i critici del Jobs Act e del contratto a tutele crescenti in generale spingono la loro critica quasi come se fosse una presa di posizione, come se finissero di porsi in un mondo parallelo, "dove ci sono due mondi, due lune, due tempi, due fluire della storia"¹⁴. Come abbiamo già detto sopra è impensabile una valutazione critica dell'intervento del legislatore senza tener minimamente conto del contesto storico in cui ci troviamo. È innegabile che uno dei punti maggiormente criticati di tale decreto sia stato proprio l'iter per la sua approvazione. Invero a differenza della L. 92/2012 che aveva visto anche se in parte modesta comunque l'intervento dei sindacati ed era il frutto di un compromesso politico, il Jobs Act invece è il frutto di una sola parte, non vi è stato nessun compromesso né con gli altri partiti né con i sindacati, che sono rimasti completamente inascoltati dal governo, non vi è stato alcun dialogo sociale, ma il legislatore ha fatto una scelta ben precisa e radicale, una vera e propria scelta di campo senza alcun tipo di mediazione o sarebbe meglio dire che in realtà il compromesso politico c'è, dato che come sappiamo il Governo Renzi è il frutto di un compromesso tra diverse forze politiche, ma sul tema dei licenziamenti sembra proprio che il Presidente del Consiglio sia riuscito ad imporsi sulle altre forze. In realtà non si può negare che il nostro legislatore è rimasto coerente fino alla fine con ciò che aveva annunciato, in generale l'abolizione dell'articolo 18 e comunque una *policy* volta a tutelare gli *insiders* e gli *outsiders*, cioè tra coloro che hanno

¹⁴ CARUSO S. B., (2015), op. cit.

già un'occupazione e coloro che invece sono ancora in cerca di un'occupazione. Anzi potremmo dire che il legislatore delegato non poteva fare di meglio, perché non solo l'articolo 18 è stato praticamente abrogato, ma se si crede al *trade-off* tra *insiders* e *outsiders*, come se minori tutele per i primi volesse dire maggiore possibilità di occupazione per i secondi, allora davvero il legislatore ha fatto centro. Inoltre non è trascurabile il fatto che la legge delega n. 183/2014 è stata approvata facendo ricorso al voto di fiducia in Senato, con 166 voti favorevoli, 112 contrari e un astenuto alla Camera dei Deputati, con il giudizio però aspramente negativo sia della CGIL sia FLC sulla legge delega in questione, nonostante siano intervenute delle modifiche rispetto al primissimo progetto originario, ciò è stato il risultato di un travagliato e lungo iter parlamentare, dove addirittura la minoranza del partito democratico sosteneva che il suo voto era dato "per senso di responsabilità" e ciò fa comprendere come lo stesso partito di maggioranza si sia spaccato in due sulla questione dei licenziamenti soprattutto. Inoltre come poi si è potuto osservare il percorso è stato ancora più tortuoso dato che sono state conferite cinque deleghe al governo per definire nei decreti attuativi le soluzioni concrete. Potremmo concludere che con l'effettiva abrogazione dell'articolo 18 la reintegra è stata assolutamente marginalizzata, passando da essere regola a semplice eccezione. È vero infatti che il legislatore ha mantenuto la tutela reale per alcuni casi, anzi proprio per i casi più importanti connotati da un alto disvalore sociale come i licenziamenti discriminatori, ma possiamo ovviamente sostenere al riguardo che in tal caso la scelta era obbligata. Non sarebbe stato concepibile eliminare tale tutela per quello che è da sempre il licenziamento più odioso da subire e stando anche ai dati statistici non è stato un gran "sacrificio" per il legislatore mantenerlo, dato che questa tipologia di licenziamento è difficile da vedere nelle aule di tribunale non solo perché il datore di lavoro non licenzierà mai esplicitamente un lavoratore per un motivo discriminatorio ma il più delle volte lo simulerà con altri tipi di licenziamento, ma anche perché è difficile dare la prova della discriminazione che è a carico

del lavoratore, ed ecco perché come vedremo la giurisprudenza ha alleggerito il relativo onere. Non vi sono dubbi che quella di cui siamo gli spettatori potrebbe essere definita come una “rivoluzione copernicana del diritto”¹⁵ e ciò fa in modo tale da allontanarci, non si sa ancora se positivamente o negativamente, da altri paesi dove la reintegra è ancora utilizzata come strumento contro i licenziamenti ingiustificati, cosa che da noi all’indomani del 7 marzo 2015 non sarà più, tranne che in pochi casi previsti e rendendo il nostro paese più flessibile e più vicino al modello spagnolo.

1.1.1 *La legge delega 183/2014: il sospetto di incostituzionalità e i problemi di violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza*

Come abbiamo già detto alla fine del precedente paragrafo l’approvazione del Jobs Act, che in realtà deriva dall’acronimo “*Jumpstart Our Business Startups Act*” che è riferito ad una legge statunitense promulgata nel 2012 dal governo di Barack Obama a favore delle imprese di piccole entità, in Italia invece si è preferito tale termine per indicare in generale tutta una serie di interventi del nostro legislatore sul mercato del lavoro, è avvenuta grazie alla legge delega 183/2014 poi convertita nel D.lgs. 23/2015, grazie ad un voto di fiducia in Senato. In realtà l’idea di fondo della riforma affonda le sue radici nel passato e più precisamente già nel gennaio 2014 quando durante il governo Letta, Matteo Renzi, che era neo-segretario del Partito Democratico, lanciava l’idea del Jobs Act, quindi una riforma in generale del mercato del lavoro nel nostro paese e l’introduzione di un contratto unico a tutele crescenti, di una creazione di un’agenzia nazionale per l’impiego, di un assegno universale di disoccupazione, oltre che di semplificazione delle regole esistenti e di riforma della rappresentanza sindacale. Come sappiamo di lì a poco per circostanze potremmo dire anomale Matteo Renzi salito al governo si mette subito in moto

¹⁵ FIORILLO L., PERULLI A., (2015), op.cit.

dando il via alle riforme e il Jobs Act specialmente è diviso in due provvedimenti: il decreto legge 20 marzo 2014 n. 34 noto come “decreto Poletti” prendendo il nome dall’attuale Ministro del Lavoro Giuliano Poletti e la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 ed è specialmente di quest’ultima che andremo a trattare dato che è stata quella che ha lasciato maggiori perplessità. È innegabile che il nostro legislatore ha preferito utilizzare la tecnica della legge delega per mandare avanti le riforme, non è altro che l’ennesimo esempio di come il nostro governo tenda ad accelerare e a modificare le procedure parlamentari, oramai siamo gli spettatori volenti o nolenti di una legislatura che va avanti appunto con voti di fiducia e decreti legislativi. A ben vedere l’aspetto di modifica delle procedure parlamentari sembra ancora più evidente laddove in questo caso specifico ci troviamo di fronte a una legge delega di vastissimo spettro e decisamente indeterminata, consegnata dunque al governo con la libertà, ci sentiremmo di dire, di riscrivere completamente il diritto del lavoro e in special modo la disciplina dei licenziamenti individuali che da sempre è il punto caldo e più problematico dell’intero sistema. Non è assolutamente da sottovalutare come l’iter di approvazione della legge delega sia stato lungo e tortuoso, come abbiamo già sottolineato nel precedente paragrafo, perché se è vero che è stata approvata dalla maggioranza che sostiene il governo Renzi il 25 novembre 2014 alla Camera dei Deputati, con 366 sì, 6 no e 5 astenuti, dall’altro però in Senato si è dovuti ricorrere al voto di fiducia il 3 dicembre successivo, nella fase di discussione i confronti sono stati molto accessi e i toni molto aspri sia in Parlamento con la stessa minoranza del Partito Democratico che fuori con i sindacati e in prima fila la CGIL, specialmente quando si parlava dei licenziamenti. Soprattutto i sindacati risposero all’annuncio di una nuova modifica dell’articolo 18 o sarebbe più corretto dire alla sua abrogazione, organizzando uno sciopero generale guidato dalla CGIL e UIL per il 12 dicembre successivo, quando ormai già due giorni prima il 10 dicembre il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano aveva firmato la legge. Purtroppo sin da subito molti

autori hanno parlato di un “eccesso” di delega ai sensi dell’art. 76 Cost. in almeno due punti fondamentali della legge delega: nell’art. 1 comma 2 e 7. Più precisamente l’art 1 comma 7 alla lettera c della legge delega n. 183/2014 traccia precisamente il confine entro il quale andrà applicato il nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, soltanto ai nuovi assunti e questa è stata senza dubbio una scelta ben precisa del legislatore e frutto di un seppur piccolo compromesso politico. Però il campo di applicazione della nuova disciplina sui licenziamenti, che è il vero fulcro dell’intera normativa, travalica invece illegittimamente la delega laddove l’art. 1 del D.lgs. n. 23/2015 in almeno due punti sembra prevedere tutt’altro. Infatti eccede la delega non solo all’art. 1 comma 3 quando prevede che la disciplina sui licenziamenti del decreto si estende ai casi in cui piccole imprese a causa di successive assunzioni superino la soglia occupazionale prevista dall’art. 18. Di fondo non vi è dubbio che vi sia l’intenzione di incentivare nuove assunzioni nelle piccole imprese, facendole non ricadere nell’area però dell’articolo 18 e dunque con il “pericolo” della tutela reintegratoria, ma il decreto applica la nuova disciplina dei licenziamenti anche ai lavoratori già assunti. Ma allora il criterio direttivo della delega che fine fa? Sarebbe stato più corretto allora e senza alcun eccesso di delega semplicemente specificare che i nuovi assunti con contratto a tutele crescenti non rientravano nel computo dell’organico utile per l’applicazione dell’articolo 18, anche se qualche autore ha giustamente osservato che tale via era sì possibile ma solo se il nuovo contratto fosse stato configurato come sottotipo sperimentale rivolto cioè a favorire l’ingresso nel mercato del lavoro, seguendo quella che era la primissima previsione del disegno di legge governativo¹⁶. Ma tale possibilità comunque oggi non sarebbe praticabile dato che il contratto a tutele crescenti è stato configurato non come un sottotipo contrattuale ma come una forma ordinaria di contratto per nuove assunzioni a tempo indeterminato ai sensi

¹⁶ GIUBBONI S. (2015). *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 2-22, destinato alla rivista telematica Cotituzionalismo.it

dell'art. 2094 del cod. civ o come forma comune di rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 1 comma 7 lettera b della legge 183/2014. Ma eccede ancora la delega anche il secondo comma dell'articolo 1 del D.lgs. n. 23/2015 che estende la disciplina anche nel caso di conversione contrattuale, cioè ci troviamo di fronte al caso di lavoratori assunti con un determinato contratto di lavoro ad esempio di apprendistato o a tempo determinato, che dopo l'entrata in vigore della suddetta disciplina è convertito in un contratto a tempo indeterminato. È abbastanza ovvio che le considerazioni che si possono fare sono analoghe a quelle svolte prima, qui l'eccesso di delega si nota dal fatto che la conversione, termine non proprio utilizzato nella sua accezione strettamente tecnica, di un tipo di contratto ad un altro è una cosa molto diversa da una nuova assunzione. Non vi sono dubbi che l'ordinamento riconosca i casi di conversione di un contratto a tempo determinato ad un contratto a tempo indeterminato, ma ciò che distingue tale figura da una nuova assunzione è che comunque nel primo caso ci troviamo di fronte a un contratto che ha un termine, una data precisa in cui il rapporto di lavoro si scioglierà. Sicuramente questi due sono gli aspetti che hanno suscitato i maggiori dubbi ma purtroppo non sono stati i soli. Come però abbiamo visto nel precedente paragrafo la Cassazione recentemente sembra aver fugato almeno quest'ultimo dubbio, sostenendo la irretroattività del Jobs Act in caso di conversione del contratto.

Anche la previsione dell'art. 3 comma 2 del decreto ha lasciato numerose perplessità, se non proprio di eccesso di delega quanto meno però di incompatibilità con la stessa. Più precisamente la legge delega estende la tutela reintegratoria o meglio quel poco che ne resta, sia pur con un effetto risarcitorio limitato a "specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato", mentre invece se si va a leggere l'articolo 3 comma 2 del decreto si noterà che la tutela reintegratoria è prevista soltanto nei casi in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore e in tal caso il legislatore sottolinea come resta

estranea qualsiasi valutazione circa la sproporzione della sanzione. Tralasciando il fatto che il legislatore in tal caso ha voluto esplicitamente evitare qualsiasi potere discrezionale del giudice, anche se ciò non ci stupisce più di tanto dato che uno degli slogan più utilizzati dalla politica ultimamente era proprio quello di eliminare qualsivoglia potere discrezionale dei giudici, dato che la magistratura in questo paese è vista sempre come un nemico, anzi potremmo addirittura spingerci a dire che è considerata a volte come il nemico numero uno, è indubbio che in tal caso ci troviamo dinanzi a una violazione dei principi costituzionali. Il legislatore ha trovato in tale articolo il “coraggio” finalmente di mettere in pratica ciò che si teorizzava da anni, limitare la discrezionalità dei giudici, vi era già da molto tempo nel nostro paese una vera e propria insofferenza per tale potere che a dir il vero è inevitabile. Qualunque giurista, anche il più giovane e inesperto, potrebbe rispondere che la discrezionalità è un potere ineliminabile e inevitabile, che è parte integrante del potere giurisdizionale e che è ancora più importante in una disciplina così delicata come quella dei licenziamenti. Non vi sono dubbi che l’insofferenza di cui parliamo è frutto non solo di slogan politici ma anche delle moderne teorie di *law and economics* laddove teorizzano un diritto sempre più certo, più calcolabile, misurabile, che sarebbe dunque perfettamente prevedibile *ex ante* perché rientrerebbe in una logica restrittiva di vero/falso senza nessun tipo di sfumatura o dove semplicemente è calcolabile in modo matematico, insomma come vedremo nei successivi capitoli di un diritto che segue e si “piega” all’economia e non l’inverso come è accaduto finora. È chiaro che la logica scelta dal legislatore è quella di commisurare l’indennità con l’anzianità di servizio, più anni di servizio dunque corrisponderanno a una maggiore indennità, facendo così però il legislatore ha assunto solo questo come criterio per commisurare l’indennità, tralasciando invece numerosi criteri alternativi che invece potevano essere utili. Prima di tutto non ha infatti tenuto minimamente conto dei criteri che ad esempio elencava l’articolo 18 così come novellato dalla Riforma Fornero o anche quelli contenuti nell’articolo 8

della L. 604/1966, tale scelta però non è frutto di un mero capriccio del legislatore. A ben vedere i criteri elencati nei due articoli precedenti non possono di fatto essere ridotti ad un mero calcolo matematico, ma anzi richiedono invece un lavoro più elaborato da parte dei giudici, richiedono in poche parole una valutazione discrezionale di questi ultimi. Se abbiamo interpretato bene le norme allora non ci resta che concludere che in realtà il legislatore è stato, purtroppo ci verrebbe da dire, coerente con ciò che voleva, se uno degli scopi di fondo di questa riforma, come abbiamo detto prima, era quella di diminuire o addirittura eliminare del tutto il potere discrezionale dei giudici allora il legislatore ha raggiunto il suo obiettivo.

Ancora di più questa logica si nota quando il legislatore non solo impone al giudice di evitare qualunque giudizio sulla sproporzione della sanzione, ma gli impone di limitare la sua indagine solo all'insussistenza del fatto materiale. Dovremmo allora dire che la norma non rispetta in alcun modo il principio di proporzionalità che vi deve essere tra sanzione e infrazione disciplinare, specialmente nel caso in cui si discute della sanzione più grave e più invalidante per il lavoratore, quella appunto espulsiva. Come vedremo più approfonditamente nel capitolo successivo, il legislatore ha tentato in tale norma di porre fine alla *querelle* dottrinale e giurisprudenziale che era scaturita nel 2012, sottolineando come il fatto valutato dal giudice debba essere considerato un fatto materiale. Non ci possono essere dubbi che il nostro legislatore ha fatto tale scelta non certo per *sua sponte*, ma perché ha preso la "palla al balzo" *dell'obiter dictum*, che a dir il vero era anche alquanto contraddittorio, facendo suoi i maggiori approdi giurisprudenziali. Molti autori infatti hanno sostenuto che il legislatore delegato quasi come un dilettante si è fatto suggestionare da questa interpretazione della Cassazione sul fatto materiale, di cui però il giudice deve accertare solo l'esistenza o meno senza poter fare nessun ragionamento circa la proporzionalità della sanzione e

dunque della sua ragionevolezza¹⁷. Alla luce di tali considerazioni non si può assolutamente negare che l'art. 3 comma 2 del D.lgs. 23/2015 sia una norma a dir poco irrazionale e che è in palese contrasto con l'articolo 3 della Costituzione. È infatti innegabile che già il fatto di impedire qualsivoglia giudizio di proporzionalità tra infrazione disciplinare e sanzione è contrario all'articolo 2106 c.c. che richiede per l'irrogazione della sanzione la proporzionalità della stessa rispetto all'infrazione compiuta, ma sicuramente il dato più sconcertante è che allora potremmo trovarci di fronte alla situazione paradossale di un' infrazione lieve ad esempio un ritardo di pochi minuti ma che potrebbe essere sanzionato con la sanzione espulsiva. Dinanzi ad una tale aporia logica anche chi non è un giurista ne comprenderà la gravità e il pericolo, perché se si assume che il fatto posto a base del licenziamento è un fatto materiale, dunque un accadimento naturale, percepibile potremmo dire sensorialmente, dove la decisione del giudice è limitata a dire esiste o non esiste, allora ci troviamo dinanzi a una situazione scandita dall' illogicità, per la quale se il fatto sussiste, anche se è una lieve infrazione il giudice non avrebbe scelta se non quella di applicare la più grave delle sanzioni, quella espulsiva, anzi addirittura si potrebbe giungere alla situazione in cui un fatto anche se non ha rilevanza disciplinare, perché non rientra né nel notevole inadempimento degli obblighi contrattuali ai sensi dell'art. 3 della L. 604/1966, né nella giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c., dato che il nostro legislatore per lo meno non è intervenuto sulle due nozioni in questione e dunque ci troveremo di fronte ad un fatto lecito, anche solo per il semplice fatto che sussiste potrebbe giustificare il licenziamento. In realtà non possiamo per certo sapere se il legislatore abbia pensato a tutte queste conseguenze o abbia semplicemente preso *l'obiter dictum* in questione e lo abbia traslato nel D.lgs. senza farsi tanti problemi interpretativi come ultimamente tra l'altro sembra fare. Sicuramente però il caso in cui il fatto non sia minimamente ascrivibile né alla giusta causa né al giustificato motivo e quindi non integri

¹⁷ GIUBBONI S. (2015), op. cit.

nessuna infrazione disciplinare è un caso limite, si può infatti ipotizzare un'altra situazione, quella in cui il fatto materiale c'è ed è qualificabile come infrazione disciplinare ma che per un giudizio di proporzionalità non sarebbe corretta l'espulsione del lavoratore ma più semplicemente una diversa sanzione conservativa, ma stando invece alla lettera della norma un tale ragionamento non è possibile, il giudice non può compiere alcun giudizio di proporzionalità, non può tener conto di tutta una serie di elementi che rendono un fatto diverso da un altro, ad esempio il profilo soggettivo e psicologico del lavoratore che sono fondamentali per comprendere realmente la sua condotta, controllare che vi siano cause di giustificazione o esimenti ecc. Ma tutto il ragionamento fatto poc'anzi non può essere svolto dal giudice e allora non solo la norma è contraria all'articolo 3 della Costituzione come è stato già detto ma anche con l'articolo 39 primo comma della Costituzione, perché finisce di svuotare ciò che è previsto nella contrattazione collettiva sia per quanto riguarda gli illeciti sia per quanto riguarda la graduazione delle sanzioni.

Certamente l'irrazionalità di tale norma è ancora più palese quando si legge all'articolo 3 secondo comma che solo quando viene "accertata direttamente in giudizio l'insussistenza del fatto materiale...il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegra", tant'è infatti che il legislatore con il recente decreto ha completato se così si può dire il percorso già iniziato nel 2012 per rendere la reintegra eccezionale e anche nel licenziamento disciplinare infatti d'ora in poi la regola sarà l'indennità mentre la reintegrazione sarà relegata ad eccezione solo appunto in questo caso, ciò vorrebbe dire che c'è un'inversione dell'onere della prova, addossando dunque sul lavoratore, superando quanto è previsto dall'articolo 5 della l. 604/1966 secondo cui spetta al datore di lavoro la prova della giustificatezza del licenziamento e dunque la sua legittimità. Certo questa ripartizione dell'onere della prova che contrasta con gli articoli 3 e 24 della Costituzione non fa altro

che avvalorare il giudizio negativo sulla norma in questione, è proprio il dato di scaricare l'onere negativo sul lavoratore l'aberrazione del sistema così delineato, perché spesso è ipotizzabile che il lavoratore non avrà neppure l'interesse a contestare il fatto in sé ma più la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo e da tale prova far dipendere l'unico caso di reintegrazione superstite di questa riforma. Proprio per tale motivo e stando al tenore letterale della norma il lavoratore dovrà dare dimostrazione dell'insussistenza del fatto perché solo da ciò dipende la reintegra. A ben vedere non si poteva agire diversamente sul fronte probatorio, perché il datore di lavoro è ovviamente portatore di interessi giuridici opposti. Al lavoratore dunque non solo è richiesta la prova negativa dell'insussistenza del fatto, ma soprattutto è richiesta la prova diretta, non basterà dunque una prova indiretta di carattere presuntivo ai sensi dell'articolo 2727 c.c. e del resto tutto avvalorà l'intento del legislatore che intende relegare la tutela reintegratoria a mera eccezione. Sul punto invece che la dimostrazione sia data direttamente in giudizio verrebbe da chiedersi quale sia il luogo più adatto se non un'aula di tribunale. È questa senz'altro una scelta politica che tende sempre di più a rendere gravosa la situazione del lavoratore, laddove non solo si vede ridotte le tutele sia sostanziali che procedurali. Siamo di fronte allora all'ennesima disparità di trattamento, non solo sostanziale come abbiamo già accennato prima ma anche processuale. Infatti la biforcazione ancora una volta sarà il momento dell'assunzione se ante o post 7 marzo 2015, perché potremmo avere la situazione di due lavoratori a cui è addebitato lo stesso illecito disciplinare ma su cui graveranno oneri probatori differenti. Infatti al lavoratore assunto ante riforma basterebbe un difetto di allegazione da parte del datore di lavoro per ottenere la reintegrazione, per il lavoratore assunto post riforma invece nonostante vi fosse il difetto del datore di lavoro dell'allegazione probatoria ciò non basterebbe per ottenere la reintegra, perché la nuova disciplina richiede un onere maggiore a carico del lavoratore, quella di dimostrare in giudizio l'insussistenza del fatto materiale, solo in questo caso otterrebbe la

reintegrazione, mentre negli altri casi soltanto la tutela indennitaria. Non vi possono essere dubbi nel sostenere che ancora una volta siamo di fronte a una disparità di trattamento ingiustificabile e immotivata e non ci sono dubbi che anche su questo punto il legislatore ha perso un'ulteriore occasione per far chiarezza su un aspetto che già all'epoca della Riforma Fornero aveva lasciato svariate perplessità, infatti sin da allora non era mancato chi si chiedeva se il lavoratore potesse limitarsi a chiedere l'accertamento del difetto di giustificazione o dovesse invece allegare e provare i relativi fatti, dato che vi era al riguardo un silenzio normativo. All'epoca era senz'altro stata preferita la soluzione dottrinale che onerava il lavoratore solo della domanda di accertamento dell'ingiustificatezza e del carattere sanzionatorio del recesso, dunque senza gravarlo ulteriormente con la relativa prova, dato che l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo erano e sono tutt'ora a carico del datore di lavoro ai sensi dell'art. 5 della L. 604/1966 e non del lavoratore e dunque questa sembrava la soluzione più consona al dettato normativo¹⁸. Purtroppo nonostante il giudizio sia complessivamente negativo dobbiamo constatare che almeno il legislatore nell'impianto complessivo del decreto attuativo è coerente con la legge delega che ha voluto portare a compimento il suo obiettivo che era quello di rottura con il passato, di ridimensionare i principi di uguaglianza e solidarietà nei luoghi di lavoro, ed è proprio attraverso ciò che si è operato un "cambiamento di paradigma" che la Riforma Fornero aveva soltanto avviato¹⁹, oggi ancora prima della riforma del 2012 siamo gli spettatori di una divaricazione delle tutele contro i licenziamenti illegittimi a seconda della data di assunzione del lavoratore e dato che è innegabile che i nuovi assunti a partire dal 7 marzo 2015 beneficeranno di tutele nettamente inferiori rispetto ai vecchi assunti ciò sembra del tutto inaccettabile e contro ogni qualsivoglia principio di ragionevolezza. Inoltre basti ricordare che una lacerazione dei principi

¹⁸ SPEZIALE V. (2012). *La riforma del licenziamento individuale tra diritto e economia*, in *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli, Milano, pp. 875 ss.

¹⁹ NAPOLI M. (2014). *Diritto del lavoro in trasformazione (2010-2014)*, Giappichelli, Torino

fondativi del diritto del lavoro purtroppo possono essere ravvisati anche nel caso di licenziamenti collettivi.

1.3 La disciplina dei licenziamenti negli altri paesi europei e nel resto del mondo

Dando un rapido sguardo agli altri paesi europei e alla loro disciplina sui licenziamenti si noterà sin da subito che vi è un comune denominatore: i licenziamenti discriminatori sono quasi sempre vietati e ciò è facilmente comprensibile, dato che questi sono senz'altro quelli connotati dal maggior disvalore sociale e sono senz'altro avvertiti dalla comunità come i più ingiusti. Un altro aspetto comune è che in quasi tutti i paesi tranne in Spagna la tutela contro il licenziamento è delimitata in ragione della dimensione aziendale come di altri requisiti, ad esempio in Gran Bretagna il lavoratore godrà della disciplina statutaria del *fair dismissal* se è dipendente da almeno due anni ma dal 2012 è stata ristretta ad un solo anno e se rientra nelle tre *circumstances* previste; in Francia oltre che essere occupato in un'azienda di almeno dieci dipendenti il lavoratore deve avere per lo meno due anni di servizio; Per quanto riguarda i licenziamenti economici invece sono quasi sempre possibili. Ma andando con ordine come si saprà il modello dal quale il nostro legislatore ha attinto è sicuramente quello tedesco e proprio in Germania vi sono stati vari cambiamenti nell'ultimo decennio che hanno investito il settore del lavoro, nel senso sempre favorevole ad una maggiore flessibilità. Anche in Germania infatti come in Italia si nota una distinzione tra le piccole imprese e quelle invece di maggiori dimensioni. La differenza con il nostro paese sta proprio nel limite occupazionale, relativamente più basso in Germania che è di dieci dipendenti, sotto tale soglia infatti il licenziamento risulterà più facile, mentre per le imprese di maggiori

dimensioni sarà necessario una consultazione con il Comitato d'impresa che potrebbe essere paragonato in un certo senso alla nostra rappresentanza sindacale aziendale, durante tale negoziazione il dipendente resterà al suo posto di lavoro e solo se il Comitato d'impresa riterrà illegittimo il suddetto licenziamento allora si ricorrerà al giudice. Quest'ultimo potrà scegliere se disporre il reintegro o un'indennità economica. Il licenziamento deve sempre prevedere un preavviso, essendo esclusi i licenziamenti in tronco tranne nel caso in cui vi sia una colpa grave del lavoratore, che potrebbe essere paragonata alla nostra nozione di giusta causa, dunque in realtà la prosecuzione del rapporto di lavoro è in generale rara. Se invece spostiamo l'attenzione sulla Gran Bretagna qui si dovrà notare che non si può trovare una figura simile al nostro nuovo contratto a tempo indeterminato, perché si potranno trovare solo due grandi categorie di contratto: *employment* e *services*, il primo può essere definito come contratto da dipendente e il secondo invece come una semplice prestazione come ad esempio quella di un libero professionista. In estrema sintesi sono vietati soltanto i licenziamenti discriminatori, per i quali può scattare il reintegro. Per tutti gli altri casi invece ci sarà solo una tutela risarcitoria, la quale è chiamata *compensation* e sarà costituita da una *basic award*. In Francia invece sono possibili i licenziamenti economici e anche per ragioni legate alle competenze del dipendente in questione, con la previsione però di un indennizzo minimo di sei mesi (in genere tra i 12 e i 24 mesi), per quelli discriminatori, di rappresaglia e antisindacale è invece riconosciuta la tutela reintegratoria, che è garantita dallo strumento di coercizione indiretta la *astreinte*. Inoltre è riconosciuto un Consiglio di probiviri, particolare è il suo nome che discende dal latino *probi viri* cioè uomini onesti, formato da rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro che si occupa delle mediazioni; Anche in Spagna esiste la possibilità di licenziare per motivi economici con la conseguenza di dover pagare un risarcimento economico che la recente riforma ha abbassato a 20 giorni per ogni anno di servizio (prima erano invece 45) per un massimo di 12 anni per

le imprese che si trovano in una situazione di crisi aziendale, mentre per le imprese che non si trovano in crisi aziendale di 33 giorni e il massimo è di 24 anni. Probabilmente essendoci dunque un sistema che gradua il risarcimento economico in base agli anni di servizio del lavoratore ecco perché una parte della dottrina ha detto che la nuova disciplina elencata nel D.lgs. 23/2015 è vicina al modello spagnolo. In questa brevissima panoramica non si può non far un breve cenno alle due super potenze: gli Stati Uniti e la Cina. Per quanto riguarda i primi in base alle statistiche dell'OCSE sono il paese con le regole meno severe in termini di licenziamento, infatti potremmo dire che l'azienda è praticamente libera di licenziare ogni qualvolta lo ritiene opportuno, è il c.d. principio *at will*, che è un'espressione che può essere paragonata al nostro *ad nutum* cioè potremmo tradurlo come licenziare a piacimento, infatti solo una parte dei lavoratori, specialmente nel settore pubblico, gode di garanzie di stabilità del posto di lavoro. Anzi il principio prende spesso il nome di "*at will employment*" proprio per sottolineare ancora di più l'elemento volontaristico. Anche ovviamente negli USA sono vietati i licenziamenti discriminatori e nel caso è riconosciuto un risarcimento pari almeno all'intera retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di mancato lavoro ed è previsto anche un indennizzo per i danni economici futuri e addirittura per i danni psicologici, verrebbe da sottolineare che stiamo parlando pur sempre del paese che nella Dichiarazione di Indipendenza americana del 4 luglio del 1776 parlava del diritto alla felicità riconosciuto a tutti gli uomini. È bene però sottolineare che tale libertà di licenziare negli Stati Uniti sta scemando seppur lentamente, il principio *at will* si sta infatti recentemente scontrando con l'applicazione di nuove politiche al riguardo le c.d. "*public policy exceptions*" o tradotte semplicemente come eccezioni di ordine pubblico che fatte valere dal lavoratore in giudizio possono portare a un risarcimento adeguato e non proprio la reintegrazione che è alquanto sconosciuta in tal paese²⁰. Insomma

²⁰ GARDENAL M.(2004). *Il licenziamento negli USA: verso un ridimensionamento del principio "at will"?*, pp. 1-3, in www.gardenal.it

sembrerebbe che i cambiamenti non riguardano solo casa nostra ma si affacciano anche oltre oceano. L'ultimo paese della nostra breve analisi, ma che non poteva assolutamente mancare, è la Cina. La superpotenza emergente dell'economia mondiale ha leggi particolarmente restrittive sul lavoro e sui licenziamenti. Il lavoratore sarà licenziabile solo per giustificato motivo, anche nel corso del periodo di prova. È invece illicenziabile in ogni caso potremmo dire se lavora per la stessa azienda da almeno 15 anni, se gli mancano meno di cinque anni alla pensione e nel caso di malattie dovute all'attività aziendale. Sono vietati i licenziamenti delle lavoratrici in gravidanza e c'è il reintegro che però il lavoratore può rifiutare preferendo invece un indennizzo sostitutivo. Anzi in Cina è prevista anche una procedura preventiva al licenziamento, dove devono essere informate prima le rappresentanze sindacali, ed è un po' simile al sistema tedesco descritto prima, ma in entrambi i casi va sottolineato che il parere non ha carattere vincolante. Potrebbe lasciare a prima lettura alquanto sconcertati una disciplina di tal genere in un paese come la Cina che come sappiamo non essere del tutto rispettoso dei diritti dei propri cittadini, ma in realtà leggendo tra le righe forse una ratio di fondo c'è, ed è probabilmente quella di non scoraggiare gli investimenti stranieri. Attraverso la riforma del 2008, con la quale si è stabilito di redigere i contratti di lavoro per iscritto, il governo cinese ha cercato dunque di bilanciare le esigenze di maggiore flessibilità del mercato del lavoro con le esigenze della vasta classe lavoratrice, tutelando i diritti dei lavoratori soppiantando il vecchio regime che era basato sulla centralità del sistema "*iron rice- bowl*". Dunque il Governo cinese potremmo dire sta cercando di tutelare maggiormente i suoi lavoratori, quale parte contraente debole del rapporto di lavoro, uniformandosi agli standard ufficiali dei paesi occidentali o almeno questa è la sua posizione ufficiale.

CAPITOLO II

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

Sommario: 2.1 - La nozione di licenziamento disciplinare – 2.1.1 La giusta causa – 2.1.2 Il giustificato motivo soggettivo – 2.2 La querelle dottrinale e giurisprudenziale sul fatto giuridico/fatto materiale – 2.3 Il regime sanzionatorio

Capitolo 2 Il licenziamento disciplinare

2.1 La nozione del licenziamento disciplinare

Il licenziamento disciplinare è la più estrema delle sanzioni che il datore di lavoro può utilizzare nei confronti del lavoratore che violi le regole di comportamento stabilite dalla legge, dai contratti collettivi e che non rispetti le norme contenute nei codici disciplinari delle aziende. Si tratta di un comportamento colposo o comunque manchevole del lavoratore e che non sia collegato con esigenze oggettive organizzative o produttive dell'azienda. È quel recesso comminato a seguito di gravi (giustificato motivo soggettivo) ovvero gravissime e irreparabili mancanze commesse dal lavoratore (giusta causa) che dà luogo al c.d. licenziamento in tronco. Essendo il licenziamento disciplinare espressione del potere disciplinare del datore di lavoro, da sempre è stato sottoposto a oneri formali più incisivi ed è proprio stata questa tipologia di licenziamento che ha fatto sorgere le più accese discussioni sia in dottrina che in giurisprudenza dopo la Riforma Fornero e il Jobs Act. La Corte Costituzionale e le sezioni unite della Cassazione hanno definitivamente riconosciuto la natura disciplinare del licenziamento per giusta causa da ormai molto tempo²¹. Quindi il licenziamento disciplinare può essere sorretto o da giusta causa o da giustificato motivo soggettivo. Le recenti riforme sia quella del 2012 sia quella del 2015 non hanno modificato le nozioni della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo rispetto al regime del vecchio art. 18 e che quindi continua a rispondere allo schema delle clausole elastiche²².

2.1.1 La giusta causa

La nozione di giusta causa ex art 2119 c.c. consente a “ciascuna delle parti di recedere per giusta causa dal contratto qualora si verifichi una causa che non

²¹ Corte Cost. 30.11.1982 n. 204, Cass. S.U 26.4.1994, n. 3965

²² DE LUCA TAMAJO R., (2015). *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche “fatto contestato”*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, vol. 2, pp. 269-284, scritti in memoria di Gianni Garofalo

consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto”. Quindi è quella causa che non consente la prosecuzione del rapporto di lavoro, anche solo provvisoriamente, perché è venuto meno in modo irreparabile il vincolo di fiducia con il datore di lavoro. Si tratta di ipotesi talmente gravi che il rapporto di lavoro non può proseguire e quindi si interrompe senza il necessario preavviso, un esempio classico è il cassiere che commette un furto ai danni del datore di lavoro appropriandosi del denaro contenuto nella cassa. I contratti collettivi indicano i casi in cui è possibile procedere ad un licenziamento “in tronco” ma tale elenco è solo indicativo, potendo il datore di lavoro procedere anche in casi non contemplati, purchè dimostri la gravità del fatto. Parte della dottrina e della giurisprudenza ravvisano la giusta causa non soltanto in un gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali, ma in qualsiasi circostanza o comportamento esterno al rapporto di lavoro che è però idoneo a incidere sul vincolo di fiducia tra le parti e quindi a impedire la prosecuzione del rapporto di lavoro (F. Santoro Passarelli 1961). Altri invece ritengono che la giusta causa si ravvisi solo con un vistoso inadempimento degli obblighi contrattuali, imputabili a colpa o a dolo del prestatore di lavoro, a nulla quindi rilevando fatti esterni al rapporto di lavoro e soprattutto eventi che riguardano la vita privata del lavoratore o i rapporti personali con il datore di lavoro. La prima tesi è supportata con argomenti testuali, primo fra tutti art 9 R.D.L. n. 1825 del 1924, che è un predecessore dell’art 2119, che prevedeva “una mancanza così grave da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto”, mentre il codice del 1942 ha mantenuto inalterata l’antica formula sostituendo il termine “mancanza” con quello più ampio e neutro “causa”. La sostituzione del termine “mancanza” che ricorda l’inadempimento, con uno più neutro come “causa” legittimerebbe la maggiore ampiezza dei licenziamenti in tronco. Sicuramente alcuni comportamenti che apparentemente sarebbero estranei al rapporto di lavoro invece ledono il vincolo fiduciario e quindi possono essere invocati come giusta causa, esempi classici sono la guardia giurata che ruba al di fuori dell’orario di lavoro o la cassiera di un

supermercato condannata per il reato di furto commesso in un altro supermercato²³ o il cassiere di banca che commette reato contro il patrimonio (es. appropriazione indebita), in questi casi anche se la condotta è avvenuta al di fuori del rapporto di lavoro, come potrebbe il datore di lavoro mantenere inalterata la sua fiducia nel suo dipendente? In tutti questi casi in realtà si nota che il vicolo fiduciario viene meno a causa di un comportamento esterno che però incide sull'aspettativa e sulla probabilità di un corretto adempimento nel futuro da parte del lavoratore. Quindi non è sufficiente che venga meno in modo generico il vicolo fiduciario ma occorre che venga meno la fiducia nella correttezza e puntualità delle successive prestazioni di lavoro, elemento che è rilevante in tutti i contratti di durata. Si potrebbe però obiettare a ciò che la "dipendenza" del lavoratore non può coinvolgere l'intera persona dello stesso e che quindi quest'ultimo non può essere sanzionato per circostanze estranee all'adempimento contrattuale e soprattutto che riguardano la sua sfera personale o la sua vita privata, tenendo conto anche del divieto generale dell'art 8 St. lav., salvo però che tali circostanze non incidano sull'aspettativa della prestazione lavorativa o che per la natura della prestazione entrino nella causa o nell'oggetto del contratto, attitudini soggettive e personali del lavoratore o un certo grado di compatibilità personale ad es. le ingiurie o le offese profferite dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro o dei suoi rappresentanti hanno rilievo sul piano penale sicuramente e non sul rapporto di lavoro, se attengono solo alla sfera dei rapporti civili e sociali. Diverso è il caso in cui invece a causa delle circostanze nelle quali le offese sono profferite si ritiene che implicino un rifiuto attuale o potenziale di adempiere le direttive datoriali o anche il venir meno di un comportamento disciplinato nello svolgimento del rapporto di lavoro che fanno venir meno la fiducia nel puntuale adempimento delle obbligazioni lavorative, quindi in questo caso si può rilevare la giusta causa (ad es. quando si profferiscono offese o ingiurie in azienda innanzi ai compagni di lavoro). La giurisprudenza ha però sempre

²³ Cass., 22 ottobre 1993, n.10505, AC, 1994,292; Cass., 3 ottobre 1988 , n. 5321, OGL

affermato che ai fini della sussistenza della giusta causa, per quanto riguarda circostanze esterne, bisogna compiere una valutazione complessiva e in concreto delle singole fattispecie. Si deve verificare innanzitutto se, tenuto conto della natura e qualità del rapporto, della posizione delle parti, delle mansioni espletate, del particolare grado di fiducia richiesto dalla struttura dell'impresa o alla qualifica rivestita nonché della intensità dell'elemento intenzionale e di quello colposo, la mancanza commessa si riveli talmente grave da non consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro. Due casi molto particolari in cui si è asserita l'esistenza della giusta causa sono stati decisi di recente dal Tribunale di Milano e dal Tribunale²⁴ di Ascoli Piceno²⁵, in entrambi i casi i licenziamenti sono stati intimati a causa di affermazioni postate sul social network facebook. Nel primo caso il Tribunale di Milano ha ritenuto legittimo il licenziamento del lavoratore che durante l'orario di lavoro aveva "postato" sulla sua bacheca facebook tre foto che lo ritraggono insieme a due colleghi nei locali aziendali accompagnate dai commenti: "Come si lavora alla A.s.r.l. ditta di m*****", il datore di lavoro aveva licenziato il suddetto lavoratore adducendo la giusta causa, anche perché aveva riscontrato che lo stesso lavoratore aveva visitato dal computer aziendale durante l'orario di lavoro siti pornografici. Il giudice aveva valutato legittimo il licenziamento perché erano stati infranti i più elementari doveri di diligenza, lealtà, correttezza. Inoltre l'ingiuria essendo stata postata su un profilo facebook "aperto" era stata visualizzata da un numero considerevole di persone ed era quindi senz'altro in grado di ledere l'immagine dell'azienda. Quindi in questo caso il giudice valuta legittimo il licenziamento del lavoratore, non ritenendo la sua condotta un semplice sfogo. Caso analogo ma risolto in modo diverso è la controversia portata dinanzi al Tribunale di Ascoli Piceno, dinanzi al quale viene portato il caso di un dipendente di un grande magazzino il quale è tenuto a effettuare il turno il giorno di Pasquetta. Il lavoratore si era sfogato su

²⁴ Tribunale di Milano, ord., n. 6847/2014

²⁵ Sent., Tribunale Ascoli Piceno 19.11.2013

facebook “postando” sul proprio profilo questo “post”: “ Un grande v**** di cuore ai clienti che oggi sono venuti a comprare le vitarelle da Brico invece di fare la scampagnata di Pasquetta!!”. Poco dopo il lavoratore ricevuto un richiamo dal direttore del punto vendita di dimettersi se il lavoro non gli piace, dopo circa venti minuti cancella il post. Poco tempo dopo però la società intima il licenziamento per giusta causa. Il giudice reintegra però il lavoratore motivando la sua decisione sull’insussistenza della giusta causa del licenziamento e soprattutto per la violazione del principio di proporzionalità della sanzione rispetto all’inadempimento. La differenza di questa pronuncia con quella precedente è che qui il giudice reputa la frase del lavoratore come un semplice sfogo e che la frase scritta in modo poco felice era visibile solo a poche persone, più precisamente essendo un profilo facebook “chiuso” era visibile solo agli “amici di facebook” di quella persona e inoltre lo sfogo era rimasto visibile per poco tempo perché il lavoratore lo aveva prontamente rimosso. Il problema affrontato dalle due pronunce è quando si può ritenere che un’opinione, quindi un fatto esterno al rapporto di lavoro e nei casi di specie di un’opinione di carattere ingiurioso, possa integrare la giusta causa. Sicuramente però a ben vedere si deve assolutamente tener conto di due norme fondamentali per risolvere la questione, sia l’art 21 della costituzione che degli articoli 1 e 8 dello Statuto dei lavoratori. La prima norma come si saprà garantisce la libertà di espressione del pensiero di qualsiasi cittadino, le norme invece dello statuto dei lavoratori non sono altro che una sua specificazione, dato che l’art 1 dello statuto dei lavoratori recita espressamente “I lavoratori, senza distinzione di opinioni politiche, sindacali e di fede religiosa, hanno diritto, nei luoghi dove prestano la loro opera, di manifestare liberamente il proprio pensiero, nel rispetto dei principi della Costituzione e delle norme della presente legge” confermando quanto già previsto a livello costituzionale garantendo la libertà di pensiero dei lavoratori e la terza norma invece rende effettiva tale tutela dal punto di vista pratico, giacché l’art 8 vieta al datore di lavoro di indagare su fatti irrilevanti per valutare l’esatto adempimento degli

obblighi contrattuali. La ratio di queste norme sembra palese, evitare in qualsiasi modo che il datore di lavoro possa fare in modo tale che il lavoratore sia costretto a “dedicare tutta la sua persona” al datore di lavoro. Con una nota sentenza del 1986 fu recepito un orientamento, in realtà elaborato per l’attività giornalistica, che è stato ripreso per il rapporto di lavoro subordinato²⁶, in cui appunto si afferma che quando il fatto oggetto di critica da parte del prestatore di lavoro non sia vero o non sia espresso con modalità pacate e civili, il lavoratore potrà essere licenziato per giusta causa. Anche se non sono mancati alcuni dubbi su tale orientamento giurisprudenziale dato che una cosa è l’ambito giornalistico dove il diritto di critica è strettamente collegato a quello di cronaca e una cosa invece è l’ambito di quello del rapporto di lavoro. Anche perché il lavoratore si obbliga verso il datore di lavoro ad un facere che si inserisce all’interno di una più complessa organizzazione lavorativa, in cui il contratto di lavoro avrà alla base un vincolo di fiducia, di leale collaborazione (art. 2094 c.c.) e nell’obbligo di fedeltà (art. 2105 c.c.). Quindi in questi casi il giudice deve bilanciare due interessi contrapposti, quello del diritto di critica del lavoratore e dall’altro dovrà però tutelare la dignità altrui, ma dovrà in particolar modo valutare le modalità di esercizio del diritto di critica per comprendere al meglio se quell’episodio ha messo a repentaglio il futuro del vincolo di fiducia delle parti. Perché come è bene ricordare soltanto quei fatti, che sono espressione di un notevole inadempimento possono scalfire il vincolo fiduciario e possono integrare la giusta causa. Quindi il giudizio che il giudice deve compiere è un giudizio complesso, nel quale si deve ricostruire lo specifico vincolo fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore in modo tale che si potrà solo in questo modo capire se i fatti sono riusciti a incrinarlo o meno. È ovvio che il giudice per valutare ciò dovrà far riferimento a numerosi aspetti del rapporto di lavoro: le mansioni che il lavoratore deve compiere, la durata del rapporto di lavoro, la posizione occupata dal lavoratore, ad esempio se occupa una posizione apicale ecc. Infatti è pacifico il fatto che maggiore è la

²⁶ Cass, 25 febbraio 1986, n. 11730

posizione di responsabilità del lavoratore (come alter ego del datore di lavoro potremmo dire) e maggiore è il vincolo di fiducia e quindi le sue affermazioni, il suo diritto di critica sarà giudicato in modo diverso per comprendere se vi è stato o meno l'inadempimento e il grado della sua gravità. Sicuramente vi sono altri indici ai quali il giudice può fare affidamento per risolvere la questione, l'età del lavoratore e il grado di istruzione che sicuramente incidono sulla aspettativa del datore di lavoro e quindi non possono non essere presi in considerazione dal giudice, basti pensare che sicuramente sarà giudicato con minore gravità un lavoratore con un'istruzione modesta che si lascia andare a frasi scurrili rispetto ad un lavoratore che ha un livello d'istruzione più elevato. In realtà però si noterà che la pronuncia del Tribunale di Ascoli Piceno non tiene conto di tutti questi indici elencati, infatti il giudice in questo caso reintegra il lavoratore perché ritiene che l'offesa arrecata non era diretta al datore di lavoro ma alla clientela e che il "post" in questione fosse visibile solo agli "amici di facebook" del lavoratore utente e quindi ha reputato più adeguata una sanzione conservativa. Diversa è stata invece la decisione del Tribunale di Milano che ha ritenuto la frase pubblicata sul social network non un semplice e sporadico sfogo e soprattutto molto danneggiante perché il profilo dell'utente in questione era "aperto" e quindi visibile a un numero considerevole e non preventivamente conoscibile di persone²⁷. Il concetto di giusta causa è reso più elastico in riferimento alle c.d. organizzazioni di tendenza che sono orientate al perseguimento di finalità ideologiche (scuole di ispirazione religiosa, giornali politicamente orientati, partiti politici, sindacati) fino al punto di ricomprendere anche situazioni di incompatibilità personale rispetto agli scopi perseguiti o all'ideologia dell'organizzazione, perché in questo caso il rapporto fiduciario riguarda strettamente il contratto di lavoro e le obbligazioni assunte. Quale che sia la concezione preferibile resta il fatto che la giusta causa consiste in un fatto di

²⁷ IAQUINTA F., INGRAO A., (2015). *Il datore di lavoro e l'inganno di facebook.*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano vol. 2, pp. 82-89

tale gravità da imporre l'immediata estromissione del lavoratore e quindi resta estraneo da tale valutazione il danno subito dal datore di lavoro ad es. il guardiano che si allontana più volte dal luogo da custodire si è sostenuto che è configurabile la giusta causa a prescindere dal verificarsi in concreto un danno per il datore di lavoro, questo perché nel caso di specie è appunto venuto meno il vincolo fiduciario e l'aspettativa e la probabilità di un corretto adempimento nel futuro da parte del lavoratore. Un caso recente nel quale è stata riconosciuta la giusta causa è quello di un lavoratore che aveva creato un clima di tensione in azienda. Il caso nello specifico è quello di un lavoratore di una casa farmaceutica che era stato licenziato dall'azienda che aveva invocato la giusta causa. La Corte d'appello di Roma confermava la legittimità del licenziamento. La corte rigettava la domanda del ricorrente perché ha ritenuto che i fatti addebitati allo stesso che consistevano in un comportamento ingiurioso o minaccioso durante il servizio è la violazione di ogni norma di legge riguardante il deposito, la vendita o il trasporto di medicinali, non erano mai stati contestati, sostenendo invece che si trattava di mere reazioni all'atteggiamento complessivamente persecutorio adottato nei suoi confronti dall'azienda datrice. Il lavoratore adiva la Cassazione, sostenendo che il clima di tensione che aveva causato era comunque tale da non poter giustificare un licenziamento, perché la misura era sproporzionata. Ma la corte è stata di diverso avviso, perché dall'istruttoria è emerso non solo che i fatti addebitati erano realmente accaduti ma che addirittura il lavoratore li aveva confermati e comunque li riteneva giustificati, credendosi perseguitato dalla datrice di lavoro (cosa che invece non è stata provata)²⁸. Un punto delicato è sicuramente l'elencazione nei contratti collettivi dei fatti definibili come giusta causa e giustificato motivo soggettivo. Dottrina e giurisprudenza in passato negavano la vincolatività di tale elencazione perché non avrebbero di certo impedito al giudice di indagare sulla reale entità e gravità della mancanza, ad es. potrebbe essere qualificato come giusta causa in un contratto collettivo un

²⁸ Cass. Sez. lav. n. 17435/2015

fatto che in realtà non rientra in tale nozione, come è accaduto in alcuni contratti collettivi che avevano inserito una semplice insubordinazione nei fatti costituenti giusta causa²⁹, viceversa il giudice potrebbe considerare un fatto come giusta causa alla stregua dell'art 2119 cod. civ. anche se non è espressamente ricompreso in quelli contemplati da un contratto collettivo. Ricordando però che invece la scelta del legislatore del 2012 è stata quella di dare un ruolo decisivo ai codici disciplinari e ai contratti collettivi nell'art. 18 comma 4 per quanto riguarda il licenziamento disciplinare, al contrario invece della recente scelta del legislatore del 2015. In definitiva resta sovrana la valutazione del giudice che terrà conto delle indicazioni dei contratti collettivi solo come indicazioni.

2.1.2 Il giustificato motivo soggettivo

La definizione del giustificato motivo soggettivo è contenuta nell'art 3 della L.604 del 1966. Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo si realizza quando il prestatore di lavoro realizza “un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali” che legittima quindi il licenziamento con preavviso, così da differenziarsi dalla giusta causa che esclude appunto il preavviso perché l'inadempimento è talmente grave che non consente nemmeno la prosecuzione provvisoria del rapporto di lavoro. Per chi sostiene che la giusta causa si realizzi con il solo inadempimento contrattuale la differenza con il giustificato motivo soggettivo è solo quantitativa dunque, perché il giustificato motivo soggettivo consisterebbe in una minore gravità dell'inadempimento che quindi consente la prosecuzione del rapporto di lavoro³⁰. Per chi invece sostiene che la giusta causa consisterebbe anche in fatti esterni tali da inficiare il vincolo fiduciario per l'esattezza delle future prestazioni la differenza tra le due nozioni è invece non solo quantitativa ma anche qualitativa. L'inadempimento posto alla base del giustificato motivo soggettivo può riguardare tutti gli

²⁹ Cass. 30 maggio 199, 5060; Cass. 23 aprile 1990

³⁰ Cass. 3 novembre 2008 n. 26379

obblighi del contratto di lavoro, quelli non solo che riguardano dunque la prestazione di lavoro ma anche tutti i suoi corollari ad es. la diligenza richiesta nella fase preparatoria e in quella esecutiva o ancora gli obblighi di correttezza e buona fede, di non concorrenza ecc. Inoltre come testualmente dice l'art. 3 solo un notevole inadempimento integra il giustificato motivo soggettivo, avendo il legislatore dato proprio all'aggettivo in questione il compito di differenziare l'inadempimento risolutivo da quello non risolutivo (sanzionabile dunque con minori sanzioni disciplinari). Il carattere notevole dell'inadempimento va individuato nel grado di colpa del lavoratore. La giurisprudenza annovera tra le cause che possono condurre al licenziamento per giustificato motivo soggettivo lo scarso rendimento e non soltanto quando integri un notevole inadempimento, infatti l'orientamento maggioritario ritiene in questo caso non solo il mancato raggiungimento del risultato atteso ma anche il fatto che la situazione derivi esclusivamente da un comportamento colpevole del lavoratore. Spetterà poi al datore di lavoro l'onere di provare che il risultato raggiunto è inferiore a quello pattuito nel contratto di lavoro o a quello raggiunto da altri colleghi che svolgono le stesse mansioni e che ciò è dovuto ad una condotta manchevole e negligente del lavoratore. Dobbiamo dunque concludere che non è sufficiente parlare di una cattiva qualità o una bassa quantità della prestazione di lavoro. La giurisprudenza maggioritaria infatti sostiene che per concretizzarsi un notevole inadempimento è necessario la contemporanea presenza sia di un comportamento colposo del lavoratore (che non abbia rispettato le regole della diligenza e della prudenza) sia che lo scarso rendimento non dipenda da fatti non imputabili al lavoratore ad es. a ragioni inerenti l'organizzazione dell'azienda. È bene ricordare che talvolta però la giurisprudenza in passato ha annoverato lo scarso rendimento nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento quando ha cagionato però la perdita totale di interesse da parte del datore di lavoro per la prestazione.

2.2 La querelle dottrinale e giurisprudenziale sul fatto giuridico/fatto materiale

Con la L.92 del 2012 del 28 giugno (Riforma Fornero) il 4 comma dell'art. 18 che ha ad oggetto il licenziamento disciplinare prevede due ipotesi di licenziamento illegittimo: la prima ipotesi di licenziamento non sorretto da giusta causa o da giustificato motivo soggettivo per le imprese che occupano nell'ambito dello stesso Comune più di 15 dipendenti (5 se si tratta di imprenditore agricolo) o che complessivamente hanno più di 60 dipendenti, per insussistenza del fatto contestato; la seconda ipotesi se il licenziamento rientra tra i casi previsti dai contratti collettivi punibili solo con sanzioni conservative e non risolutive (ad es. richiami, multe, sospensioni) prevede la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento del danno. Sulla locuzione "insussistenza del fatto" sin da subito la dottrina e la giurisprudenza si sono divise, essendo una locuzione neutra e non avendo il legislatore del 2012 specificato null'altro (come invece farà il legislatore del 2015 con il Jobs Act). Sul punto si sono contrapposte due tesi agli antipodi, da un lato chi sosteneva che con fatto contestato si dovesse ritenere "fatto materiale" chi dall'altro sosteneva che con tale locuzione si dovesse sostenere "fatto giuridico". Quest'ultima tesi è stata sostenuta con forza finora dalla maggioranza della dottrina. Fin dall'entrata in vigore della legge Fornero la dottrina non ha quasi avuto dubbi nel sostenere che il fatto non contestato dell'art. 18 comma 4 fosse il fatto giuridico. Questa tesi è stata sostenuta anche in base al dato letterale, l'espressione "fatto contestato" evoca infatti un fatto giuridicamente qualificato e rilevante, produttivo di effetti giuridici, ma tale argomentazione non è risolutiva di per sé, perché anche un fatto materiale che è assunto dall'ordinamento giuridico produrrà determinati effettivi giuridici.³¹ In realtà

³¹CARINCI F. (2015). *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D.lgs.n.23/2015*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", destinato agli scritti in onore di R. De Luca Tamajo, pp.1-11

sembrerebbe più rilevante la circostanza che la locuzione “fatto contestato” evochi un inadempimento, perché soltanto quest’ultimo potrebbe portare a una sanzione conservativa. Inoltre a ben vedere il legislatore del 2012 ha espressamente previsto “l’insussistenza” che non si riferisce a una inesistenza fisica ma ad una giuridica, perché è proprio questa che emerge in sede processuale, quindi dalla mancata o insufficiente prova di tale esistenza che è a carico del datore di lavoro, dipenderà la risoluzione della controversia. Parte della dottrina però ha obiettato tale impostazione del problema, sostenendo che vi è il rischio di far coincidere il giudizio dell’insussistenza del fatto contestato con quello della mancanza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Perché se il fatto contestato è coincidente in realtà con l’inadempimento richiesto dalla giusta causa e dal giustificato motivo soggettivo verrebbe da chiedersi quale sia la differenza. Una volta che si esclude l’inadempimento e quindi che il licenziamento è ingiustificato e il fatto non sussiste si tornerebbe al regime precedente del novellato art. 18 comma 4 cioè a una reintegra come unica sanzione. È pur vero che questa obiezione è stata confutata dalla stessa giurisprudenza che ha specificato che la valutazione sull’esistenza della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo dipende da molteplici fattori e che il fatto va calato nel contesto specifico del singolo caso, bisogna quindi valutare non il fatto in sé (isolato dal contesto), ma come è stato più volte ribadito dalla Suprema Corte è necessario considerare la natura e la qualità del singolo rapporto e soprattutto il vincolo fiduciario che si è instaurato, quello che comunemente è definito corredo ambientale sia soggettivo che oggettivo che ha causato il licenziamento. Ragionando in tal modo possono ravvisarsi molteplici attenuanti come l’assenza di precedenti disciplinari, l’anzianità di servizio, la disponibilità a scusarsi da parte del lavoratore, la tenuità del danno e l’offerta di risarcirlo, l’eventuale provocazione del datore di lavoro ecc. Se è vero però che tale contesto è rilevante per l’esistenza della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo, non può altrettanto dirsi per la sussistenza del fatto, che è

scorporato dal contesto e “per così dire riassunto nudo e crudo, così come è stato individuato dal datore di lavoro”³². Così potremmo avere la situazione che è escluso da un lato la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo ma è accertata invece l’esistenza del fatto contestato. Ma la tesi del fatto giuridico è stata soprattutto supportata dalla giurisprudenza sin dall’entrata in vigore della L.92/2012, con l’ordinanza del 15 ottobre 2012 del Tribunale di Bologna. Il caso riguardava Piero Catalano, emiliano di origini napoletane che lavorava a Bentivoglio, vicino Bologna, come responsabile del controllo qualità alla Atla s.r.l. del gruppo Atti che si occupava di lavorazioni meccaniche. Il 30 luglio 2012 Catalano era stato licenziato, a meno di due settimane dall’entrata in vigore del nuovo articolo 18. Il licenziamento era stato intimato a causa di una serie di email scambiate dal Catalano con il suo superiore gerarchico diretto, giustificato da una asserita giusta causa di licenziamento, in relazione al contenuto offensivo della seguente email del Catalano: “Parlare di pianificazione nel Gruppo Atti è come parlare di psicologia con un maiale, nessuno ha il minimo sentore di cosa voglia dire pianificare una minima attività in questa azienda. Pertanto, se Dio vorrà, per martedì 24-7-2012 , avrai tutto quello che ti serve”.³³ Il Tribunale di Bologna per risolvere la controversia compie due distinti passaggi logici: con il primo accerta se sussiste la giusta causa asserita dal datore di lavoro e solo dove non sussista quest’ultima passerà alla seconda valutazione circa la tutela applicabile al caso concreto. Il problema nel caso specifico era appunto quale significato attribuire alla locuzione “ insussistenza del fatto contestato”, il tribunale con il suo ragionamento respinge con forza la nozione di fatto materiale che una parte della dottrina sosteneva e accoglie invece quella di fatto in senso giuridico, intendendo per tale “il fatto globalmente accertato, nell’unicum della sua componente oggettiva e della sua componente inerente l’elemento

³²CARINCI F., (2015), op.cit.

³³ Ord., Trib. Bologna 15 ottobre 2012, n. 2631

soggettivo”³⁴. Secondo il giudice, la tesi opposta del fatto materiale visto nella sua oggettività e depurato dai suoi elementi soggettivi che ne determinano l'imputabilità al lavoratore “sarebbe in palese violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale e oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione”³⁵. Nel caso di specie il tribunale riconosceva l'esistenza di un fatto storico (l'invio dell'email offensiva al superiore gerarchico) ma ha ritenuto tal fatto di modesta rilevanza, perché aveva una scarsa rilevanza offensiva e aveva un modesto peso disciplinare, il tribunale ha infatti ritenuto inidoneo ad integrare la giusta causa e dunque ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento e ordinato la reintegra. Quindi è soltanto l'accertamento di un fatto ma inteso come fatto giuridico cioè comprensivo di condotta, dell'imputabilità del lavoratore (con il criterio della diligenza e della buona fede nell'esecuzione del contratto ovvero della colpa dell'inadempimento) che determinerà la tutela reintegratoria. Alla luce di tale ordinanza quindi il fatto giuridico non è altro che un inadempimento contrattuale ma non tale da ricadere nell'ambito della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, perché non è né un gravissimo inadempimento come richiesto dall'art. 2119 c.c. né un notevole inadempimento richiesto dall'art 3 l. 604/1966. Il fatto non sarebbe infatti giuridicamente apprezzabile se non alla luce di parametri normativi, altrimenti la sua esistenza è irrilevante per il diritto³⁶. Chi sostiene questa tesi è arrivato a dire che ragionando diversamente si potrebbe correre il

³⁴ROMEI R., (2012). *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St.Lav. alla luce dei vicoli imposti dal sistema*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, vol.2, pp. 1052-1084

³⁵ Cfr., in tal senso Tribunale di Bologna 15 ottobre 2012, n. 2631

³⁶PERULLI A., (2012). *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St.Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, vol. 4-5, pp. 785-802

rischio di riconoscere la sola tutela risarcitoria ad un lavoratore licenziato per comportamenti che sono in realtà giuridicamente irrilevanti ad es. per non aver sorriso al mattino al datore di lavoro, che è appunto un fatto materiale che si è effettivamente verificato ma che è privo di qualsiasi rilevanza giuridica. Chi sostiene tale orientamento ritiene infatti l'imprescindibilità dell'elemento soggettivo e dell'intenzionalità della condotta, nonché la proporzionalità della sanzione art 2106 c .c., norma che imporrebbe la reintegra in caso di sproporzione della sanzione. Contrapposta a tale tesi del fatto giuridico parte della dottrina sin dal 2012 ha sostenuto invece la tesi del "fatto materiale", che aveva trovato prima delle conferme in giurisprudenza³⁷ e ora trova conferma espressamente nel d.lgs. 23/2015 art 3 comma 2 il quale recita: "Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa 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...", probabilmente il nostro legislatore ha tentato in qualche modo di evitare che la querelle continuasse all'infinito e ha cercato di evitare ai giudici dei nostri tribunali di dover diventare arbitri di questa disputa. Alcuni autori già ritenevano che il "fatto" previsto dall'art 18 comma 4 st. lav. dovesse essere interpretato come fatto materiale, un fatto cioè concepito nella sua essenza fenomenologica e al di fuori di una qualificazione giuridica. Quindi oggi alla luce del nuovo decreto legislativo in sostanza il giudice potrà reintegrare il lavoratore solo se viene dimostrato in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore rispetto al quale, sottolinea il legislatore, resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento. Ma tornando al fatto materiale all'indomani della riforma Fornero in dottrina si era sostenuto che il fatto materiale andasse valutato nella sua componente oggettiva senza assegnare alcun rilievo alla componente soggettiva della condotta del lavoratore. Alcuni autori si sono addirittura spinti a sostenere " la

³⁷ Cass, Lav., n. 23669, 2014

verifica del giudice viene effettuata senza alcuna discrezionalità perché il fatto o c'è o non c'è"³⁸. Anche in giurisprudenza non sono mancate decisioni a favore di questa tesi come ad esempio la sentenza della Cassazione del 6 novembre 2014 n. 23669 che ha avuto una notevole risonanza . Il caso riguardava il direttore di una filiale di un istituto di credito, che era stato licenziato a causa della contestazione di “incaricare abitualmente i dipendenti della filiale di fare la spesa per il direttore durante l’orario di lavoro, di timbrare l’entrata in servizio dello stesso, nell’incaricare ripetutamente i dipendenti di acquistare il pesce in un Comune vicino durante l’orario di lavoro”. In altre parole era stato contestato al direttore della filiale di essersi servito del personale a lui sottoposto per un proprio tornaconto. In particolare, secondo il datore di lavoro, il comportamento del lavoratore denotava un atteggiamento perdurante ed attuale di grave scorrettezza e inadempienza nella gestione dell’ufficio. Ciò nonostante in sede probatoria, specialmente per quanto riguarda i testimoni esaminati, si era riscontrato che mancava l’elemento dell’abitudine così che il licenziamento fu dichiarato illegittimo e il lavoratore fu reintegrato. Dall’ obiter dictum della sentenza si evince che “la reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell’accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo all’individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato”.³⁹ Come si può ben comprendere leggendo la sentenza nel caso di specie il comportamento

³⁸MARESCA A., (2012). *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol.1, pp. 415-459

³⁹ Cass., Lav. n. 23699 2014

non era abituale come invece era stato contestato, ma era soltanto occasionale e dunque il fatto contestato era insussistente. Il fatto materiale dunque sarebbe il fatto storico scevro però di elementi soggettivi, di cui il giudice deve solo giudicare se esiste o meno. In conclusione tale sentenza distingue nettamente il fatto materiale dalla giusta causa e dal giustificato motivo soggettivo e riconosce dunque la tutela reintegratoria solo nel caso in cui sia dimostrato in giudizio l'insussistenza del fatto materiale. Un'altra sentenza molto interessante ma che ha avuto meno risonanza rispetto a quella precedente è la sentenza della Cassazione dell'11 febbraio 2015 n. 2692. In questo caso la Corte di Cassazione si trovava a dover decidere il caso di una s.p.a Magnaghi aeronautica che aveva licenziato un suo dipendente T.M. avendogli contestato un' insubordinazione. Nello specifico il lavoratore si era rivolto al diretto superiore, che lo aveva invitato a collaborare per una maggiore serenità lavorativa nel reparto, con voce alterata e con parole volgari e offensive. Successivamente la Corte d'appello aveva accolto il reclamo proposto dal lavoratore (con Rito Fornero) e rilevava prima di tutto che il lavoratore effettivamente si era rivolto nei termini di cui sopra ma lo aveva fatto credendosi vittima di un' ingiusta delazione e quindi in stato di palese turbamento psichico transitorio. Inoltre il lavoratore non si era rifiutato di adempiere alle sue normali prestazioni lavorative né tanto meno aveva inadempito ad altri obblighi contrattuali o aveva contestato i poteri del suo superiore. In breve la situazione era quella di un lavoratore che si era lasciato andare a uno sfogo occasionale perché si credeva vittima di una qualche ingiustizia. Inoltre la corte sottolineava anche il fatto che i precedenti disciplinari del lavoratore, il cui rapporto di lavoro con la società era iniziato nel 1981 erano sempre stati ignorati dalla stessa datrice di lavoro, il che faceva presumere appunto che il lavoratore fino a quel momento era stato "un buon lavoratore" La questione arriva poi dinanzi alla Cassazione che sostiene che sebbene l'insubordinazione ci sia stata (e quindi il fatto contestato sussiste) si trattava di un' insubordinazione lieve che non giustificava una sanzione

espulsiva in base al principio di proporzionalità. Si legge espressamente nella sentenza : “Considerato che il contratto collettivo parifica all’insubordinazione grave, giustificativa del licenziamento, gravi reati accertati in sede penale, quali il furto o il danneggiamento, deve ritenersi rispettosa del principio di proporzionalità la decisione della Corte di merito, che non ha riportato il comportamento in questione, certamente illecito, alla più grave delle sanzioni disciplinari, tale da privare dei mezzi di sostentamento il lavoratore e la sua famiglia (art 36, primo comma Cost.). La fondamentale differenza tra le due sentenze espone è palese, entrambe riconoscono il diritto alla reintegra, ma seguendo due percorsi completamente diversi. Infatti nella prima sentenza la reintegra è riconosciuta perché il fatto contestato non sussiste, nella seconda invece è riconosciuta la reintegra nonostante invece il fatto sussistesse! Infatti alcuni commentatori in quest’ultimo caso hanno segnalato un paradosso dato che il fatto sussiste e quindi la reintegra non dovrebbe essere applicata, invece la sentenza ritiene l’inverso dato che comunque il fatto è di scarso rilievo in base al contratto collettivo. Come detto sopra il Jobs Act ha tentato di porre fine a questa querelle dottrinale e giurisprudenziale definendo espressamente nell’art 3 comma 2 il fatto come fatto materiale, aggiungendo che ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento rimarrà estranea. Il legislatore, il cui intento è rafforzare il più possibile la flessibilità in uscita, ha probabilmente voluto dare al giudice una nuova regola da seguire, non più quella vincolante per quest’ultimo che era la proporzionalità. Tale scelta però lascia sicuramente qualche perplessità, perché se il giudice non sarà più vincolato al principio di proporzionalità ciò vorrà dire che il datore di lavoro potrà punire con la più grave delle sanzioni condotte di poca importanza che non giustificerebbero un licenziamento ma bensì sanzioni più blande. Tale interpretazione però non sarebbe consentita sicuramente alla luce degli artt.1453 e 1455 cc che disciplinano rispettivamente la risoluzione del contratto e l’importanza dell’inadempimento. Non avrebbe senso infatti non consentire la risoluzione del contratto per un inadempimento di scarsa

importanza tra parti (che stanno sullo stesso piano/livello) e poi invece punire il lavoratore, che è sicuramente la parte più debole in un contratto di lavoro, per un inadempimento di scarso rilievo con la sanzione espulsiva.⁴⁰ Non sono mancati però i contributi di alcuni autori che hanno cercato di ovviare a tale impostazione, cercando di evitare che la discrezionalità riconosciuta al giudice dal legislatore del Jobs Act diventi arbitrio. Ecco che è nato un indirizzo dottrinario che ha ritenuto che la “insussistenza del fatto materiale” vada interpretato in realtà come “insussistenza del fatto giuridico”, interpretando in tal modo la norma, la tutela reale sarà dunque riconosciuta anche al lavoratore che è stato licenziato per un inadempimento lieve⁴¹. Ancora un diverso orientamento, ma con la stessa finalità del primo, cioè scongiurare che piccole infrazioni che hanno poco rilievo per il datore di lavoro possano essere sanzionate con un licenziamento⁴², ha sostenuto che “il fatto materiale” va inteso con un fatto che non è inadempimento o comunque in un fatto che non è imputabile.

Dunque probabilmente l’espressione fatto materiale recepita nel Jobs Act è stata in un certo senso mutuata dall’obiter dictum⁴³ della Suprema Corte. Come però è stato sostenuto da una parte della dottrina la sentenza in esame sembrerebbe aver lasciato irrisolti due problemi. Il primo problema è che se si deve interpretare il fatto materiale solo come “fatto storico” allora si dovrebbe concludere che tale fatto è privo dell’antigiuridicità e quindi beninteso si potrebbe trattare anche di un fatto lecito. Il secondo problema (già sottolineato sopra) è che se nel giudizio il giudice non deve valutare la sproporzione del licenziamento e ciò vuol dire che potrà essere confermato anche per un

⁴⁰VIDIRI G., (2015). *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, in *Argomenti di diritto del lavoro CEDAM*, Padova, vol.2, pp. 353-370

⁴¹CARINCI F.,(2015). *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in WP C.S.D.L.E.

“Massimo D’Antona”, pp.1-18

⁴²MARRAZZA M., (2015), op.cit.

⁴³ Cass., Lav. n. 23699 2014

inadempimento di scarso rilievo, ci si chiede allora se esista ancora la distinzione tra sanzioni conservative e quelle espulsive.⁴⁴

2.3 Il regime sanzionatorio

Per quanto riguarda il regime sanzionatorio del licenziamento disciplinare anche e soprattutto quest'ultimo aspetto ha subito profonde modifiche negli ultimi anni. Come vedremo siamo passati da un regime in cui la reintegra (per gli imprenditori che soggiacevano al regime dell'art 18) è passata da regola a diventare eccezione, quindi vi è stato un passaggio dalla tutela reale alla tutela obbligatoria. Ciò è dovuto sempre nell'intento del nostro legislatore di rafforzare il più possibile la flessibilità in uscita, nella convinzione, non sempre corretta, che la flessibilità in uscita e quella in entrata sia strettamente connesse tra di loro. Ciò che ha sollevato molti dubbi però in dottrina non è tanto la conversione della tutela reale in tutela obbligatoria ma la predeterminazione di quest'ultima e soprattutto la sua riduzione drastica. Infatti come si noterà l'indennità riconosciuta al lavoratore è andata man mano a diminuire, prima con la Riforma Fornero la quale aveva ancorato la misura dell'indennità a svariati criteri e poi con il Jobs Act che ha non solo diminuito la sua misura ma l'ha fatta dipendere da un unico criterio fondamentale che è l'anzianità di servizio (da qui la denominazione del nuovo contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti).

Ma andando con ordine prima di tutto va specificato che il nuovo regime sanzionatorio previsto dal Jobs Act andrà applicato ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri con esclusione però dei dirigenti (rispetto al passato), assunti con il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del D. lgs. N. 23/2015 cioè dal 7 marzo 2015 e a tutti i dipendenti sia quelli nuovi che quelli vecchi nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo

⁴⁴CARINCI F., (2015). *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla l.n. 300/1970 al Jobs Act)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", destinato agli scritti in memoria di Mario Giovanni Garofalo, pp.1-12

indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del medesimo decreto integri il requisito occupazionale richiesto dall'art 18 commi 8 e 9. Ciò vorrà dire che nel momento in cui il datore di lavoro assumerà il sedicesimo lavoratore ci sarà l'estensione del nuovo regime sia ai "vecchi" che ai "nuovi" dipendenti. Saranno subordinati al nuovo regime inoltre anche i lavoratori che per conversione, successiva all'entrata in vigore del nuovo decreto legislativo, di un contratto a tempo determinato in uno a tempo indeterminato. Per tutti gli altri lavoratori invece si farà riferimento al vecchio regime previsto dalla Riforma Fornero.

Con decorrenza dal 18.7.2012 sono sottoposti al regime del licenziamento disciplinare introdotto con la Riforma Fornero tutti quei datori di lavoro che a causa del loro organico ricadono nel regime dell'art 18 così come è stato modificato dalla legge 28.6.2012 n. 92. La Riforma Fornero aveva infatti non inciso sulle causali giustificative del licenziamento, giusta causa e giustificato motivo soggettivo che restano invariate ma aveva invece modificato, anzi proprio rimodulato, le tutele applicabili. Infatti aveva creato una pluralità di regimi sanzionatori specialmente per quelle imprese che superavano i requisiti occupazionali richiesti dall'art 18 della L. 300 del 1970, mentre per le piccole imprese cambiava poco o quasi nulla. Il legislatore ha voluto in un certo senso superare la dicotomia netta e tradizionale tra tutela reale e tutela obbligatoria, creando una pluralità di regimi, sanzionatori, precisamente, che oscillano tra la tutela reintegratoria forte a quella attenuata ecc. Nel caso del licenziamento disciplinare ha infatti sostituito alla tutela reale (unica e vera sanzione in passato) la cd. "tutela reintegratoria attenuata". Infatti ai sensi dell'art 18 comma 4 "Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il

licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto". Quindi a ben vedere dinanzi a un licenziamento illegittimo per difetto di giusta causa o giustificato motivo soggettivo la reintegrazione può essere disposta solo in due casi del licenziamento disciplinare: il primo è "quando è accertata l'insussistenza del fatto contestato"; la seconda è "se il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa dai contratti collettivi o dei codici disciplinari". La scelta del legislatore sembra quindi essere stata molto netta, la reintegrazione non sarà più la regola ma l'eccezione, perché in tutti gli altri casi si avrà una sanzione indennitaria. La sanzione reintegratoria sarà ammessa soltanto in presenza di specifiche condizioni previste dalla legge. A ben vedere il giudice per risolvere la controversia dovrà fare una doppia valutazione, un accertamento bifasico o come una parte della autorevole dottrina ha detto uno "sdoppiamento del percorso mirato all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento da quello che conduce alla selezione della sanzione"⁴⁵. Infatti il primo accertamento da compiere sarà quello circa la legittimità o illegittimità del licenziamento e il secondo invece sulla individuazione della sanzione applicabile al caso concreto, ovviamente il secondo accertamento è strumentale al primo. Ma rispetto al passato cosa è cambiato veramente?? Per quanto riguarda il primo accertamento sembra nulla, giacché non sono state modificate le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, quindi il giudice dovrà valutare se il fatto contestato rientri o meno in tali nozioni. La differenza però rispetto al passato sta proprio nell'esito di tale accertamento, perché nel vigore del vecchio art 18 se era negativo il giudice doveva disporre senza indugio la reintegrazione, ma se invece era positivo allora spettava al datore di lavoro l'onere di provare l'esistenza del fatto contestato ai sensi dell'art 5 della L.604/1966 e il giudice avrebbe dovuto compiere un secondo

⁴⁵MARESCA M., (2012). *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, Rivista italiana di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp. 415-459

accertamento cercando di sussumere il fatto o nella giusta causa o nel giustificato motivo soggettivo. Ma se il secondo accertamento dava esito negativo allora il giudice non aveva altra sanzione da applicare se non quella reintegratoria. Ma è proprio sul quest'ultimo passaggio che è intervenuta la Riforma Fornero, infatti nulla è cambiato per quanto riguarda gli oneri probatori ma al giudice è richiesto un ulteriore accertamento rispetto al passato. Infatti anche se sulla base della semplice lettura della contestazione disciplinare il giudice già si è convinto della illegittimità del licenziamento deve comunque procedere a un ulteriore accertamento che è quello della sanzione applicabile, sulla base esclusivamente dei fatti contestati cioè dei fatti allegati dal datore di lavoro o come giusta causa o come giustificato motivo soggettivo e non del comportamento tenuto in concreto dal lavoratore.⁴⁶ Se dunque il fatto contestato dal datore di lavoro è provato in giudizio ciò non esclude a prescindere la tutela reintegratoria attenuata, perché ben può accadere che il fatto esista ed è provato in giudizio ma il contratto collettivo o il codice disciplinare in questione prevedono per quella infrazione una sanzione conservativa e non espulsiva. Dunque la riforma ha voluto dare ai codici disciplinari e ai contratti collettivi comunque un peso di non poco rilievo e a ben vedere sul problema dei codici disciplinari sarebbe auspicabile una riforma, così come è stato più volte chiesto dalla dottrina così come un aggiornamento dei contratti collettivi nella parte dedicata alle sanzioni disciplinari, perché le fattispecie di illeciti disciplinari sono numerose e le più variegate e anche il più completo dei codici non potrà mai prevederle tutte. Ma ciò che più colpisce di questa riforma e che ha fatto discutere molto, è che al giudice sembra essere preclusa del tutto ogni valutazione circa la proporzionalità del licenziamento, non è consentito al giudice alcuna valutazione sulla sproporzione tra sanzione e l'infrazione addebitata al lavoratore, aspetto che sembra aver mantenuto il legislatore del Jobs Act nel 2015. Potrebbe quindi ben accadere che il giudice all'esito dell'accertamento

⁴⁶MARESCA M., (2012), op.cit.

dichiari il licenziamento illegittimo, perché ritiene la sanzione assolutamente sproporzionata all'infrazione così come disposto dall'art 2106 cod. civ. questo perché o l'inadempimento non è notevole così come è richiesto dall'art 3 della legge n.604 del 1966 o perché il fatto non è tale da non consentire la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto di lavoro ai sensi dell'art 2119 cod. civ. , ma resti comunque vincolato ad irrogare la sanzione conservativa soltanto nell'ipotesi in cui il fatto compiuto sia sanzionato espressamente con una diversa sanzione ad esempio con una multa o una sospensione perché così previsto dal codice disciplinare in applicazione della contrattazione collettiva. L'intento (nemmeno troppo velato) del legislatore è quello di "vincolare" il giudice a più parametri senza dunque lasciargli, se così si può dire, alcun margine di manovra.

In definitiva l'art 18 comma 4 va letto non in modo isolato ma in stretta connessione con il comma 5 dalla cui lettura combinata emerge che lo stesso tipo di licenziamento può essere oggetto di un diverso tipo di tutela: quella del comma 4 che prevede appunto la reintegra più l'indennità risarcitoria e quello del comma 5 che prevede, per le altre ipotesi di licenziamento disciplinare che sono dichiarate illegittime, la risoluzione del rapporto di lavoro perché non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo e condannerà il datore di lavoro a una indennità. Proprio per capire il confine tra questi due regimi sanzionatori così diversi, che incidono in modo diametralmente opposto sulla vita personale e familiare del lavoratore (perché si comprenderà benissimo che una cosa è essere sospesi per un certo periodo o subire una multa ecc. e una cosa è perdere il posto di lavoro, che di solito è l'unica fonte dei mezzi di sostentamento del lavoratore e della sua famiglia) ma che colpiscono lo stesso tipo di licenziamento si è sostenuto che quando l'art 18 comma 4 parla di "insussistenza del fatto" siamo di fronte ad un'accusa che non è stata confutata e che quindi legittimerà la sanzione reintegratoria, se invece viene accertata una condotta la cui gravità però non è

sufficiente per giustificare una sanzione espulsiva, tale da potersi definire “fatto insufficiente”, allora si avrà una sanzione solo indennitaria.⁴⁷ Inoltre non bisogna dimenticare che il legislatore ha fornito un’ ulteriore caso alternativo in cui applicare la sanzione reintegratoria in caso di licenziamento disciplinare, quando il fatto addebitato al lavoratore è previsto dal contratto collettivo o dal codice disciplinare come un’ infrazione punibile con una sanzione conservativa. Ecco che come è stato detto in precedenza, vi è un ruolo fondamentale che è stato assegnato ai contratti collettivi e ai codici disciplinari. È bene ricordare che il fatto che ci sia stata la tipizzazione dell’insufficiente gravità del fatto non consente in alcun modo una qualsivoglia interpretazione estensiva né analogica, questo perché in caso contrario il datore di lavoro non saprebbe più in modo preventivo le causali del licenziamento o meno.⁴⁸ Inoltre una parte della dottrina ha anche sostenuto che il comma 4 dell’art 18 andrebbe applicato anche nel caso in cui la procedura disciplinare “risulti imbastita sul nulla o su grossi equivoci” che sono imputabili più o meno al datore di lavoro o quantomeno non sono difficilmente accertabili,⁴⁹ così come andrebbe applicato anche quando non solo il licenziamento disciplinare è illegittimo ma ha leso l’onorabilità della persona del lavoratore.

Ciò che ha però colpito gran parte della dottrina sulla Riforma Fornero è che questa è stata concepita come una riforma che doveva dare maggiore certezza delle cause giustificative del licenziamento e maggiore prevedibilità degli esiti delle controversie e ciò era condiviso anche dall’Unione Europea. Per attuare ciò però si è tentato di limitare il giudice o meglio di “imbrigliarlo” imponendogli di tener conto dei casi di giustificato licenziamento contemplati

⁴⁷VIDIRI G., (2012). *La riforma Fornero: l’(in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp. 616-651

⁴⁸VALLEBONA A., (2012). *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino

⁴⁹CESTER C., (2012). *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 1-36, pubblicato poi in *Argomenti diritto del lavoro*, CEDAM, Padova

dai contratti collettivi come abbiamo già detto. Ma questa conclusione è alquanto ovvia e come qualche autore ha detto “un po’ patetico” perché nessun giudice ha mai disatteso apertamente un dovere così ovvio.⁵⁰ Il problema fondamentale però è che spesso la certezza tanto cercata del legislatore non sempre riesce a emergere nei tribunali, infatti sarà molto difficile capire e individuare “l’insussistenza del fatto”, non solo e non tanto per il problema di quale significato dare a tale locuzione (anche se dopo il Jobs Act almeno questo punto dovrebbe essere stato risolto), ma più che altro perché come è ben noto non è sempre facile collocare un fatto nella netta alternativa tra sussistenza e insussistenza e la situazione si complicherà molto di più nel caso in cui non è solo un fatto ad essere contestato ma una molteplicità di fatti e su questo punto non è chiaro quando si possa parlare di insussistenza, se viene meno solo uno dei fatti oppure se viene meno quello principale. A ben vedere se si vuol interpretare bene le norme e leggere tra le righe per comprendere il vero obiettivo del legislatore, il quale ha voluto limitare la discrezionalità del giudice specialmente per la sanzione conservativa per evitare che la discrezionalità diventi arbitrio, dovremmo concludere che purtroppo l’obiettivo è stato mancato e per un semplice ma banale motivo, qualsiasi codice disciplinare anche il più esaustivo non potrà mai contemplare tutte le molteplici e variegate ipotesi di condotta che possono avvenire nel corso di un rapporto di lavoro. Ecco perché spesso i codici disciplinari chiudono l’elencazione degli illeciti con una clausola di chiusura che cerca di regolare le infinite fattispecie che si sottraggono a qualsiasi catalogazione. Ma è proprio a causa della tipizzazione dei contratti collettivi e dei codici disciplinari che probabilmente è stata ridimensionata quella che era la finalità della norma, riconoscendo dunque al giudice ampi spazi discrezionali (cosa che invece la riforma voleva evitare), potendo spesso i codici disciplinari punire una identica condotta con sanzioni diverse, in alcuni casi con la

⁵⁰MAGRINI S., (2012). *Quer pasticcio brutto (dell’art. 18)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp.1-6. pubblicato poi in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova

sospensione in altri con il licenziamento, a causa dell'elemento soggettivo che vi è alla base della condotta e ancora delle modalità con la quale è stata effettuata. Al riguardo allora sembra da condividere la tesi secondo cui il giudice all'esito dell'accertamento se si trova dinanzi la situazione che i contratti collettivi o i codici disciplinari prevedano in modo alternativo ad esempio una lunga sospensione dalle mansioni lavorative o il licenziamento in base all'elemento soggettivo che vi è alla base della condotta e delle sue modalità, non dovrà imporre la sanzione conservativa ma potrà irrogare la sanzione della sospensione se ritiene che in base al principio di proporzionalità questa è la sanzione più adeguata, condannando nel contempo il datore di lavoro ad una indennità risarcitoria compresa tra un minimo di dodici mensilità ad un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Insomma alla fine ciò che il legislatore del 2012 voleva tanto scongiurare sembra invece essere la normalità.

Il legislatore del 2015 come è ben noto è intervenuto drasticamente sull'art 18 e come molti hanno sostenuto, sia nel mondo politico che in quello giornalistico ecc. è come se l'avesse cancellato, per i lavoratori che ricadono sotto il regime del D.lgs. 23 marzo 2015 si è drasticamente ridotto l'ambito nel quale il giudice può ordinare la reintegra nel posto di lavoro nel caso in cui il licenziamento disciplinare sia dichiarato illegittimo. Infatti soltanto nel caso in cui il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, il giudice annullerà il licenziamento e condannerà il datore di lavoro alla reintegra del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (Tfr) corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione massimo di dodici mensilità, dedotto però sia l'aliunde perceptum (ciò che il lavoratore ha effettivamente percepito svolgendo

un'altra attività lavorativa in tale periodo) sia l'aliunde percipiendum (ciò che il lavoratore avrebbe potuto percepire potenzialmente accettando una congrua offerta di lavoro). Il legislatore ha voluto creare una correlazione forte tra la misura dell'indennità e l'anzianità aziendale del lavoratore, facendo in un certo senso che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato sia definibile "a tutele crescenti" o almeno così dovrebbe essere nelle intenzioni del legislatore. Ciò che si nota subito della riforma è proprio la drastica riduzione dell'indennità risarcitoria. Infatti si è passati dall'art 18 comma 4 così come riformato nel 2012 che prevedeva una indennità risarcitoria che variava da un minimo di dodici mensilità ad un massimo di ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto, tenendo conto della anzianità del lavoratore e di altri criteri indicati dal legislatore ad una indennità invece che non può comunque superare le dodici mensilità (mentre invece non è prevista una entità minima come in altri casi) così come previsto dall'art 3 comma 2 del D.Lgs 23/2015. È evidente che diminuendo l'indennità risarcitoria il legislatore consapevolmente o meno ha diminuito la sua forza dissuasiva, c'è chi ha addirittura sostenuto che in questo modo un datore di lavoro sarà più tentato di licenziare il lavoratore, quasi come fosse un gioco d'azzardo, facendo in un certo senso il calcolo dei "rischi" a cui va incontro dato che è ben consapevole che nel caso in cui venga condannato, l'indennità è relativamente bassa. Ma sicuramente la riduzione più drastica è senz'altro quella prevista dal primo comma dello stesso art 3 del nuovo decreto, infatti "nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o la giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità". In questo caso dunque siamo dinanzi al caso in cui non è stata dimostrata

l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore in giudizio ma il licenziamento è comunque giudicato illegittimo e il giudice dovrà dichiarare estinto il rapporto di lavoro (quindi non vi è reintegra) e condanna il datore di lavoro alla sola tutela obbligatoria, un'indennità risarcitoria non soggetta a contribuzione previdenziale. Quello che si evince dalla lettura dell'articolo è proprio il criterio di determinazione dell'indennità, il giudice infatti non avrà altro criterio se non quello degli anni di servizio del lavoratore mentre invece prima aveva più criteri ai quali affidarsi. Lo scatto di due mensilità all'anno per ogni anno di servizio davvero sembra poco, troppo poco direi. Per fare una comparazione con il regime ante Jobs Act ciò che prima il lavoratore poteva vedersi liquidare subito tra le dodici e le ventiquattro mensilità, che era sicuramente una cifra accettabile, oggi invece è drasticamente ridotto perché il primo anno è ridotto a quattro mensilità e successivamente ogni anno il lavoratore potrà vedersi riconosciute solo due mensilità, quindi per raggiungere dodici mensilità che prima invece erano il minimo ci vorranno sei anni e per le ventiquattro mensilità (che erano previste come limite massimo) si dovrebbe avere alle spalle dodici anni di servizio. Insomma sembrerebbe proprio, come già detto sopra, che l'indennità così come è stata concepita dal legislatore non abbia più alcuna forza deterrente.

Al lavoratore però è riconosciuta dall'art. 2 comma 3 di chiedere una indennità sostitutiva della reintegrazione pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (non soggetta a contribuzione previdenziale) e da tale richiesta ne discende la risoluzione del rapporto di lavoro. Sotto quest'ultimo aspetto non pare che ci siano mutamenti. Quindi già l'originario art. 18 e poi la Riforma Fornero prevedevano la possibilità per il lavoratore di rinunciare alla reintegra, infatti il lavoratore che avesse ottenuto una sentenza di reintegrazione aveva la facoltà di chiedere al datore di lavoro la sostituzione alla stessa di una indennità risarcitoria pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto. Per quanto

riguarda la misura dunque dell'indennità sostitutiva come si nota è rimasta la stessa, ciò che invece è cambiato sono i parametri di riferimento. Infatti se il legislatore del '70 e quello del 2012 facevano riferimento alla retribuzione globale di fatto, il legislatore del 2015 ha voluto invece far riferimento all'ultima retribuzione di riferimento ma per il trattamento di fine rapporto e questa scelta probabilmente è dovuta sempre all'intenzione del legislatore di strutturare la nuova tipologia del contratto di lavoro subordinato come a "tutele crescenti", dando come si sa all'anzianità aziendale del lavoratore un peso decisivo in tali questioni, facendo tale riflessione si comprende bene perché è stato scelto il trattamento di fine rapporto come parametro, che è appunto quella indennità dovuta al lavoratore in ogni caso di cessazione del rapporto. Ben si può comprendere come il lavoratore una volta reintegrato possa non avere più interesse in quel posto di lavoro per i più svariati e personali motivi, ecco perché il legislatore sia del 2012 sia quello del 2015 ha sempre mantenuto ferma questa opzione. Ciò che però in passato aveva creato delle perplessità era il fatto che non vi fosse alcuna disposizione che disciplinasse il momento in cui, nel caso di esercizio di tale diritto, cessasse l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere le retribuzioni e ciò aveva dato luogo a due contrastanti indirizzi interpretativi: il primo, che identificava il momento di estinzione dell'obbligazione retributiva con quello in cui il dipendente richiedeva l'indennità sostitutiva della reintegrazione, l'altro invece riteneva che l'estinzione si verificasse solo a seguito dell'effettivo pagamento di detta indennità da parte del datore di lavoro. In realtà tale contrasto è stato superato dopo la riforma del 2012 nella quale all'art. 18 comma 3 ha affermato che è la richiesta da parte del dipendente dell'indennità sostitutiva della reintegrazione (e non dunque il suo pagamento) che determinerà la risoluzione del rapporto di lavoro e quindi l'estinzione dell'obbligo di corrispondere le retribuzioni. Tale soluzione è stata adottata anche nel Jobs Act nel quale appunto all'art 2 comma 3 la risoluzione del rapporto discende appunto dalla richiesta dell'indennità sostitutiva. La

richiesta però deve essere presentata entro i trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla stessa comunicazione.

CAPITOLO 3

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

Sommario: 1.1 Le cause del licenziamento discriminatorio – 3.2 Le recenti riforme – 3.3 L'onere della prova – 3.4 L'invariato regime sanzionatorio

Capitolo 3 Il licenziamento discriminatorio

3.1 Le cause del licenziamento discriminatorio

Da sempre il licenziamento discriminatorio è quello più degradante da subire, perché è connesso ad un alto disvalore sociale ed è proprio in base a questo dato di fatto si registra che a livello europeo, nonostante i vari paesi dell'Unione abbiano discipline diverse per i licenziamenti illegittimi e potremmo dire che la tutela reintegratoria è l'eccezione e non la regola, per il licenziamento discriminatorio invece la maggior parte di essi prevede una tutela più forte ed incisiva quale appunto quella reintegratoria. Nel nostro paese la fattispecie del licenziamento discriminatorio tradizionalmente trae la sua origine dal coordinamento di ben due norme, la prima è l'art. 4 della legge n. 66/1966 la quale stabilisce che il licenziamento “determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacale è nullo indipendentemente dalla motivazione adotta” e l'altra è l'art. 15 dello St. Lav. che stabilisce che la nullità di qualsiasi atto o patto diretto “ a licenziare un lavoratore a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero”, nonché dei licenziamenti attuati “ a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua e di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle condizioni personali”. Ancor più incisivo è stato il regime sanzionatorio introdotto nel 1990 con la l. n. 108 che da un lato ribadisce la nullità dei licenziamenti discriminatori e dall'altro però aggiunge un' importante specificazione, infatti commina la nullità “indipendentemente dalla motivazione adottata”. La legge del '90 inoltre estende in modo chiaro e espresso la sanzione reintegratoria a prescindere dai livelli occupazionali dell'impresa o dell'unità produttiva. Come si può ben notare dalla lettura degli artt. il legislatore ha voluto evitare che ragioni diverse e estranee alla capacità

lavorativa possano giustificare il licenziamento. Infatti il licenziamento discriminatorio è da sempre stato sanzionato con la nullità e con la condanna del datore di lavoro alla reintegra e ciò a prescindere dai livelli occupazionali dell'azienda o dell'unità produttiva dove era impiegato il lavoratore, anzi è da sempre l'unico caso di licenziamento in cui il datore di lavoro è comunque obbligato alla reintegra e ciò ovviamente è dovuto al fatto che tale licenziamento è sicuramente il più odioso e il più degradante per il lavoratore che lo subisce. Di particolare importanza è anche il fatto che anche i dirigenti discriminati sono sottoposti alla reintegra (anche se sul punto come vedremo la recente riforma del 2015 sembra apparentemente aver cambiato tendenza). È anche vero però che il licenziamento discriminatorio è il più difficile da provare in giudizio, perché come ben si comprenderà è impossibile trovare un datore di lavoro che giustifichi il licenziamento con una causa discriminatoria in modo palese, spesso infatti un licenziamento di tal genere è celato dietro altre motivazioni come ad esempio con un licenziamento disciplinare o casi ancora più numerosi con un licenziamento "economico". Per quanto riguarda la prova discriminatoria questa incombe ancora oggi sul lavoratore a differenza invece del licenziamento disciplinare dove l'onere della prova della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo incombe sul datore di lavoro. Per tutte queste ragioni si comprende perché nonostante negli ultimi anni abbiamo avuto ben due riforme che hanno colpito i licenziamenti né quella del 2012 né quella del 2015 hanno scalfito apparentemente in modo radicale l'impianto sanzionatorio del licenziamento discriminatorio così come invece è stato per le altre tipologie di licenziamento. Andando ad analizzare le cause del licenziamento discriminatorio si noterà sicuramente una progressiva estensione delle stesse, infatti il legislatore le ha elencate negli artt. 4 della l. 66/1966 e 15 St. Lav. (credo politico o fede religiosa, appartenenza sindacale, razziale, religiosa, lingua o sesso, handicap, età, orientamento sessuale o convinzioni sessuali), ma tale elencazione non è assolutamente tassativa giacché è intervenuto negli anni con più leggi con le quali ha riconosciuto altre

cause di tale licenziamento e soprattutto la giurisprudenza negli anni ha equiparato altri casi, come la ritorsione⁵¹ e la rappresaglia, al licenziamento discriminatorio. Prima di tutto perché secondo la disciplina generale del negozio giuridico si deve ritenere nullo anche quel licenziamento sorretto da motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ, di cui un tipico esempio è il licenziamento per ritorsione. Per essere determinante il motivo illecito però deve essere l'unico, tant'è che la giurisprudenza afferma che il licenziamento sarà valido se comunque è supportato da una giusta causa o da un altro valido motivo. Se tale motivo era stato esplicitamente previsto dall'art. 18 comma 1 così come è stato modificato dalla Riforma Fornero non si può dire lo stesso della recente riforma che sembra non averlo mantenuto nel Jobs Act, in questo caso infatti alcuni autori sostengono che non dovrebbe esserci la reintegra, ma soltanto la tutela risarcitoria, orientamento che come vedremo è stato contrastato sin da subito. In realtà il carattere tassativo o meno dell'elenco dei fattori discriminanti in passato era oggetto di un vero e proprio dibattito in dottrina e giurisprudenza. Infatti una parte della dottrina ritiene indubbio il carattere tassativo di tale elencazione e basa la sua posizione sul fatto che non tutte le disuguaglianze e disparità costituiscono discriminazioni in senso giuridico. La tesi opposta al contrario si basa soprattutto sull' art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che a partire dal 2007 grazie al Trattato di Lisbona (entrato in vigore nel nostro paese nel 2009) ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, anche se la Carta ha valore vincolante ma solo verticale, limitata dunque solo all'attuazione del diritto europeo. Tale articolo contiene un'elencazione che è appunto espressamente non tassativa del principio di non discriminazione, distinguendo tra l'altro le discriminazioni in dirette e indirette. Va però ricordato che a livello europeo tranne nei casi della disciplina sulla maternità e quella discriminatoria, quindi casi appunto connotati da un alto disvalore sociale, non si occupa della sanzioni dei licenziamenti né quelli illegittimi né quelli individuali tanto meno per quelli

⁵¹ Cass. 8 agosto 2011, n. 17087

collettivi e tranne che per i due casi sopra citati, non è prevista la tutela reintegratoria, tanto meno determina la misura indennitaria spettante al lavoratore a seguito di un licenziamento illegittimo, tali questioni infatti sono rimesse interamente nelle mani dei singoli parlamenti nazionali. Ebbene infatti ricordare che l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede espressamente che "Ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alla legislazione e prassi nazionale", come si può notare a livello europeo si parla genericamente di tutela contro i licenziamenti, ma nulla si dice circa la sanzione, se deve essere reintegratoria o indennitaria e se in quest'ultimo caso a quanto deve ammontare ecc., detta soltanto un principio appunto generale quello di motivare il licenziamento, ma nulla di più, lasciando dunque l'individuazione del tipo di sanzioni da applicare ai legislatori nazionali⁵², nella convinzione errata o meno che ogni singolo paese sia il miglior giudice di tali questioni. Inoltre in giurisprudenza si è da tempo affermato l'orientamento secondo il quale l'elencazione contenuta nell'art. 3 della l. n. 103/1990 è suscettibile di un'interpretazione estensiva, così da ricomprendere in tale tipologia di licenziamento ad esempio quello ritorsivo. È sicuramente però questo un dibattito che ha perso molta della sua importanza anche per il semplice fatto che il nostro legislatore, come si diceva prima, è intervenuto con delle integrazioni e questa scelta è stata supportata anche dalla giurisprudenza.

Sicuramente alcune delle cause di licenziamento discriminatorie più diffuse sono quelle che colpiscono le donne, come quella che colpisce la lavoratrice gravida o come quella in concomitanza di matrimonio. Quest'ultima in particolar modo è una delle cause di licenziamento discriminatorio più diffusa nella pratica. Infatti il codice delle pari opportunità l. 198/2006 all'art. 35 disciplina il divieto di licenziamento per causa di matrimonio, stabilendo

⁵² BUFFA F., (2015). *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, vol. 3, pp. 566 ss.

che nel periodo intercorrente dal giorno delle pubblicazioni fino ad un anno dalla celebrazione del matrimonio è fatto divieto di licenziare la lavoratrice. In questi casi, se è intimato un licenziamento, opera infatti una presunzione di nullità, che è superabile solo se il datore di lavoro dimostri che il licenziamento è stato intimato per una delle cause tassativamente previste dalla legge: colpa grave della lavoratrice che costituisce giusta causa; cessazione dell'attività dell'azienda; scadenza del termine (art. 35 comma 5 lettere a, b, c). La scelta del legislatore in questo caso è molto chiara, ha voluto tutelare con la maggiore forza possibile la lavoratrice che sta per contrarre matrimonio, ponendo una presunzione semplice, superabile solo con la prova contraria offerta dal datore di lavoro, poiché presuppone che il licenziamento sia stato intimato in quel periodo proprio in ragione del matrimonio, dato che la pratica dei datori di lavoro di licenziare le donne sposate affonda le sue radici nel passato, questo perché probabilmente si ritiene che dopo un certo periodo la lavoratrice "allargherà la famiglia" (e ciò è indubbiamente un costo per il datore di lavoro) e quindi come in passato non ci pensavano anche oggi non ci pensano due volte a licenziarla. Tale questione purtroppo è stata regolata dal legislatore in tempi relativamente recenti. È bene ricordare infatti che in passato spesso molte aziende pretendevano che le proprie impiegate si licenziassero nel caso in cui decidevano di sposarsi e questo accadeva non solo nel nostro paese ma in quasi tutti i paesi occidentali. Basti ricordare ad esempio che la IBM nel lontano 1951 con una circolare del dieci gennaio portò un significativo cambiamento nel mondo del lavoro, stabilendo che "un'impiegata donna non dovrà licenziarsi dall'azienda a seguito del matrimonio e che l'azienda terrà in considerazione donne sposate per l'assunzione". È chiaro che oggi una scelta di tal genere non ci sembra così eclatante, ma all'epoca fu una vera e propria rivoluzione. Il problema purtroppo non si è certo risolto del tutto ai giorni nostri, basti tener presente la pratica diffusa ancora oggi, attuata spesso da molte aziende, di far firmare le dimissioni in bianco alle proprie dipendenti quando le assumono, nel caso

malaugurato in cui queste ultime si sposino o aspettino un bambino. Per tali ragioni il legislatore ha preferito far operare la presunzione, onerando il datore di lavoro della prova della non discriminazione. Ad esempio una recente sentenza della Cassazione ha ribadito che il divieto di licenziare la lavoratrice che ha contratto matrimonio inizia dal giorno delle pubblicazioni e vale per l'intero anno. Nel caso di specie la lavoratrice M.L. impugnava il licenziamento che le era stato intimato il 24/4/2003 dinanzi al tribunale di Roma e allegava che lo stesso era stato intimato nell'anno del matrimonio. La società B. s.r.l. si costituiva adducendo tra i motivi che giustificavano il licenziamento ragioni di ristrutturazione e riorganizzazione, come si può notare dunque si celava il licenziamento dietro altre motivazioni, in questo caso specifico dietro motivazioni economiche. Ma la Suprema Corte rigettava il ricorso sottolineando come un licenziamento intimato nel periodo "sospetto" è colpito dalla nullità e che in tale caso opera una presunzione. Infatti la garanzia prevista dalla l. n. 7/1963 ha le identiche finalità previste dalla l. n. 1204/1971 (Tutela delle lavoratrici madri) che impedisce il licenziamento della lavoratrice madre. Entrambe le normative infatti hanno la stessa ratio, si legge nella sentenza "Tendono a rafforzare la tutela della lavoratrice in momenti di passaggio esistenziale particolarmente importanti da salvaguardare tendono a rafforzare la tutela della lavoratrice in momenti di passaggio esistenziale particolarmente importanti da salvaguardare attraverso una più rigorosa disciplina limitativa dei licenziamenti che sgravi la lavoratrice dall'onere della prova di una discriminazione addossando al datore di lavoro l'onere di allegare e documentare l'esistenza di una legittima causa di scioglimento del rapporto. I due provvedimenti legislativi sono palesemente accomunati da questo medesimo scopo di ordine costituzionale ed anche dalle stesse tecniche di tutela."⁵³. Inoltre il nostro legislatore per evitare che un licenziamento per causa di matrimonio sia coperto da formali dimissioni della lavoratrice (imposte invece dal datore di lavoro) ha previsto all'art 35 comma

⁵³ Cass., 3 dicembre 2013 n.27055

4 del codice delle pari opportunità che queste ultime siano ritenute nulle nello stesso periodo, a meno che non vengano confermate dalla stessa lavoratrice entro un mese dinanzi all'Ufficio del lavoro.

Un'altra causa di licenziamento discriminatorio che ha la stessa ratio di fondo di quella in concomitanza di matrimonio è quello intimato in ragione della gravidanza. Anche qui ovviamente le ragioni del datore di lavoro a licenziare la lavoratrice gravida sono simili a quelli sopra citate, se non addirittura più numerose, una donna incinta infatti avrà diritto al c.d. periodo di maternità previsto dall'art. 2110 c.c. (è il c.d. periodo di comporto, che è appunto quel periodo nel quale vi è un'impossibilità di svolgere la prestazione lavorativa a causa di un impedimento del lavoratore, come appunto la malattia, l'infortunio o la gravidanza) secondo il quale è dovuta alla lavoratrice la retribuzione o un'indennità sostitutiva per il periodo di assenza. Tutto ciò è senz'altro un costo per il datore di lavoro, dato che la prestazione lavorativa sarà inesigibile in quel periodo e il datore di lavoro si vedrà costretto nella maggior parte dei casi ad assumere temporaneamente un'altra persona (con ulteriori costi per l'azienda) o comunque a riorganizzare il lavoro. Ecco perché spesso in passato (e ancora oggi purtroppo) alcune grandi aziende fanno firmare al momento dell'assunzione alle loro dipendenti delle dimissioni in bianco, da utilizzare poi al momento opportuno se queste ultime dovessero uscire incinte. È doveroso ricordare che oggi al divieto di licenziare la lavoratrice madre è equiparato anche il divieto di licenziare il lavoratore padre, per la madre dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine del congedo di maternità nonché fino al compimento di un anno del bambino, per il padre per tutta la durata del congedo di paternità fino al compimento di un anno di età del bambino. Anche in quest'ultimo caso il lavoratore dovrà dunque presentare un'idonea documentazione entro novanta giorni dal licenziamento dalla quale risulti l'esistenza all'epoca del licenziamento delle condizioni che lo vietavano (art. 2 l. n. 1204/1973).

Al datore di lavoro dunque è fatto divieto di licenziare la lavoratrice in stato gravidanza (indipendentemente dal fatto che sia a conoscenza del suo stato), ma a quest'ultima nel frattempo è dato l'onere di comunicare immediatamente il suo stato di gravidanza se le viene intimato il licenziamento e quest'ultimo dunque sarà nullo. È innegabile che la gravidanza della lavoratrice sia effettivamente un costo per il datore di lavoro e che ciò potrebbe essere attenuato avendo maggiori strutture dedicate sui posti di lavoro ai bambini, più asili nidi anche privati, una maggiore flessibilità per le lavoratrici madri, prendere in poche parole esempio dai paesi del nord Europa, che sono stati appunto denominati "paesi per le mamme". Una sentenza però che ha lasciato perplessi ultimamente è quella che ha visto la conferma da parte della Cassazione di un licenziamento intimato alla collaboratrice domestica in stato di gravidanza. Infatti la sezione del lavoro della Cassazione ha rigettato il ricorso di una lavoratrice avverso la sentenza della corte d'appello di Roma che aveva respinto la sua domanda per ottenere le retribuzioni perdute a causa del licenziamento intimato e a parer suo discriminatorio, non appena aveva annunciato la gravidanza. La Cassazione infatti ha sostenuto che nel caso di specie si applica l'art. 62 del d.lgs. n. 151/01 "Testo unico delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità a norma dell'art. 15 della legge 8 marzo 2000, n. 8", specialmente l'art. 6 comma 3, e gli artt. 16, 17 e 22 commi 3 e 6 con l'esclusione dunque del divieto di licenziamento che è previsto dall'art. 54 dello stesso decreto dal periodo della gestazione fino al compimento di un anno d'età del bambino⁵⁴. E infine la Cassazione ricorda che la medesima disciplina era già contenuta nella l. n. 1204/1971, per cui non essendo vietato per legge il licenziamento in questione non poteva essere considerato discriminatorio.

Sicuramente una delle cause più problematiche del licenziamento discriminatorio è quello di natura ritorsiva. Infatti la giurisprudenza ha da

⁵⁴ Cass., sent., n. 17433/2015

tempo equiparato tale licenziamento a quello discriminatorio. Tale tipologia di licenziamento è quella di natura potremmo dire vendicativa che avviene ad esempio quando un lavoratore chiede di esercitare un suo diritto o si rifiuta di sottoscrivere una lettera di dimissioni o perché ancora si è iscritto ad un sindacato ecc., cioè è quel licenziamento intimato dal datore di lavoro appunto per vendicarsi del lavoratore. Negli anni la casistica di tale licenziamento è diventata sempre più numerosa e la giurisprudenza è intervenuta più volte per definire e delimitare tale tipologia. Tale tipo di licenziamento è come ho detto equiparato al licenziamento discriminatorio per quanto riguarda la sanzione, infatti sarà dichiarato nullo e il lavoratore reintegrato nel posto di lavoro. Anche in questo caso spesso il datore di lavoro simula, dietro altre motivazioni, la scelta di estromettere il lavoratore ad esempio con una ristrutturazione aziendale, cosa che è avvenuta recentemente nel caso di due giornalisti, il direttore della testata e un redattore, del quotidiano on-line Riviera24 gestito dalla società Nuova radio Amicizia s.r.l., appartenente alla diocesi di Ventimiglia-Sanremo i quali sono stati sottoposti ad un aut-aut potremmo dire: rinunciare al proprio contratto a favore di un contratto di collaborazione oppure essere licenziati. I due giornalisti inizialmente hanno cercato delle soluzioni alternative ma non essendo arrivati ad un compromesso dopo poco gli è stato intimato il licenziamento. Stando ai fatti allegati dai lavoratori inoltre il contratto di collaborazione offertogli era pieno di trappole, perché si leggeva tra l'altro che una clausola per la quale era previsto il versamento di una quota dello stipendio a saldo di un patto di non concorrenza, a fronte del quale i due lavoratori si impegnavano, un domani che fossero stati lasciati a casa, a non fare concorrenza al giornale. Questa era una soluzione assolutamente incoerente con la situazione che era stata prospettata dal suddetto giornale, che era appunto una situazione di crisi economica per la quale era stato prospettato il cambiamento contrattuale. Infatti il giornale aveva giustificato infine il licenziamento con una riorganizzazione aziendale che era assolutamente necessaria per risolvere

alcune situazioni debitorie. Orbene invece la suddetta azienda che a parer suo si trovava in crisi invece dopo aver intimato il licenziamento assumeva ben quattro nuovi giornalisti! Il tribunale di Imperia ha condannato la suddetta società alla reintegra o in alternativa al pagamento di un risarcimento per il licenziamento subito che è stato appunto considerato non solo ingiusto ma anche ritorsivo, anzi si legge espressamente nella sentenza “Viene evidenziata in maniera netta, a fronte della mancanza di ragioni oggettive, il carattere ritorsivo del licenziamento risultante dalla lettera di intimazione, costituito dal rifiuto di accettare l’accordo di collaborazione proposto ai due giornalisti. Il licenziamento è da ritenersi discriminatorio, determinato esclusivamente da motivi di ritorsione e quindi nullo”⁵⁵. È anche vero che questa è una vicenda talmente recente che probabilmente vedrà altri gradi di giudizio.

3.2 Le recenti riforme

Come anticipato sopra le recenti riforme non sembrano aver modificato di molto le cause del licenziamento discriminatorio per ovvie ragioni. Tale tipologia di licenziamento è da sempre stata considerata un baluardo di civiltà, il frutto se così si può dire delle lotte dei lavoratori e i governi che hanno attuato tali riforme sono stati aspramente criticati per le scelte operate e hanno probabilmente voluto evitare di attirarsi ulteriori critiche modificando il licenziamento che per i sindacati e per i lavoratori è assolutamente intoccabile. La scelta del legislatore è stata dunque potremmo dire quella di concentrarsi di più su altre tipologie di licenziamento lasciando inalterato o quasi quello discriminatorio. Infatti la Riforma Fornero all’art. 18 comma 1 prevede: “Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35

⁵⁵ ANSA, Tribunale di Imperia, 25 marzo 2015

del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti”. Nel leggere la norma si tenderebbe a dire che l’elencazione della cause di tale tipologia di licenziamento sono rimaste invariate e che nulla è cambiato rispetto al passato. In realtà così non è, basti semplicemente ricordare come il governo tecnico del 2012 nell’annunciare l’imminente riforma avesse promesso un regime più severo e che avrebbe avuto carattere innovativo. Tale annuncio come è ben noto fu accolto con le più aspre critiche da parte dei sindacati per i quali non solo in generale l’art. 18 dello St. Lav. era intoccabile ma ancora di più il licenziamento discriminatorio. In realtà la prima parte del novellato art. 18 non fa altro che confermare un dato che era ormai acquisito, cioè la reintegra a tutti i licenziamenti discriminatori, dovunque fossero stati intimati e nei confronti di tutti i lavoratori. La vera novità della riforma è che ha esteso esplicitamente la tutela reale al licenziamento sorretto da un motivo illecito (art. 1345 c.c.) o riconducibili ad altri casi di nullità previsti dalla legge. A ben vedere è questa una formulazione “aperta” che è andata oltre i licenziamenti intimati già previsti in passato e che sono ricollegabili a condotte datoriali espressive di particolare disvalore: la lavoratrice che ha contratto matrimonio, la lavoratrice gestante e puerpera, la lavoratrice o il lavoratore che usufruisce del congedo parentale o per malattia del bambino, il lavoratore durante la fruizione del congedo di paternità e nelle stesse

situazioni ai genitori adottivi e affidatari.⁵⁶ In passato infatti alcuni di questi licenziamenti ricadevano sotto il regime dell'art. 18 mentre per gli altri si doveva far riferimento alle normali regole di diritto comune e questa differenza comportava che attraverso diverse norme giuridiche si disciplinavano in realtà non solo lo stesso evento (il recesso datoriale) ma anche le stesse conseguenze: l'eliminazione degli effetti del licenziamento e il ripristino del rapporto di lavoro⁵⁷, ad esempio nel caso di licenziamento intimato alla lavoratrice dall'inizio del periodo di gestazione fino al compimento di un anno di età del bambino si applicava l'art. 2 comma 2 della l. n. 1024/1971. Senza dubbio la norma ha cercato di evitare ulteriori dubbi formulando un vero e proprio elenco e ricomprendendo in tale regime i dirigenti in modo espresso e cercando di dissipare in generale i dubbi sulle conseguenze della nullità dei licenziamenti ad nutum. Inoltre l'articolo equipara allo stesso regime altri casi di nullità previsti dalla legge (tale formula come vedremo è stata mantenuta in un certo senso dal legislatore del 2015). Un'ulteriore differenza rispetto al passato è che la riforma Fornero ha parificato ai licenziamenti discriminatori anche i licenziamenti intimati oralmente, precedentemente invece per i licenziamenti intimati non per iscritto sprovvisti di una disciplina specifica si faceva riferimenti alla normativa generale della nullità di diritto comune, come ad esempio è stato riconosciuto da una sentenza della Cassazione nel 1997 in cui si legge espressamente: "L'inefficacia del licenziamento previsto dall'art. 2 della legge 15 luglio 1966 n.604 in relazione alla mancata osservanza del requisito della forma scritta costituisce nullità dell'atto, rispetto alla quale in mancanza di previsioni specifiche trovano applicazione i principi generali. In questo caso pertanto il licenziamento non produce alcun effetto, il rapporto di lavoro perdura"⁵⁸.

⁵⁶ PALLADINI A., (2012). *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp. 653-679

⁵⁷ VIDIRI G., (2012). *La riforma Fornero: l'(in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp. 616-651

⁵⁸ Cass., 23 giugno 1997 n. 5596

Infatti come ben si saprà il licenziamento in forma orale era consentito in alcuni casi previsti dalla legge come ad esempio per i lavoratori in prova, per i lavoratori domestici e i lavoratori con diritto di pensione. Il legislatore di recente ha confermato tale regime, dato che nell'art. 2 comma 1 del d.lgs. 23/2015 specifica che il regime previsto per i licenziamenti discriminatori verrà applicato ai licenziamenti intimati in forma orale dichiarando questi ultimi inefficaci.

Le scelte del legislatore del 2015 sono ben note, per far ripartire l'economia e aumentare la flessibilità in uscita è intervenuto sulla materia dei licenziamenti. Rispetto però al licenziamento disciplinare e a quello per giustificato motivo oggettivo, sul licenziamento discriminatorio sembra essere intervenuto poco, per le ragioni dette sopra. In realtà un' attenta lettura del d.lgs. 23/2015 potrebbe sin da subito smentire ciò, infatti all' art. 2 comma 1 del recente decreto si legge che "Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto". Ciò che balza subito all'occhio è che il legislatore ha cercato di mantenere inalterato il regime sanzionatorio (reintegra più risarcimento del danno subito), ma che ha assoggettato allo stesso regime gli altri casi di nullità previsti "espressamente" dalla legge. Il punto in questione è di estrema delicatezza, perché si potrebbe essere tentati nel dire che nulla è cambiato dal novellato art. 18 comma 1 che prevede la reintegra anche negli ad altri casi di nullità previsti dalla legge, ma in realtà così non dovrebbe essere, perché il legislatore del 2015 ha tenuto a specificare aggiungendo l'avverbio espressamente. Sul punto infatti si è aperta una querelle dottrinale sul significato da attribuire all'avverbio in questione e sulla

eliminazione della nullità per motivo illecito previsto dall'art. 1345 c.c. che è invece previsto dall'art. 18 comma 1. Circa l'avverbio ci si è chiesti quale sia il reale scopo affidatogli dal legislatore. Se non ci fosse stato nell'intento del legislatore alcun cambiamento rispetto all'art. 18 allora non avrebbe avuto alcun senso aggiungere quell'espressamente. Se ci dovessimo attenere strettamente alla lettera della norma dovremmo concludere che il campo di applicazione della tutela reintegratoria è stato ristretto perché il legislatore lo ha previsto solo nei casi di nullità espressamente previsti dalla legge⁵⁹, quindi per tutti gli altri casi sarebbe prospettabile solo la tutela indennitaria. Tale interpretazione basa il suo ragionamento non solo sul dato strettamente letterale, sottolineando che se così non fosse si toglierebbe di significato all'avverbio in questione, ma anche sul fatto che ragionando diversamente non vi sarebbe più alcuna differenza con l'art. 18 della l. 92/2012 che appunto l'avverbio in questione non lo prevede. In realtà tale interpretazione non può essere condivisa, prima di tutto perché probabilmente il legislatore anziché restringere ha voluto espandere i casi come vedremo che rientrano in questa tipologia di licenziamento e anche perché un'interpretazione così letterale collimerebbe con l'intero sistema di diritto comune. Infatti va segnalato che vi è in dottrina già prospettata una diversa soluzione interpretativa secondo la quale andrebbero sottoposte alla norma in questione anche tutte le ipotesi che, pur non prevedendo espressamente la nullità come conseguenza di un licenziamento, si ricavano però dai principi generali di diritto civile, specialmente dagli artt. 1418 c.c., 1343 c.c., 1345 c.c.⁶⁰ Queste ultime tre norme disciplinano rispettivamente l'art. 1418 c.c. nullità del contratto, l'art. 1343 c.c. la causa illecita, l'art. 1345 c.c. il contratto illecito a causa del motivo illecito, come si può notare sono tre norme che non fanno esplicito

⁵⁹ DE ANGELIS L., (2015). *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-16, destinato al volume in corso di pubblicazione, *Jobs Act: il contratto a tutele crescenti*, di AA.VV., Giappichelli, Torino

⁶⁰ FIORILLO L., PERULLI A., (2015). *Il contratto a tutele crescenti e Napsi*, Giappichelli, Torino, pp. 3-49

riferimento alla materia dei licenziamenti e quindi in base alla tesi strettamente letterale di cui sopra nulla avrebbero a che fare con l'art. 2 del recente decreto. In realtà però le tre norme citate sono norme che non possono essere invocate in funzione dell'art. 3 comma 2 del d.lgs. 23/2015 come qualche autore ha prospettato, perché come è stato sostenuto tale articolo fa riferimento alla mancanza di giustificazione del licenziamento, invece le tre norme hanno un "diversa categoria di disvalore giuridico"⁶¹. Tali norme appunto non potranno applicarsi nel caso in cui il licenziamento sia dichiarato senza giusta causa o giustificato motivo perché tale caso è disciplinato dal primo comma dell'art. 3. Allora ci si chiede se e quando tali norme potranno essere invocate in tema di licenziamento. Perché in realtà è vero che il nostro legislatore ha voluto assumere come regola generale la tutela indennitaria e relegare se così si può dire ad eccezione la tutela reintegratoria, ma ciò non esclude che non si possa far riferimento ad altri principi generali del nostro ordinamento. Infatti sembra da preferire la tesi appunto che riconduce la tutela reintegratoria anche ai casi in cui vi è una violazione delle norme imperative in quanto anche l'art. 1418 del cod. civ. contempla espressamente per queste ultime la nullità. Certamente è da tener presente che alcuni autori hanno obiettato a tale impostazione sostenendo che la tesi non sembra condivisibile perché non solo toglierebbe significato all'aggiunta dell'avverbio espressamente, ma anche perché la nuova formulazione si contrappone come già detto a quella precedente dell'art. 18 che invece l'avverbio non lo menziona proprio⁶², sembrerebbe a detta di questi autori una forzatura eccessiva. Ebbene sicuramente il novellato art. 18 aveva il pregio di una elencazione più precisa e circoscritta, non solo richiamando puntualmente i singoli divieti di discriminazione ma facendo anche in modo che i casi che in precedenza ricadevano sotto la tutela reale del diritto comune fossero invece ricompresi nel regime del nuovo art. 18 nella parte in cui si legge "altri casi di nullità previsti dalla legge" e aggiungendo

⁶¹ FIORILLO L., PERULLI A., (2015), op. cit.

⁶² GIUBBONI S., (2015). *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-22, destinato alla rivista telematica Costituzionalismo.it

anche il riferimento all'art. 1345 c.c. e ciò porta a chiedersi fino a che punto il legislatore del 2015 abbia realmente voluto allargare le ipotesi in cui si applica la tutela reintegratoria (dovendo sempre ricordare che tale tutela è stata concepita nell'impianto della riforma come assolutamente eccezionale). Sempre secondo tale orientamento allora si dovrebbe approdare alla conclusione che con un'interpretazione estensiva e forzando appunto il sistema però la tutela reintegratoria andrebbe riconosciuta anche ai casi di discriminazione non nominate/tipizzate o per quello per ritorsione o determinato da motivo illecito, per il fatto che sembrerebbe contraddittorio e non tanto perché manca un esplicito riferimento nel recente decreto ma perché sembrerebbe “contraddittorio che il microsistema della materia escluda la tutela reale per i licenziamenti nulli ex art. 1418 c.c. e la riconosca, ultra textum, per quelli in questione”⁶³. Dunque è preferibile interpretare la norma di modo che la tutela reintegratoria sia riconosciuta in tali casi. Prima di tutto perché altrimenti non si terrebbe conto degli approdi giurisprudenziali che ad esempio hanno ormai equiparato il licenziamento per ritorsione al licenziamento discriminatorio, anche se è bene ricordare che una recente sentenza della Cassazione al riguardo ha specificato che nonostante tale equiparazione i due tipi di licenziamento sono invece diversi. Il caso di specie riguardava un dirigente medico che deduceva la natura discriminatoria del licenziamento e l'insussistenza dei fatti contestati, l'erroneità degli accertamenti, l'incompletezza dell'istruttoria e la punibilità del fatto con una sanzione conservativa. Il tribunale di Roma però rigettava il ricorso sostenendo appunto che il licenziamento così come prospettato non aveva natura discriminatoria ma ritorsiva, la quale è un vulnus all'identità del lavoratore in ragione della sua appartenenza ad un determinato genus (per sesso, razza, lingua...)⁶⁴. Inoltre nella sentenza si ricorda che dal combinato disposto dell'art. 1418 comma 2 c.c. e degli artt. 1345 e 1324 c.c., “Il

⁶³ DE ANGELIS L., (2015), op. cit.

⁶⁴ Il Sole24ore

licenziamento per ritorsione è nullo, quando il motivo è ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinato del recesso datoriale; tale licenziamento costituisce infatti l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore o di altra persona legata al medesimo, configurandosi come una vera e propria vendetta", la sentenza inoltre sottolinea come nel caso del licenziamento ritorsivo spetti al lavoratore allegare la prova delle circostanze da cui si ritiene desunta la ritorsione e che tale prova si fonda soprattutto su presunzioni e che dunque la prova della mancanza di un diverso motivo non è marginale come si suol credere. Nel caso di specie però il tribunale esclude il carattere ritorsivo perché il ricorrente ha ammesso i fatti che vi erano alla base della contestazione disciplinare. Tale distinzione tra licenziamento discriminatorio e quello ritorsivo è stato più volte ribadito. E inoltre perché è preferibile, come già si è sostenuto in passato, ritenere che per le ipotesi di licenziamento non nominate si applichi il diritto comune, più precisamente il diritto dei contratti e degli atti unilaterali, che è come ben si saprà un diritto che coinvolge teoricamente parti uguali, che hanno cioè la stessa forza e posizione contrattuale e non si comprende il motivo perché non lo si potrebbe applicare in favore del lavoratore che è la parte debole del contratto di lavoro. Come si può notare il fatto che vi sia il richiamo espresso dell'art. 2 comma 1 all'art. 15 della l. 300/1970 non elimina tutti i dubbi, anzi basti considerare che alcuni autori hanno fatto notare come nell'art. 15 dello St. Lav. manchi la sieropositività, che però è oggetto di una apposita disciplina, la l. 135/90 e in particolar modo l'art. 5 di tale testo prevede che l'accertata infezione da HIV non può essere motivo di discriminazione in generale e per l'accesso e il mantenimento al posto di lavoro. Per quanto riguarda il motivo illecito, si è già segnalato il fatto che il legislatore non lo ha richiamato espressamente nell'art. 2, diversamente da quanto previsto dal legislatore del 2012 e ciò ha fatto sorgere dei dubbi in dottrina. Non è mancato chi ha sostenuto che eliminando rispetto al passato il riferimento esplicito al motivo illecito si dovesse escludere tale licenziamento dal regime previsto

dall'art. 2. Ma tale tesi non è assolutamente condivisibile, non solo perché già si è prospettata una tesi opposta che ritiene che il licenziamento per motivo illecito integri un'ipotesi di nullità prevista dalla legge⁶⁵, ma anche e soprattutto perché altrimenti non si terrebbe in alcun conto la giurisprudenza degli ultimi anni. Peraltro un'altra mancanza del recente decreto è quella di non menzionare i dirigenti a differenza dell'art. 18 comma primo così come era stato novellato. Come si saprà i dirigenti sono una categoria particolare di lavoratori, proprio per la loro posizione al vertice di un'azienda, è appunto una posizione apicale e non è loro applicabile l'art. 18. Però come è stato più volte sottolineato il licenziamento discriminatorio per il suo disvalore sociale non può assolutamente essere tollerato, ecco perché l'art. 18 comma 1 prevede espressamente che la disciplina si applichi anche ai dirigenti. Non sono mancate al riguardo nemmeno pronunce della giurisprudenza in tal senso, come ad esempio è avvenuto nel caso di un dirigente commerciale di un'importante azienda che impugnava il licenziamento che gli era stato intimato per giusta causa e chiedeva l'applicazione dell'art. 18 St. Lav. così come era stato novellato dalla l. 92/2012 sostenendo che in realtà la qualifica di dirigente non corrispondeva alla realtà. Il lavoratore sosteneva infatti che era uno pseudo-dirigente perché non aveva né il potere di assumere né quello di licenziare, né tanto meno deleghe di firma e rispondeva del suo operato al direttore. Insomma basava la sua richiesta di applicazione dell'art. 18 perché la sua reale qualifica lavorativa non corrispondeva a quella formalmente assunta. Ma il tribunale di Bologna rigettava il ricorso proprio perché sottolineava che le tutele previste dall'art. 18 non sono applicabili ai dirigenti, tranne nel caso di licenziamento discriminatorio. Infatti l'art.1 comma 1 del d.lgs. 23/2015 non menziona i dirigenti, prevedendo espressamente che la disciplina contenuta nel decreto va applicata ai lavoratori che rivestono la

⁶⁵ MARRAZZA M., (2015). *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 3-25, destinato agli scritti in onore di R. De Luca Tamajo, in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, vol. 2 pp. 310-366

qualifica di operai, impiegati, quadri. Si dovrebbe dunque concludere che in caso di licenziamento discriminatorio del dirigente quest'ultimo non godrebbe della tutela prevista dall'art 2. Ma non sembra convincente tale conclusione, perché apparirebbe ingiustamente iniqua. È allora preferibile sostenere che al dirigente anche se assunto dopo l'entrata in vigore del decreto in questione continuerà ad applicarsi la previgente disciplina dell'art. 18 che prevede appunto la tutela contro il licenziamento discriminatorio anche per i dirigenti. Su quest'ultimo punto si dovrà soltanto aspettare le prime decisioni giurisprudenziali cosa dicono e vedere se colmerà questa lacuna o no.

La reintegratoria piena inoltre è riconosciuta anche nel caso in cui “il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente la disabilità fisica o psichica del lavoratore ai sensi degli artt. 4, comma 4 e 10 comma 3 della legge n. 68 del 1999”, art. 2 comma 4. E sul punto specifico potremmo dire che la nuova norma è migliorativa rispetto al passato, perché senz'altro il legislatore ha ricompreso finalmente in modo espresso un'ulteriore caso di tutela reintegratoria in mancanza di giustificazione del licenziamento e perché il legislatore fa riferimento alla disabilità fisica o psichica e non più all'inabilità. Quest'ultima scelta terminologica non sembra di poco rilievo, il legislatore infatti ha preferito al richiamo tecnico ma ampio di “inidoneità”, un richiamo più specifico come quello di “disabilità”, circoscrivendo dunque i casi nei quali si applica la tutela reintegratoria. E per comprendere tale scelta va tenuto presente che non era questa la soluzione iniziale del legislatore. Infatti il primo schema provvisorio prevedeva il licenziamento per inidoneità fisica o psichica all'art. 3, quello che poi è stato dedicato al licenziamento disciplinare, con la conseguenza di riconoscere sì la tutela reintegratoria ma con un risarcimento limitato a dodici mensilità. Inoltre il legislatore ha alla fine deciso di collocare tale licenziamento nell'alveo dell'art. 2 equiparando dunque ai licenziamenti nulli per motivi discriminatori o negli altri casi previsti dalla legge. A questo punto tenendo conto dei cambiamenti che il

legislatore ha fatto in corso d'opera dovremmo attenerci a una interpretazione strettamente letterale e dire che da tale regime sono esclusi i licenziamenti per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica, nel caso ad esempio di un accertamento medico. Per questi licenziamenti allora non vi sarebbe la tutela reintegratoria ma solo quella indennitaria, che varia da quattro a ventiquattro mensilità in base all'anzianità di servizio, che è riconosciuta per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e che per consolidata giurisprudenza vi sono ricompresi quelli per sopravvenuta inidoneità. Ma non è questa la tesi da condividere personalmente, infatti se ci atteniamo alla lettera della norma la reintegrazione va applicata ai licenziamenti per motivi fisici o psichici laddove sia accertata da una commissione medica una disabilità tecnica o comunque un'altra situazione rilevante per la normativa sui disabili. Sebbene quest'ultima sia la tesi preferibile non sono mancate tesi di segno opposto che invece ritengono di equiparare l' inidoneità con la disabilità come se fossero semplicemente dei sinonimi e applicare dunque la reintegratoria. Tale tesi però non tiene in alcun conto che il legislatore ha cambiato in fase di approvazione il termine inidoneità. Ciò che invece non è proprio menzionato nel decreto è l'ipotesi del licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto previsto dall'art. 2110 c.c., che vi è quando un lavoratore si assenta dal lavoro per malattia per un periodo superiore a quello previsto dalla contrattazione collettiva e il datore di lavoro intima ugualmente il licenziamento perché ad esempio ha computato male i giorni, ciò era invece previsto dalla Riforma Fornero sotto la tutela reintegratoria cd. attenuata dell'art. 18 comma 7. Su tale scelta del legislatore già si possono ravvisare diverse tesi, una che ritiene riconducibile all'insussistenza del giustificato motivo oggettivo, con la conseguenza che allora andrà applicata la sola tutela indennitaria escludendo in ogni caso la tutela reintegratoria (per chi sostiene che la tutela reintegratoria vada riconosciuta solo in caso di nullità previste espressamente dalla legge) e chi invece ritiene che va considerato comunque come una nullità, ovviamente una

nullità implicita riconducibile però al diritto comune e non alle nullità espressamente previste dalla legge⁶⁶. Di fatto va tenuto presente che l'art. 2110 c.c. è una norma imperativa e inderogabile e dunque la violazione porterebbe soluzione comunque della nullità prevista dall'art. 1418 c.c. Anche perché in questo caso specifico sembra comunque ragionevole ritenere che in caso di licenziamento la motivazione sia riconducibile all' inidoneità fisica o psichica del lavoratore. È pur vero che alla luce di una recente sentenza della Cassazione si distingue la malattia dall' inidoneità fisica, giacché “la prima ha solo carattere temporaneo e implica una totale impossibilità della prestazione lavorativa e che quindi se il periodo di astensione del lavoratore supera quello consentito il licenziamento sarà legittimo, a differenza della seconda che ha carattere permanente o, come più precisamente ha detto la Suprema Corte, durata indeterminata o indeterminabile e non implica necessariamente la impossibilità totale della prestazione consentendo la risoluzione del contratto”⁶⁷. Quindi in conclusione potremmo dire che visto che il decreto non ha specificato nulla circa il carattere permanente o la durata dell' inidoneità, la disposizione potrà essere applicata nel caso della malattia che potrà essere intesa appunto come inidoneità o comunque impossibilità temporanea a svolgere la mansione lavorativa. Come si può notare questa è una questione molto delicata che alla luce del nuovo decreto non trova risposte esplicite, dunque bisognerà attendere le prime pronunce dei giudici di merito, che in realtà almeno nella prima fase di attuazione del decreto potrebbero prospettare soluzioni anche diametralmente opposte.

3.3 L'onere della prova

Sicuramente l'onere della prova è da sempre stato il problema principale del licenziamento discriminatorio. Nessun datore di lavoro infatti giustificherà esplicitamente il licenziamento intimato con una motivazione discriminatoria,

⁶⁶ MARRAZZA M., (2015), op. cit.

⁶⁷ Cass., 31 gennaio, 2012, n. 1404

giacchè già sa che il regime sanzionatorio applicato in tal caso era ed è ancora oggi quello della reintegra a prescindere dai livelli occupazionali, ma anzi quasi sempre cela tale licenziamento dietro altre tipologie ad esempio con un licenziamento disciplinare o ancora più spesso con un licenziamento economico. Orbene proprio per la difficoltà della prova sono stati pochi i casi dibattuti in tribunale di tale licenziamento rispetto alle altre tipologie. Infatti non solo l'onere della prova è a carico del lavoratore, ma data l'oggettiva difficoltà di tale prova (potremmo forse definirla come una probatio diabolica mutuando tale espressione dal diritto privato) la giurisprudenza da tempo ha affermato che l'onere può essere assolto anche attraverso presunzioni purchè siano gravi, precise, concordanti⁶⁸, anche se sul punto non è mancata una pronuncia recente della Suprema Corte dove si precisa che l'onere della prova in tema di licenziamento discriminatorio è assolta dal lavoratore anche con presunzioni purchè siano concordanti e precise mentre non menziona il requisito della gravità⁶⁹. Il caso di specie riguardava una impiegata S.A che conveniva in giudizio la San Paolo Imi s.p.a per una mancata promozione al grado di funzionario a cui da tempo aspirava, sostenendo che tale mancato avanzamento di carriera era dovuto ad una discriminazione di genere. Come si noterà la sentenza in esame non riguarda propriamente un licenziamento ma un non avanzamento di carriera. Il caso è stato risolto dalla Cassazione rigettando il ricorso perché la lavoratrice non aveva allegato fatti concordanti e precisi e appunto non si menziona la gravità dell'asserita discriminazione. Tale orientamento della Cassazione in tema di mancato scatto di carriera è condivisibile anche nel caso del licenziamento discriminatorio.

Per tali difficoltà probatorie il legislatore però è intervenuto alleggerendo il compito del lavoratore, se così si può dire, prima solo per le ragioni discriminatorie in ragione del sesso (con l'art. 40 del d.lgs. n. 198/2006) e poi anche per tutte le altre discriminazioni (d.lgs. 150/2011) prevedendo per

⁶⁸ Cass., 15/11/2000, n. 14753

⁶⁹ Cass., sez. lav., del 5/06/2013, n. 14206

queste ultime una sorta di presunzione tipo quella prevista dall'art. 2729 c.c. quindi una presunzione semplice. Infatti i requisiti della presunzione qui richiesta sono gli stessi, la precisione e la concordanza mancando invece quello della gravità. Tale mancanza però va probabilmente compresa alla luce della volontà del legislatore di voler appunto alleggerire il lavoratore dal fardello probatorio. Nel caso invece di un licenziamento viziato da motivo illecito l'onere della prova è sempre a carico del lavoratore il quale però qui non gode di nessuna agevolazione giacchè non è invocabile nessuna presunzione e dunque dovrà allegare la prova dei fatti costitutivi. Inoltre in questo caso per ottenere una pronuncia di nullità non solo si dovrà provare l'esistenza del motivo illecito ma anche che quest'ultimo è stato determinante ed esclusivo, dato che nel caso in cui in giudizio sia dimostrata anche la giusta causa o un altro giustificato motivo la nullità del licenziamento sarà esclusa. Va anche segnalato che all'indomani della riforma del 2012 non mancò chi aveva osservato che la mancanza nell'art. 18, così come era stato novellato, enunciava esclusivamente il motivo illecito determinante senza invece fare alcun riferimento all'esclusività, requisito invece sempre richiesto dalla giurisprudenza per potersi dedurre la nullità. E ciò avrebbe potuto suggerire una nuova ipotesi di motivo illecito che avrebbe potuto travolgere il licenziamento rendendolo nullo e quindi avendosi la tutela reintegratoria nonostante ci fossero altri motivi concorrenti posti dal datore di lavoro⁷⁰.

Anche nel caso di un licenziamento ritorsivo, che ormai per consolidata giurisprudenza è equiparato al licenziamento discriminatorio, l'onere della prova è a carico del lavoratore, che dunque dovrà dimostrare la pretestuosità della motivazione dedotta dal datore di lavoro. Al riguardo è da segnalare una sentenza della Cassazione⁷¹ del caso di un operaio licenziato per il superamento del periodo di comporto, che sosteneva però che il reale motivo

⁷⁰ MARRAZZA M., (2012). *L'art. 18, il nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli, Milano, pp. 824-844

⁷¹ Cass., n. 17100 del 2011

dell'espulsione era la sua iscrizione al sindacato. Il ricorrente sosteneva che il licenziamento fosse stato intimato appena dieci giorni dopo la sua iscrizione al sindacato. La sentenza in questione precisa appunto che spetta al lavoratore fornire l'onere della prova della discriminazione subita. In realtà se un licenziamento discriminatorio fosse celato dietro un'altra tipologia di licenziamento, come spesso accade ad esempio con uno economico, il lavoratore potrebbe perdere il regime probatorio appunto più favorevole. È stato proprio per evitare inconvenienti del genere che il legislatore è intervenuto con il d.lgs. 150/2011. La disciplina in questione fino alla Riforma Fornero non era richiamata spesso in tribunale, dato che bastava provare che il licenziamento non fosse sorretto da giusta causa o da giustificato motivo per le imprese che ricadevano sotto il regime sanzionatorio dell'art. 18 per ottenere la reintegra, quindi le ragioni discriminatorie non davano alcun beneficio al lavoratore. Le cose sono cambiate post-riforma. Infatti non è mancato chi ha sostenuto che l'art. 28 comma 4 del d.lgs. 150/2011 che prevede un rito sommario di cognizione sia inapplicabile al c.d. rito Fornero, la norma come è stato detto prima prevede l'onere della prova a carico del lavoratore il quale può fornire elementi di fatto, anche desunti da dati statistici da cui si possa presumere la discriminazione subita, della quale a questo punto spetterà al convenuto provare l'inesistenza. In realtà tale orientamento non sembra convincente, perché semplicemente non è accettabile un differente regime dell'onere della prova in tema di discriminazione. Quindi è preferibile l'interpretazione che consente l'applicazione del comma 4 dell'art. 28 che non è incompatibile con il rito Fornero.

3.4 L'invariato regime sanzionatorio

Per quanto riguarda il regime sanzionatorio il legislatore negli ultimi anni nonostante siano intervenute ben due riforme a così poca distanza di tempo non ha mai messo in discussione la reintegra per il licenziamento discriminatorio. Essendo quest'ultimo sicuramente il più odioso e il più degradante da subire, da sempre la reintegrazione nel posto di lavoro non è mai dipesa dal livello occupazionale del datore di lavoro e oggi infatti continua ad essere così. La differenza sostanziale però che si nota rispetto al passato è che il testo originario prevedeva la reintegra e il risarcimento del danno, nella riforma Fornero nella quale si è assistito a una vera e propria modulazione dei regimi sanzionatori che prevedevano ben quattro regimi sanzionatori che variavano dalla reintegrazione piena a quella depotenziata, l'indennità risarcitoria onnicomprensiva nella misura piena e quella ridotta, per il licenziamento discriminatorio era stato previsto appunto la reintegrazione "piena", quindi il più alto livello di tutela possibile. Con tale regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 ai commi 1-3 è prevista oltre alla condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro anche il risarcimento del danno, più precisamente a un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, che però in ogni caso non può essere inferiore a cinque mensilità, pari a tutte le retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento fino alla reintegrazione effettiva. Va però precisato che la misura del danno può essere ridotta del quantum ha effettivamente percepito il lavoratore nel caso in cui abbia svolto un'altra attività lavorativa, quindi l'*aliunde perceptum* e non anche invece l'*aliunde percipiendum* e inoltre sarà erogato anche l'integrale versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. È ovviamente a carico del datore di lavoro l'onere della prova circa l'*aliunde perceptum*, anche attraverso presunzioni⁷². Tale tipo di regime va applicato ai licenziamenti nulli per discriminazione, per matrimonio, per

⁷² AVONDOLA A.,(2013). *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art.18 dello statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-24

violazione dei divieti posti a tutela della maternità e paternità, per motivo illecito determinante e negli altri casi previsti dalla legge, per discriminazione quando sia formalmente adottato per giustificato motivo oggettivo (art. 18 comma 7 ultimo periodo) e a quello inefficace, sia individuale o collettivo che sia intimato in forma orale. Inoltre va sottolineato che non solo tale regime opera a prescindere dai livelli occupazionali del datore di lavoro, che può essere imprenditore o meno ma riguarda soprattutto tutti i lavoratori quindi sono inclusi anche i dirigenti.

La differenza con il regime previsto dalla l. 92/2012 è che il legislatore del Jobs Act nell'art. 2 comma 1 del d.lgs. 23/2015 per il licenziamento discriminatorio, nullo o intimato in forma orale prevede la condanna del datore di lavoro imprenditore o no alla reintegra del lavoratore nel posto di lavoro, quindi fin qui nulla cambia rispetto alla precedente riforma, ciò che cambia invece è il risarcimento che si accompagna alla reintegra. Infatti al secondo comma dell'art. 2 si prevede la condanna a un risarcimento del danno subito dal lavoratore che deve essere pari a un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione. Ciò che dunque cambia è il criterio di riferimento per il calcolo dell'indennità, prima era la retribuzione globale di fatto ora invece sarà il TFR. La differenza tra il TFR e la retribuzione globale di fatto si può comprendere solo tenendo presente gli approdi giurisprudenziali degli ultimi anni, nei quali si era interpretato il concetto di retribuzione globale di fatto con: "La nozione di retribuzione alla quale è da commisurare il risarcimento del danno spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, deve essere intesa come coacervo delle somme che risultino dovute, anche in via non continuativa, purché non occasionale, in dipendenza del rapporto di lavoro e in correlazione ai contenuti e alle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, così da costituire il trattamento economico normale, che sarebbe

stato effettivamente goduto, se non vi fosse stata l'estromissione dall'azienda"⁷³, quindi al lavoratore ingiustamente licenziato non solo andrà riconosciuta l'indennità risarcitoria che ha come parametro la retribuzione base ma anche ogni tipo di compenso di carattere continuativo che si ricolleggi alle prestazioni in atto al momento del licenziamento, con l'esclusione dunque dei soli emolumenti di carattere eventuale, eccezionale o anche occasionale⁷⁴. Il legislatore del 2015 ha fatto invece una scelta diversa, ogni indennità dovuta al lavoratore a causa dell'illegittimità del licenziamento e quindi non solo quando è discriminatorio sarà commisurata all'ultima retribuzione utile per il calcolo del trattamento di fine rapporto. È inevitabile dunque non far riferimento all'art. 2120 cod. civ. che disciplina appunto il TFR. In particolare il comma 4 dell'art. 2120 c.c. individua quelli che sono gli elementi retributivi di riferimento, cioè tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese. Ma questo non è l'unico cambiamento. Infatti deducendo quanto il lavoratore ha percepito svolgendo un'altra attività lavorativa (l'aliunde perceptum), comunque è specificato che l'indennità non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto e sarà condannato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. Come si può notare ciò che cambia rispetto alla legge 92/2012 è solo il criterio di riferimento per il calcolo dell'indennità risarcitoria: prima era la retribuzione globale di fatto, oggi invece la retribuzione per il calcolo del TFR. Inoltre il legislatore nel terzo comma dell'art. 2 riconosce al lavoratore la facoltà di chiedere, rinunciando alla reintegrazione, un'indennità sostitutiva pari a quindici mensilità (sempre dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR) e tale richiesta deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione della sentenza o dall'invito del lavoratore a prendere servizio

⁷³ Cass., sent. n. 18441 del 24/8/2006

⁷⁴ Cass., sez. lav., sent. n. 19956 del 16/10/2009

(se anteriore alla comunicazione appunto). Tale ultimo aspetto sembra invariato rispetto al passato e la ratio è potremmo dire sempre la stessa, il lavoratore potrebbe non avere più interesse a tornare nello stesso ambiente di lavoro dove è stato discriminato e preferire invece una indennità risarcitoria.

CAPITOLO 4

IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

Sommario: 4.1 La nozione del giustificato motivo oggettivo – 4.1.1 Lo scarso rendimento tra giustificato motivo oggettivo e giustificato motivo soggettivo – 4.2 Il giustificato motivo oggettivo al centro delle recenti riforme – 4.3 La noterelle sulla manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per g.m.o e l'incertezza del diritto – 4.4 L'obbligo di repêchage – 4.5 Dal tentativo obbligatorio di conciliazione nella Riforma Fornero all'offerta di conciliazione nel Jobs Act – 4.6 Regime sanzionatorio: il completo stravolgimento

Capitolo 4 Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

4.1 La nozione del giustificato motivo oggettivo

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo viene irrogato ogni qualvolta il licenziamento non sia sorretto da una condotta colpevole del lavoratore. In generale la nozione di giustificato motivo è prevista dall'art. 3 della L. 604/1966 che distingue tra giustificato motivo soggettivo e quello oggettivo, oltre che prevedere anche la nozione di giusta causa. La differenza dal giustificato motivo soggettivo si ravvisa infatti nel dato che quest'ultimo è un inadempimento notevole degli obblighi contrattuali imputabile al lavoratore, mentre invece il giustificato motivo oggettivo no, ma consiste invece in "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento della stessa". Come in realtà andremo a vedere la nozione però è stata ampliata negli anni dalla giurisprudenza andando ben oltre ciò che è previsto dall'art. 3 della L. 604/1966, non va infatti trascurato il dato, fatto notare da alcuni autori, che la suddetta norma è riconducibile alla c.d. figura di "norma generale" che è appunto una norma senz'altro completa ma che è a contenuto variabile, che viene appunto riempita in concreto dall'elaborazione giurisprudenziale⁷⁵. Infatti basti notare come fino agli anni '90 l'orientamento prevalente identificava il giustificato motivo oggettivo solo in ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento della stessa, cioè quanto appunto previsto dalla legge. Non va trascurato infatti che l'art. 41 della Costituzione garantisce la libertà dell'iniziativa economica e che quindi il datore di lavoro è libero di organizzare la propria attività come ritiene più opportuno, optando per le scelte organizzative e produttive che ritiene più idonee, questo è un dato di non poca rilevanza per tale tipologia di licenziamento, dato che ancora oggi si sostiene che nonostante le numerose garanzie a favore del lavoratore come

⁷⁵ GARGIULO U., (2014). *Il licenziamento "economico" alla luce del novellato articolo 18*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-39, pubblicato poi in *Diritti Lavori e Mercati*, Editoriale Scientifica Napoli

vedremo, le scelte dell'imprenditore sono insindacabili ed è proprio tale aspetto che rende il licenziamento economico uno dei più dibattuti, perché più che nelle altre tipologie di licenziamento si assiste allo scontro tra le esigenze contrastanti e opposte tra il datore di lavoro e il lavoratore. Solo sul finire degli anni '90⁷⁶ la Cassazione rivisitò il tradizionale orientamento, sostenendo invece che quando l'art. 3 della legge 604/1966 fa riferimento al "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali" non solo si riferisce al caso in cui l'inadempimento è imputabile al lavoratore e quindi al giustificato motivo soggettivo, ma anche al caso in cui il notevole inadempimento non è imputabile al lavoratore. Dunque in realtà si potrà parlare di un giustificato motivo oggettivo in due ipotesi essenzialmente distinte: la prima riguarda le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento della stessa, la seconda invece riguarda il notevole inadempimento che però non è sanzionato dal datore di lavoro per la colpevolezza del lavoratore, altrimenti si rischierebbe di ricadere nella fattispecie del licenziamento disciplinare, ma unicamente perché vi sarebbe l'impossibilità di adempiere esattamente l'obbligazione contrattuale. La giurisprudenza è stata prolifera per ricollegare vari casi alla nozione in questione. In definitiva potremmo dire che tale motivo vi è per ragioni inerenti l'attività produttiva che prescindono dal lavoratore, che appunto non dipendono da quest'ultimo e proprio per questo motivo la conservazione del suo posto di lavoro è sacrificabile rispetto all'interesse primario dell'impresa. La giurisprudenza, come abbiamo detto prima, ha ricondotto a tale tipologia di licenziamento varie cause come ad esempio la cessazione dell'attività produttiva e liquidazione dell'azienda, fallimento, fine dei lavori o della fase lavorativa, una riorganizzazione per maggiore economicità della gestione e soprattutto la soppressione del posto di lavoro senza la possibilità di ricollocare il lavoratore, innovazione tecnologica con introduzione di nuovi macchinari che necessitano di minori interventi umani, *outsourcing* o

⁷⁶ Cass., S.U., 7 agosto n.7755, RIDL, 1999, vol. II

affidamento di servizi a imprese esterne. Un'altra causa in tal senso è quella che vi è quando il periodo di comporto si protrae per lungo tempo, perché in tale ipotesi è vero che il lavoro è solo sospeso e non risolto, ma ciò non deve divenire definitivo altrimenti si potrà intimare il licenziamento per tale motivo. Fondamentale quando si parla di giustificato motivo oggettivo è da un lato il nesso di causalità fra la scelta dell'imprenditore e il licenziamento effettivo, infatti se l'imprenditore scegliesse di licenziare un proprio lavoratore perché deve compiere delle modifiche organizzative alla stregua di comuni regole di buona organizzazione e in base a tali regole il licenziamento apparisse non razionale e in definitiva non dipendesse dalle scelte tecnico-organizzative, se mancasse dunque un nesso di causalità, allora il licenziamento sarebbe da considerare ingiustificato un esempio classico in tal caso è un lavoratore licenziato che però non era coinvolto in tale riorganizzazione. Inoltre per consolidata giurisprudenza si ritiene che il giustificato motivo oggettivo sussiste solo quando il lavoratore non possa essere in alcun modo ricollocato nell'impresa in posizioni di lavoro alternative, nell'ottica appunto che il licenziamento sia visto come *extrema ratio*. Come si è detto sopra il giustificato motivo oggettivo non vi è solo quando si riscontrano esclusivamente delle ragioni inerenti all'attività d'impresa o all'organizzazione della stessa ma anche quando vi sono delle ragioni soggettive che comportano comunque un oggettivo impedimento al regolare svolgimento dell'attività d'impresa. In questi casi però non parliamo di un inadempimento degli obblighi contrattuali vero e proprio, altrimenti si ricadrebbe nella fattispecie del giustificato motivo soggettivo, ma di situazioni del lavoratore che comunque si ripercuotono sul suo lavoro ad esempio il ritiro della patente per un autista, nel caso della carcerazione preventiva del lavoratore per fatto però estraneo al lavoro che svolge o ancora inidoneità fisica o psichica del lavoratore a svolgere normalmente le sue mansioni. In tutti questi casi come si può notare non si ha effettivamente un inadempimento degli obblighi contrattuali, perché in realtà sono semplicemente dei fatti

personali del lavoratore ma non vi è dubbio che influiscono negativamente sul lavoro da svolgere. Ad esempio nel caso della carcerazione preventiva la giurisprudenza da tempo ritiene che non possa integrare né la giusta causa né un giustificato motivo soggettivo ma potrebbe, se perdura, comportare una sopravvenuta impossibilità parziale della prestazione ai sensi dell'art. 1464 c.c., in questo caso però, per avere una risoluzione del rapporto di lavoro, bisognerà valutare vari fattori: le dimensioni dell'impresa, il tipo di organizzazione sia tecnica che produttiva, la prevedibile durata dell'assenza ecc. Inoltre è bene ricordare che in questi casi si applica l'art. 102 bis del c.p.p., introdotto con la L. 332/1995, che impone al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore che è stato sottoposto alla custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art. 285 c.p.p. o degli arresti domiciliari ai sensi dell'art. 284 c.p.p. se è stato per tali motivi licenziato dal posto che occupava prima della misura cautelare e poi invece sia stato assolto o prosciolto da una sentenza o ci sia stata una sentenza di non luogo a procedere o ancora un'archiviazione, di essere appunto reintegrato nel medesimo posto di lavoro. In base a ciò potremmo distinguere le ragioni che giustificano un licenziamento per giustificato motivo oggettivo in due categorie: la prima che fa riferimento a specifiche esigenze aziendali che impongono la soppressione del posto di lavoro (c.d. esigenze obiettive d'impresa) e le seconde invece a situazioni che fanno capo al lavoratore, purchè ovviamente comportino la risoluzione del contratto (c.d. circostanze incolpevoli inerenti al lavoratore). Tra le prime si possono sicuramente ricordare i casi di soppressione del posto di lavoro a causa dell'innovazione tecnologica (ad esempio l'introduzione di sistemi di erogazione di banconote automatici, come i bancomat), oppure a causa di riassetti organizzativi (come può avvenire nel caso in cui l'imprenditore decida di passare da una vendita diretta ad una indiretta, affidandosi appunto a degli agenti) oppure ancora una riorganizzazione dovuta a contenere i costi aziendali (per esempio rinunciando ad una figura professionale perché non è più possibile sostenerne il costo). Tra queste prime ragioni sicuramente una

delle più frequenti è quella di riassetto dell'organizzazione dell'impresa, che però è stato chiarito dalla Suprema Corte che per essere rispettoso dell'art. 3 della L. 604/1966 “debba essere attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore, non pretestuosamente e non semplicemente per un incremento del profitto, bensì per far fronte a sfavorevoli situazioni, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva ovvero per sostenere notevoli spese di carattere straordinario”⁷⁷. La Suprema Corte in questo caso non fa altro che confermare il suo orientamento che si è consolidato negli anni, un licenziamento per giustificato motivo oggettivo non potrà essere legittimo se viene intimato solo allo scopo di ottenere maggiori profitti, non si può infatti sacrificare il posto di lavoro per tali ragioni perché il licenziamento va sempre visto come *extrema ratio* o almeno così doveva essere fino a pochi anni fa. Nel caso di specie una piccola azienda che si trovava in crisi aveva intimato il licenziamento a tre lavoratori e poi assumeva due apprendisti per sostituirli e poco tempo dopo delocalizzava la produzione in Romania, fenomeno sempre più diffuso per il minor costo delle produzioni. Uno dei tre lavoratori impugnava il licenziamento e proponeva ricorso. Il licenziamento veniva ritenuto illegittimo sia in primo grado che in appello, essenzialmente perché poco tempo dopo era stato assunto un apprendista e ciò denotava tutt'altro che un'azienda in crisi. Non è stato però dello stesso avviso la Suprema Corte che infatti accoglieva il ricorso proposto dall'azienda e cassava con rinvio la sentenza di merito. Da un lato dunque la Suprema Corte ribadiva il consolidato orientamento e per farlo richiamava due precedenti: le Sezioni Unite dell'11 aprile 1994, n. 3353 e la sentenza del 10 maggio 1986, n. 312. Nella prima pronuncia infatti la Suprema Corte aveva escluso che si potesse sostituire un lavoratore con uno meno costoso per il mero fine di risparmiare sul personale, il caso riguardava infatti un licenziamento intimato ad un'insegnante laica sostituita con una religiosa che svolgeva l'attività didattica a titolo gratuito, sostenendo dunque che non si poteva configurare in

⁷⁷ Cass, 24 febbraio 2012, n. 2874

tal caso il giustificato motivo oggettivo perché altrimenti si poteva legittimare il datore di lavoro a licenziare ogni qual volta le retribuzioni fossero rilevanti e dunque “licenziare i lavoratori più anziani per sostituirli con quelli più giovani, che per ragioni di età e di carriera, hanno diritto a retribuzioni inferiori”⁷⁸. La S.C. infatti precisava che il licenziamento sarebbe stato sicuramente legittimo se si fosse fondato su una diversa “riorganizzazione aziendale, imposta dalle necessità finanziarie o dall’esigenza di produrre a costi più competitivi” e non “da un mero risparmio sulla retribuzione dovuta al personale dipendente”. Nel secondo precedente invece la S.C. aveva confermato la sentenza di merito ritenendo quindi legittimo il licenziamento, nel caso di specie i lavoratori agricoli salariati fissi erano stati sostituiti con operai avventizi per far fronte alle particolari esigenze stagionali. Infatti l’azienda agricola aveva dimostrato come l’esigenza di procedere ad una riorganizzazione del lavoro al fine di riequilibrare il rapporto costi-ricavi con una riduzione degli oneri retributivi e previdenziali, fosse necessaria pena l’uscita dal mercato dell’impresa. In questo caso si può ben comprendere perché il licenziamento è stato considerato legittimo, qui non siamo di fronte al caso di un imprenditore che per mero egoismo nel voler accrescere i propri profitti licenzia un lavoratore, ma al caso in cui la scelta purtroppo doveva essere tra licenziare i lavoratori o chiudere definitivamente l’azienda, scelta sicuramente drammatica e difficile da prendere ma assolutamente necessaria. Orbene la sentenza del 2012 fa suoi i principi espressi nei due precedenti sostenendo che nel giudizio di merito non era emersa la semplice sostituzione di lavoratori a tempo indeterminato con degli apprendisti, ma in realtà si era assistito ad un ridimensionamento del personale, dettato dalla necessità comprovata appunto dalla reale difficoltà economica in cui versava l’impresa, di ridimensionare i costi, situazione quest’ultima confermata ancor di più dalla successiva delocalizzazione e cessazione poi dell’azienda. Quindi potremmo concludere che l’illegittimità del licenziamento per sostituzione del lavoratore

⁷⁸ S.U., 11 aprile 1994, n. 3353

con uno che costa meno (retributivamente) vi sarà senz'altro se il datore di lavoro non dimostri che vi sia dietro tale scelta una più ampia riorganizzazione produttiva dovuta ad una crisi o ad una riduzione della produzione che non rende dunque più sostenibile il costo del lavoro, dunque per ragioni appunto strettamente oggettive. Inoltre in questo caso specifico è bene ricordare che il divieto di sostituzione opererà solo in riferimento all'epoca del licenziamento e a quella immediatamente successiva. Dopo il trascorrere di un congruo periodo infatti si potrà procedere a nuove assunzioni così come è stato stabilito dalla stessa Corte di Cassazione che nel caso di specie aveva confermato la sentenza di merito, ritenendo il periodo di otto mesi dalla data di recesso congruo⁷⁹. Tra le seconde ragioni che rientrano nella nozione di giustificato motivo oggettivo invece vi si includono quelle situazioni o quei comportamenti del lavoratore che seppur incolpevole dal punto di vista giuslavoristico, gli impediscono però di svolgere le sue mansioni (come avviene spesso nel caso di malattia che superi il periodo previsto dalla legge o nel caso di sopravvenuta inidoneità a svolgere le mansioni), infatti proprio l'inidoneità fisica o psichica è da sempre stata inclusa nelle causali del licenziamento economico, anche se come abbiamo visto c'è stata in un certo senso un' inversione di tendenza. Inoltre secondo le indicazioni del Ministero del Lavoro nella nozione di giustificato motivo oggettivo si include oltre alle ipotesi di ristrutturazione di reparti, alla soppressione del posto di lavoro, alla terziarizzazione ed esternalizzazione di attività anche i casi di sopravvenuta inidoneità fisica. Come si può notare negli anni si è assistito ad una progressiva estensione interpretativa della nozione di giustificato motivo oggettivo previsto dall'art. 3 della L. 604/1966 che è andato ben oltre la previsione normativa. Infatti c'è chi ha sostenuto che proprio con la Riforma Fornero si è persa un'occasione di delimitare e specificare tale nozione⁸⁰. Anzi non sono mancati di recente i contributi di alcuni autori che hanno addirittura

⁷⁹ Cass., sez. lav., 20 maggio 2009, n. 11720

⁸⁰ PALLADINI A., (2012). *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp.-653-679

ipotizzato una nuova ipotesi di giustificato motivo oggettivo dovuto allo scarso rendimento del lavoratore e a ben vedere tali autori sono stati forse lungimiranti, alla luce delle recenti riforme.

4.1.1 Lo scarso rendimento tra giustificato motivo soggettivo e oggettivo

Tradizionalmente lo scarso rendimento è stato sempre collocato nell'area del giustificato motivo soggettivo e dunque nella tipologia del licenziamento disciplinare. Nell'ultimo decennio la giurisprudenza ha man mano ancorato lo scarso rendimento agli indici del giustificato motivo soggettivo, come è avvenuto fino a qualche tempo fa. Ma da qui a qualche anno invece la giurisprudenza si è aperta a nuove soluzioni e ha prospettato una nuova tipologia di licenziamento per scarso rendimento, ancorandolo appunto al giustificato motivo oggettivo. In tali ipotesi dunque lo scarso rendimento non dipenderebbe da ragioni strettamente connesse al lavoratore ma da ragioni inerenti l'attività produttiva. Sicuramente tale impostazione paga lo scotto di essere controcorrente rispetto all'orientamento prevalente della Suprema Corte, quest'ultima infatti ha da molto tempo ancorato lo scarso rendimento al giustificato motivo soggettivo, perché ha collegato gli indici che sono propri di quest'ultimo a tale situazione. Infatti si parlerà di scarso rendimento quando la prestazione lavorativa è considerata inadeguata e ciò è dovuto ad un comportamento del lavoratore. Non si può però certo dimenticare che il lavoratore non si obbliga ad una generica obbligazione di *facere*, ma ad una prestazione ben precisa dedotta nel contratto di lavoro. Soltanto allora quando è provato che l'inadempimento è causato dalla negligenza e quindi dalla colpa del lavoratore si potrà parlare di giustificato motivo soggettivo. Questo è in sintesi il ragionamento seguito dalla S.C. confermato anche di recente dalla sentenza del 2013 n. 2291, nella quale si legge espressamente nella massima: "è legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento qualora sia risultata provata, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso in base agli elementi dimostrati dal

datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente e a lui imputabile e in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento ad una media di attività tra i vari dipendenti e indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione”⁸¹, il rendimento allora sarà causa di licenziamento solo allorquando sarà inferiore a quello che l'imprenditore poteva legittimamente aspettarsi dal lavoratore medio. Quindi decisiva come prova in tale ambito non sarà l'aver raggiunto o meno il risultato prestabilito dal contratto ma la corretta effettuazione della prestazione, il datore di lavoro dunque dovrà provare che ci sia precisamente la colpevolezza del lavoratore, non bastando la prova del mancato raggiungimento dell'obiettivo/risultato. Infatti ciò che è richiesto al lavoratore è l'adempimento corretto della prestazione dovuta e non il raggiungimento di un risultato, così come è stato ribadito più volte dalla giurisprudenza. Ma non solo la diligenza o sarebbe più corretto dire la negligenza è stato adottato come indice di riferimento, la giurisprudenza con più decisioni ha specificato che sono numerosi gli indici che possono ricondurre lo scarso rendimento al giustificato motivo soggettivo, come ad esempio una costante, evidente e colpevole violazione da parte del lavoratore dell'obbligo di diligente collaborazione. Non basterà dunque secondo questo indirizzo giurisprudenziale semplicemente l'inadempimento ma che quest'ultimo sia persistente, quindi un comportamento negligente potremmo dire non sporadico ma che si protrae nel tempo, del resto se il licenziamento è visto come *extrema ratio*, solo quest'ultima è la soluzione accettabile. Quindi potremmo concludere che gli indici rilevati dalla giurisprudenza sono la negligenza, la persistenza, la frequenza, la ricorrenza e l'abitudine del comportamento del lavoratore che comporta uno scarso rendimento. Però come è stato detto sin dall'inizio del paragrafo, nonostante la giurisprudenza sembrava ancorata a ricomprendere lo scarso rendimento nel giustificato

⁸¹ Cass. 31 gennaio 2013 n. 2291

motivo soggettivo, dunque nell'alveo come dicevamo del licenziamento disciplinare, negli ultimi anni invece accanto agli indici detti sopra ne ha elencati altri che sono tipici del licenziamento c.d. economico., come ad esempio è stato detto che il datore di lavoro è tenuto a dimostrare che il notevole inadempimento ha inciso sull'organizzazione dell'impresa. Certo questo nuovo indirizzo paga il prezzo che spesso le decisioni della giurisprudenza non molto sono chiare, che i rinvii contenuti sono confusi. L'esempio di tale incertezza si può notare nelle decisioni sulle assenze reiterate a causa di malattia. Infatti se da un lato la Suprema Corte ha sempre detto che in questo caso non si parla di scarso rendimento perché è l'art. 2110 del cod. civ. che disciplina il caso di malattia e che disciplina precisamente il periodo di comportamento, dall'altro ha distinto la malattia dall'inidoneità al lavoro, perché se da un lato è vero che entrambe sono cause che comportano la impossibilità della prestazione lavorativa sono dall'altro lato disciplinate da norme diverse e portano a conseguenze diverse, l'art. 2110 c.c. infatti prevede il licenziamento soltanto nel caso in cui il lavoratore si assenti superando il periodo di comportamento, mentre invece nel caso di inidoneità al lavoro, avendo carattere permanente, ci sarà la risoluzione del rapporto di lavoro solo ai sensi degli artt. 1256 e 1463 c.c. quindi in realtà le assenze reiterate per malattia possono implicare lo scarso rendimento quando comportano un'inidoneità oggettiva alle mansioni tale da rendere la prestazione inservibile⁸², non utilizzabile e potremmo spingerci fino a dire quasi inutile per il datore di lavoro. Dunque anche la malattia può essere ricompresa nello scarso rendimento qualora le assenze anche se incolpevoli ovviamente rendono la prestazione non più utile al datore di lavoro, in modo tale da influenzare la produzione e l'organizzazione complessiva dell'azienda, un esempio di ciò può essere quando un lavoratore comunichi all'ultimo momento la sua

⁸² AVONDOLA A., (2015). *Lo scarso rendimento: una nuova frontiera del licenziamento per giustificato motivo oggettivo?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp. 127-156

assenza⁸³, creando non pochi problemi all'azienda che era allora impossibilitata a riorganizzarsi per "tappare l'assenza del lavoratore". È pur vero però che da sempre lo scarso rendimento è stato oggetto di numerose discussioni tra i giuristi dato che è difficile collocarlo una volta e per tutte in una precisa fattispecie. Sicuramente negli ultimi anni siamo stati testimoni di un'inversione di tendenza non solo per la diversa posizione della giurisprudenza ma anche alla luce delle recenti riforme. Infatti già la Riforma Fornero, avendo complicato ancor di più la situazione prevedendo diversi regimi sanzionatori, nel caso di scarso rendimento, non è stata chiara. Se infatti è dimostrata la sussistenza del fatto e nel caso di scarso rendimento il fatto c'è e come, a questo punto spetterà al giudice stabilire se ritiene quel fatto sufficiente per integrare il giustificato motivo oggettivo e quindi la tutela reintegratoria. Se invece lo ritiene non sufficiente allora condannerà il datore di lavoro solo all'indennità risarcitoria, tra il minimo delle dodici mensilità al massimo delle ventiquattro mensilità. La situazione purtroppo non è migliorata con il Jobs Act. Anzi lo stesso Governo Renzi nel dicembre 2014, quando era impegnato a definire i decreti attuativi del Jobs Act, aveva aperto a tale possibilità di licenziamento anche se è una fattispecie già conosciuta nelle aule dei tribunali come abbiamo visto, ma la si voleva collocare attualmente appunto nell'alveo del licenziamento economico che non prevede più la reintegra., quindi sarebbe stato un cambiamento a dir poco epocale. Anzi proprio tale ipotesi ha visto un duro braccio di ferro tra i sindacati, una parte del partito democratico e il governo che hanno preferito utilizzare un'espressione alquanto colorita, licenziamento contro i "fannulloni", dando quasi per scontato che lo scarso rendimento sia voluto consapevolmente dal lavoratore e non tenendo minimamente conto di ciò che invece sostengono i giuristi. Una cosa è certa questo tema è sicuramente rimasto sullo sfondo rispetto al primo decreto attuativo, il 23/2015, e che non ha trovato un esplicito richiamo in esso. Il dibattito si era concentrato sull'opportunità di

⁸³ Cass., 4 settembre 2014 n. 18678

ricomprensione lo scarso rendimento tra le ipotesi che prevedevano la reintegra, ma alla luce del D.lgs. non sembra plausibile tale soluzione alla lettera dell'art. 3 comma 3 che prevede non la tutela indennitaria, ma quella reintegratoria se viene accertato il difetto di giustificazione per inidoneità fisica o psichica. Ma numerosi autori anche alla luce del nuovo decreto sono convinti che lo scarso rendimento debba essere ricompreso nel giustificato motivo oggettivo. Non bisogna però dimenticare che secondo altri autori la soluzione migliore sarebbe quella di distinguere vari ipotesi di scarso rendimento a seconda dei casi: quindi per negligenza e imperizia tale da farlo rientrare tra i licenziamenti disciplinari; per inidoneità fisica o psichica disciplinato attualmente dall'art 3 comma 3 e infine l'ipotesi di scarso rendimento che ricadrebbe nel giustificato motivo oggettivo perché il rendimento appunto sarebbe nettamente inferiore a quella degli altri dipendenti e alla luce del nuovo decreto in questo caso al lavoratore spetterebbe solo l'indennità⁸⁴. Probabilmente è questa la soluzione migliore e personalmente da condividere, proprio perché lo scarso rendimento è uno degli argomenti più complessi che non può assolutamente essere catalogato definitivamente in una sola fattispecie, ma va distinto caso per caso, soprattutto alla luce della nuova disciplina dei licenziamenti che innegabilmente ha diminuito le garanzie dei lavoratori per favorire una maggiore.

4.2 Il giustificato motivo oggettivo al centro delle recenti riforme

Come detto nel precedente paragrafo la nozione di giustificato motivo oggettivo è stata negli anni ampliata dalla giurisprudenza e sulla scia di tale tendenza alcuni hanno sostenuto che con la riforma del 2012 si sia persa un'occasione per delimitare e chiarire tale nozione, ma così non è stato. La scelta del legislatore del 2012 è stata quella semplicemente di attingere dalla fattispecie generale e di non dare nessun chiarimento sulla nozione di

⁸⁴ AVONDOLA A., (2015), op. cit.

giustificato motivo oggettivo, che la scelta poi sia stata consapevole o meno questo non possiamo dirlo con assoluta certezza. È stato sicuramente un vero peccato considerando che è stato uno dei pochi emendamenti che sono stati effettivamente approvati dal parlamento. Infatti la riforma ha preferito soffermarsi solo sull'impianto sanzionatorio prevedendo all'art. 18 comma 7 "della manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo", rimettendo dunque al giudice una volta accertata tale carenza la decisione della reintegrazione ad effetti risarcitori limitati. Infatti la scelta del legislatore del 2012 è stata quella di assegnare, se così si può dire, al licenziamento per g.m.o quella della reintegra depotenziata o attenuata. Reintegra dunque sì ma con un risarcimento limitato, dato che la riforma aveva previsto la tutela reale forte solo nel caso di licenziamenti discriminatori o comunque nulli. La soluzione adottata nel 2012 paga il prezzo però di essere il risultato di un compromesso politico, come del resto tutte le scelte di quel governo e anche di quello del 2015, anche se hanno intensità diverse. Dunque a ben vedere è stata una scelta compromissoria che ha lasciato se così si può dire l'amaro in bocca a chi sperava in una scelta diversa. Infatti si alimenta da un lato la discrezionalità del giudice nella ricognizione del vizio del licenziamento e dall'altro anche sul fronte della sanzione più consona al caso concreto, ma se si tiene conto che uno degli slogan più in voga in questi anni era quello di diminuire la discrezionalità dei giudici, come se tutti i mali di questo paese dipendessero da loro, allora si converrà che l'obiettivo non è stato centrato. Infatti non solo la discrezionalità dei giudici permane ma si potrebbe addirittura dire che è aumentata, soprattutto nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Dinanzi ad una riforma che ha lasciato molti dubbi a causa di un testo poco chiaro non si può far altro che affidarsi ai giudici e alla loro discrezionalità. Un esempio lampante di ciò è infatti quando l'art. 18 al settimo comma parla di "manifesta insussistenza posta a base del giustificato motivo oggettivo", anzi il legislatore sembra aver ancorato la tutela reintegratoria proprio all' insussistenza dei fatti, sia nel licenziamento

disciplinare prima e nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo poi, come un autorevole autore l'ha definita, in una scalata del "crescendo quantitativo"⁸⁵, dato che si passa da una semplice insussistenza prevista per il licenziamento disciplinare, a una manifesta insussistenza nel licenziamento economico, quasi come se il legislatore avesse voluto graduare la tutela reintegratoria, creando degli scalini che rendono sempre più difficile tale tutela, riducendola appunto a una vera e propria eccezione. In dottrina sin da subito ci si è chiesti cosa vuol dire tale locuzione e si sono ovviamente prospettate diverse soluzioni dottrinarie che hanno aumentato i dubbi. Potremmo dire che il legislatore evidentemente non ha imparato la lezione con gli anni, giacchè una locuzione molto simile è stata poi riproposta dopo pochi anni nel Jobs Act per quanto riguarda il licenziamento disciplinare che ha sollevato, come era prevedibile, ulteriori dubbi. Infatti tenendo conto che il legislatore non è affatto intervenuto sulla nozione in questione, restano inalterati dunque gli approdi giurisprudenziali, quindi ciò che è stato detto sopra in riferimento al riassetto organizzativo che comporti dunque la soppressione del posto di lavoro non è stato scalfito dalla riforma, la quale si è concentrata sull'aspetto sanzionatorio. Come si vedrà proprio il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è quello che è stato maggiormente colpito dalle recenti riforme, prima con la Fornero e ora con il Jobs Act. Tale scelta è stata forse dettata dal fatto che nell'ottica di cambiamento a cui è stato spinto, il nostro legislatore per far fronte a una crisi economica che sembrava quasi irreversibile è intervenuto come si sa in modo radicale in materia di licenziamenti e la sua scelta di "colpire" maggiormente il licenziamento per g.m.o è forse per il fatto che tale licenziamento è dettato per ragioni principalmente e nella maggior parte dei casi estranee al lavoratore e che le scelte dell'imprenditore sull'organizzazione dell'azienda sono insindacabili da parte dei giudici.

⁸⁵ CARINCI F., (2012). *Complimenti dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 1-39, pubblicato poi in *Il lavoro nella giurisprudenza*, vol. 5

Infatti già all'indomani della Riforma Fornero si era compreso che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo sarebbe stato uno dei punti di svolta della nuova disciplina.

4.3 La noterelle sulla manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per g.m.o e l'incertezza del diritto

Come accennato nel precedente paragrafo la Riforma Fornero ha previsto nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo la reintegra c.d. attenuata, cioè con un'indennità risarcitoria limitata. Ciò che però ha più colpito i primi commentatori è stato sicuramente il settimo comma dell'art. 18 quando recita espressamente "accertata la manifesta insussistenza del fatto posto a base del giustificato motivo oggettivo". Per chi non è un giurista la situazione potrebbe apparire non tanto critica, dato che nel linguaggio comune manifesta insussistenza si tradurrebbe semplicemente con il fatto posto a base del licenziamento non esiste, quindi spetta la tutela reintegratoria punto e basta. Il giurista però non può limitarsi a questo, l'insussistenza senza alcun tipo di aggettivo è cosa molto diversa da un'insussistenza "manifesta", ecco allora che il giurista si mette all'opera, se così possiamo dire, si pone delle domande, la prima fra tutte è sicuramente la seguente: perché il legislatore ha sentito l'esigenza di aggiungere questo aggettivo, qual è la differenza dunque tra manifesta e mera insussistenza e soprattutto quali sono le conseguenze di tale scelta. Ma andando con ordine si cercherà di dare delle risposte alla prima domanda, al riguardo almeno inizialmente si è obiettato che in realtà un fatto o sussiste o non sussiste, non si può dunque "misurare" la minore o maggiore intensità. In realtà non è così e basta leggere l'articolo per rendersene conto. Il legislatore infatti ci ha tenuto a precisare aggiungendo quell'avverbio "manifestamente", che invece fa proprio ipotizzare una maggiore intensità, cosa che invece abbiamo detto i primi commentatori avevano escluso. Quel manifestamente sembra voler alludere proprio a quelle circostanze evidenti o meno che sono invocate dal datore di lavoro per giustificare il licenziamento.

È chiaro che se è questa la via interpretativa preferibile sicuramente non ci sono dubbi nel ritenere rientranti nella tutela reintegratoria tutti quei vizi incompatibili già a prima vista con la nozione che emerge dall'art. 3 L. n. 604/1966: la mancanza del fatto produttivo – organizzativo, il regolare funzionamento dell'azienda dedotto in modo specifico come motivo del licenziamento, l'assunzione di un nuovo lavoratore assunto al posto di quello licenziato ecc.⁸⁶ Tutte le altre circostanze invece, che sebbene siano accertate, dovrebbero dar luogo solo alla tutela indennitaria, dal momento che il giudice non ravvisa il giustificato motivo oggettivo. In realtà è proprio questo che vuole il legislatore, prevedendo infatti due casi, due vizi se così si può dire per tale tipo di licenziamento. Un vizio più grave, anzi gravissimo a cui si collega la tutela più forte e un altro meno grave a cui consegue invece la tutela solo indennitaria. Sicuramente tale scelta non è stata condivisa da tutti, giacché si è obiettato che un giustificato motivo o c'è o non c'è. Sicuramente gli autori che hanno sostenuto ciò sono giustificati dal fatto che fino al 2012 non eravamo abituati, se così si può dire, a compiere un ragionamento del genere. Ma si può semplicemente obiettare che in realtà sia nel caso di vizio gravissimo che in quello meno grave ci troviamo di fronte allo stesso fenomeno: un licenziamento non sorretto dal giustificato motivo oggettivo. Ma come si diceva prima la dottrina è stata molto critica al riguardo, perché l'aver aggiunto quell'avverbio anziché dare maggiori certezze ha soltanto alimentato i dubbi. Senz'altro prima di tutto ci si è chiesti quale sia la reale differenza tra la manifesta insussistenza e l'inesistenza di un fatto. Quest'ultimo o esiste o non esiste, quel manifestamente non rafforza in poche parole alcunché, come invece hanno sostenuto alcuni autori. A ben vedere l'avverbio in questione più che rafforzare l'insussistenza non fa altro che enfatizzarla, perché come è stato giustamente detto, riguarda più la percezione dei fatti ma non la loro sostanza, perché questi ultimi come già detto o esistono o non esistono⁸⁷.

⁸⁶ PALLADINI A., (2012), op. cit.

⁸⁷ CARINCI F., (2012), op.cit.

Alcuni autori non hanno infatti avuto alcun dubbio nel ritenere che in realtà dietro tale scelta il legislatore non abbia voluto accrescere alcunché circa la insussistenza del fatto, ma semplicemente è stato un voler sottolineare con forza, anzi potremmo dire con la maggiore forza possibile un concetto che è in realtà molto semplice, che la tutela reintegratoria da questo momento in poi non sarà più la regola bensì l'eccezione, oramai va vista come appunto *extrema ratio* (e su tale scelta il legislatore del 2015 non si è discostato). Probabilmente il legislatore ha voluto sottolineare ciò per scongiurare il pericolo maggiore in questo campo: una probabile resistenza da parte della giurisprudenza⁸⁸. Ma se si vuol optare per un'interpretazione più semplicistica dovremmo allora concludere che il legislatore con l'avverbio in questione ha voluto forse intendere che i casi nei quali il fatto posto a fondamento di un licenziamento per g.m.o è manifestamente insussistente, nel senso che sin da subito è evidente la sua mancanza, potremmo addirittura dire che senza indagini, senza prove, balza subito all'occhio nudo che il fatto non sussiste, forse questo intendeva il legislatore con tale locuzione. È chiaro che in una situazione del genere il giudice allora dovrà reintegrare. Questa soluzione interpretativa ha sicuramente un pregio, se lo si vuol considerare tale, quello di ricordare l'eccezione di incostituzionalità. Infatti quando in un processo si solleva un'eccezione di illegittimità costituzionale, il giudice se ritiene che la questione non sia manifestamente infondata non ha altra scelta se non quella di accoglierla. Se è sicuro che la legge sia conforme alla Costituzione allora respingerà l'eccezione. Dunque in questi casi soltanto se il giudice ha dei dubbi sulla costituzionalità della legge o ancora di più se è convinto dell'incostituzionalità della stessa, allora adirà la Corte Costituzionale. Se si "trasla" tale ragionamento in tema di licenziamenti allora il giudice nel caso del licenziamento per g.m.o potrà reintegrare, come abbiamo detto sopra, solo quando non ha dubbi circa l'insussistenza del fatto, è sicuro dunque della

⁸⁸ MARESCA A., (2012). *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 St. Lav.*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp. 415-459

manca del motivo oggettivo senza bisogno di alcuna indagine o prova, talmente è lampante. È pur vero e lo si deve ricordare che la giurisprudenza ha anche prospettato soluzioni diverse da quelle della dottrina, come ad esempio ha configurato la manifesta insussistenza nelle ipotesi in cui il datore di lavoro non si è proprio costituito in giudizio oppure si è costituito in giudizio ma non ha dedotto nessun elemento in ordine alla giustificazione del licenziamento. A tale impostazione del problema si deve prima di tutto obiettare che una cosa è che il datore di lavoro non si sia proprio costituito in giudizio o costituendosi non ha allegato però alcunché e una cosa è invece il datore di lavoro che si è costituito in giudizio, ha allegato i fatti ma nonostante ciò non è riuscito a dare prova della sussistenza del giustificato motivo oggettivo. Come si può facilmente comprendere le prime due ipotesi riguardano l'allegazione dei fatti che è come si sa un momento che precede la prova, la seconda ipotesi invece riguarda appunto proprio la prova, anzi più precisamente riguarda la prova "mancata". Quindi secondo tale orientamento si vorrebbe collegare l'avverbio manifestamente al grado di prova raggiunto in giudizio⁸⁹, la differenza tra manifesta insussistenza e mera insussistenza del fatto riguarda essenzialmente il grado di prova raggiunto. Sarà dunque manifestamente insussistente se ad esempio il datore di lavoro non ha dato piena prova, per quanto riguarda la giustificazione del licenziamento, circa la possibilità di collocare altrove il lavoratore. Mentre negli altri casi si parlerebbe di mera insussistenza che ricadrebbe dunque nelle "altre ipotesi" quando il datore di lavoro pur provando gli elementi costitutivi non sono però sufficienti a fondare il recesso secondo il giudice, un esempio potrebbe essere quello di una crisi aziendale però non così grave da giustificare un licenziamento ma per la semplice volontà del datore di lavoro di avere

⁸⁹ BIASI M. (2013). *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 3-51, pubblicato poi in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, vol. 6

maggiori profitti⁹⁰. Ma tale orientamento è stato respinto con forza, sempre con l'argomentazione che la sussistenza o l'insussistenza di un fatto non può che essere manifesta, atteso che, si legge in un'ordinanza del tribunale di Milano dell'11 ottobre 2013 "la sussistenza di un fenomeno non manifesto e non percepibile può riguardare la metafisica, la filosofia, la teologia o altre discipline teoriche; ma non certo il mondo del diritto"⁹¹. La giurisprudenza prevalente però era di diverso avviso, sostenendo che la manifesta insussistenza vi è quando il datore di lavoro non è stato in grado di allegare e dimostrare la soppressione del posto di lavoro⁹². Una singolare ordinanza però del Tribunale di Reggio Calabria si è discostata da tali orientamenti, sostenendo la reintegra del lavoratore nel caso di specie perché "vi era una carenza originaria di elementi atti a giustificare il recesso" e questo perché l'azienda aveva soltanto allegato l'avvenuta chiusura del cantiere dove era collocato il lavoratore in questione, senza fare alcun cenno allo stato di crisi strutturale o ad altri motivi⁹³. Sicuramente su un punto si può essere certi, che la dottrina si è divisa a metà su questo argomento, tra chi in un'ottica rivolta al passato ha continuato a interpretare la manifesta insussistenza tendendo a dilatare tale nozione fino al punto di ricomprendervi le ipotesi di mancanza degli elementi del giustificato motivo oggettivo e quindi cercando di mantenere la tutela reintegratoria come regola e chi invece ritiene che la tutela reintegratoria vada ormai relegata come eccezione in un'ottica dunque più conforme agli obiettivi enunciati dalla riforma in questione. Sicuramente un'altra questione di notevole importanza che ha creato non pochi problemi è stato, come interpretare il fatto se in senso giuridico o in senso materiale. A ben vedere è la stessa questione che è stata affrontata nel licenziamento

⁹⁰ PACCHIANA PARRAVICINI G., (2014). *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Franco Angeli, Milano, pp. 411-421

⁹¹ Tribunale di Milano, ordinanza 11 ottobre 2013 ...cercare numero

⁹² Tribunale di Genova

⁹³ Tribunale di Reggio Calabria

disciplinare e rimandiamo quindi per le varie soluzioni prospettate in dottrina a ciò che è stato esposto nel relativo capitolo .

4.4 L'obbligo di repêchage

Con l'espressione obbligo di repêchage, tradotto sarebbe l'obbligo di ripescaggio all'interno della struttura aziendale, s'intende l'obbligo che grava sul datore di lavoro nel caso di intimazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, di verificare se all'interno dello stesso luogo di lavoro vi è una diversa posizione di lavoro/mansione a cui potrebbe essere adibito il lavoratore a rischio di licenziamento. È richiesto dunque al datore di lavoro di dimostrare che prima di intimare il licenziamento ha cercato, invano, di ricollocare il lavoratore in un'altra posizione anziché licenziarlo. Tale istituto è di natura giurisprudenziale e si colloca su un sistema basato sulla tutela reale, la c.d. "*property rule*" nella quale il licenziamento è visto come *extrema ratio* e che prima di essere intimato il datore di lavoro debba cercare qualsiasi soluzione alternativa. L'onere della prova, che ovviamente è a carico del datore di lavoro, può essere assolto non solo con fatti positivi ma anche attraverso elementi presuntivi o indiziali. Secondo tale orientamento ormai ben consolidato dunque il datore di lavoro non potrebbe automaticamente licenziare il lavoratore per il semplice fatto che il posto di lavoro in questione è stato soppresso per ragioni di carattere organizzativo e produttivo, ma dovrebbe prima verificare se è possibile collocarlo in un'altra posizione lavorativa presente in azienda. Anzi la giurisprudenza con gli anni si è spinta anche oltre, sostenendo che l'obbligo di repêchage si spinge fino a ricomprendere la possibilità del demansionamento previsto dall'art. 2103 cod. civ., tenendo ben presente che quest'ultima ipotesi è sicuramente un caso

limite⁹⁴, anzi proprio quest'ultimo caso è stato riconosciuto dalla Cassazione più volte negli ultimi anni. Una recente sentenza della Cassazione ha ad esempio invece riconosciuto l'illegittimità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nel caso di un progressivo demansionamento del lavoratore. Il caso di specie riguardava il lavoratore che era responsabile della qualità e del coordinamento delle risorse operative, veniva prima ridimensionato e poi successivamente licenziato, giustificando ciò con la soppressione del posto di lavoro. In tal caso già la Corte d'Appello aveva ritenuto illegittimo il licenziamento dato che non era stata fornita dal datore di lavoro la prova che il posto di lavoro fosse stato effettivamente soppresso, anzi le mansioni del lavoratore licenziato erano state assegnate ad un altro lavoratore e non era stata fornita neanche la prova di una crisi aziendale, che avrebbe potuto giustificare la scelta espulsiva, anzi l'azienda aveva continuato ad assumere seppur con dei contratti atipici altri dipendenti. La questione una volta arrivata in Cassazione era stata risolta con una pronuncia ancora di illegittimità del licenziamento. La Suprema Corte infatti aveva ribadito che "in materia di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nella quale rientra il licenziamento conseguente alla soppressione del posto di lavoro, il datore di lavoro ha l'onere di provare, con riferimento alla capacità professionale del lavoratore ed alla organizzazione aziendale esistente all'epoca del licenziamento, anche mediante elementi presuntivi o indiziari ovvero attraverso fatti positivi, l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore in mansioni diverse da quelle che prima svolgeva o in posti di lavoro confacenti alle mansioni dallo stesso svolte, giustificandosi il recesso solo come *extrema ratio*". Dunque la corte riteneva la motivazione adottata dalla Corte d'Appello giusta e logica, dato che era stato accertato la mancanza della prova della soppressione del posto di lavoro, che il lavoratore in questione aveva subito un demansionamento progressivo

⁹⁴ Cass. 8.2.2011, n. 3040; Cass. 28.3.2011, n. 7046; Cass. 17.11.2010, n. 23222; Cass. 26.3.2010, n. 738

adducendo delle motivazioni generiche e inoltre non era stata provata alcuna crisi aziendale. Dunque la Suprema Corte riteneva appunto la sentenza impugnata assolutamente logica anche sul dato delle successive assunzioni sottolineando che spetta al datore di lavoro l'onere di indicare e dimostrare le assunzioni effettuate, il relativo periodo e le qualifiche e le mansioni affidate ai nuovi assunti e soprattutto le ragioni per le quali queste ultime non possono essere equiparate a quelle precedentemente svolte dal lavoratore licenziato⁹⁵. Sicuramente però con l'avvento delle due riforme ci si è interrogati sulla persistenza di tale obbligo. Infatti non ci sono dubbi che quando entrò in vigore l'art. 18 con la L. 300/1970 nell'ottica appunto di una tutela reale come regola, l'obbligo di *repêchage* sembrasse una logica conseguenza di tale scelta, che però comportava un ulteriore carico probatorio sul datore di lavoro, ma negli ultimi anni invece abbiamo assistito ad un cambio di tendenza. A partire dal 2012 siamo stati gli spettatori, se così si può dire, di una *escalation* senza precedenti nel nostro paese, dove la tutela reintegratoria è stata man mano bandita, dove si è assistito al passaggio da un "*property rule*" ad un "*liability rule*". È chiaro che un passaggio del genere avrebbe inevitabilmente investito l'obbligo di *repêchage*, proprio per il ruolo svolto da tale istituto. Dato che entrambe le riforme non hanno scalfito la nozione di giustificato motivo si potrebbe anche concludere che l'obbligo in questione non è stato per nulla toccato dalle riforme, ma così non è per i motivi sopra esposti e anche e soprattutto perché specialmente con la recente riforma del Jobs Act la tutela reintegratoria sembra sempre più lontana, specialmente nel licenziamento economico. Ma andando con ordine, non vi sono dubbi che l'obbligo di *repêchage* è rimasto invariato dopo la Riforma Fornero, infatti numerose sono state le pronunce giurisprudenziali in tal senso, nonché le opinioni della dottrina. Per quanto riguarda quest'ultima infatti non ha avuto dubbi nel sostenere che proprio tale obbligo permane nonostante la riforma, anzi che può essere proprio quest'ultimo uno dei tanti criteri per comprendere la "manifesta

⁹⁵ Cass., sent., n. 902 del 17 gennaio 2014

insussistenza” che è stato uno dei punti più controversi della riforma, come è stato detto nel precedente paragrafo. Invece con riferimento al nuovo D.lgs. 23/2015 l’obbligo di *repêchage* sembra incompatibile per ovvie ragioni. Prima di tutto perché il Jobs Act ha ultimato quello che era stato il passaggio, iniziato nel 2012, dalla “*property rule*” alla “*liability rule*” come abbiamo già detto in precedenza, confinando la tutela reintegratoria veramente ad essere eccezionale e secondo se si tiene conto del dato normativo non si dovrebbero avere più dubbi. Infatti l’art. 3 comma 1 eliminando l’obbligo della reintegra in caso di recesso illegittimo per giustificato motivo oggettivo, ha appunto come detto sopra capovolto la prospettiva precedente. Se prima si teneva conto delle esigenze del lavoratore, sempre e comunque, oggi invece si dà maggior spazio alle esigenze del datore di lavoro. Dunque alla luce di queste considerazioni si dovrebbe concludere che l’obbligo di *repêchage* non vi è più per i nuovi assunti e ciò comporterà un alleggerimento degli oneri probatori a carico del datore di lavoro, il quale appunto ai fini della legittimità del licenziamento dovrà “solo” provare la sussistenza delle ragioni giustificanti il recesso. Inoltre ci sono altri dati normativi che ci spingono a sostenere ciò, basti pensare ad esempio che con il D.lgs 81/2015 che ha modificato l’art. 2103 c.c. che ha modificato lo *ius variandi* del datore di lavoro non è più limitato dal principio di equivalenza tra le mansioni, è consentito oggi nell’ambito di mansioni appartenenti allo stesso livello di inquadramento ma anche invece nell’ambito di mansioni di livello inferiore purchè rientranti nella stessa categoria legale, sicuramente tale previsione incide anche se solo indirettamente sull’obbligo di *repêchage*. In base a tale norma si dovrebbe allora concludere che invece l’obbligo gravante sul datore di lavoro è stato notevolmente ampliato dato che sembrerebbe costretto oggi a provare tutte le mansioni riconducibili a quell’inquadramento e addirittura a mansioni inferiori, laddove il licenziamento sia giustificato da ragioni di mutamento organizzativo. Però sebbene questo sia un ragionamento del tutto logico va anche subito precisato che andrebbe applicato ai vecchi assunti, coloro dunque

che non ricadono sotto la disciplina del Jobs Act, mentre per coloro che sono assunti con il contratto a tutele crescenti è quasi certo che l'obbligo di *repêchage* non sarà applicato. Ci troveremmo pertanto di fronte a un duplice binario di tale obbligo, l'ennesimo nella materia dei licenziamenti. Purtroppo però questa sembra l'unica soluzione coerente con il sistema, infatti come abbiamo detto sopra l'obbligo di *repêchage* è del tutto coerente con un sistema dove il licenziamento sia concepito come *extrema ratio* che è appunto un principio elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 18 L. 300/1970 che alla sua origine aveva appunto dato alla tutela reale e dunque alla conservazione e stabilità del posto di lavoro un ruolo assolutamente preponderante rispetto all'iniziativa economica prevista e garantita dalla Costituzione art. 41, prevedendo la tutela reintegratoria in tutti i casi in cui il licenziamento fosse stato intimato in assenza di giusta causa e giustificato motivo oggettivo, sempre che ovviamente il datore di lavoro superasse quei livelli dimensionali richiesti dallo stesso articolo. Ecco spiegato perché l'obbligo di *repêchage* era del tutto coerente con il sistema delineato dopo la legge del '70 e tutto sommato anche dopo la riforma del 2012, ma tutto ciò non sembra accettabile alla luce della nuova riforma. Di fatti il legislatore ha bandito del tutto la tutela reintegratoria per il giustificato motivo oggettivo, dando, non c'è alcun dubbio su questo, maggiore prevalenza rispetto al passato alle esigenze economiche del datore di lavoro a scapito della stabilità del posto di lavoro, sostenendo che maggiore sarà la libertà concessa ai datori di lavoro di organizzare la propria azienda e soprattutto di licenziare e maggiore sarà la spinta a nuove assunzioni, come una semplice equazione matematica. È pur vero però che è difficile immaginare che la giurisprudenza di merito si "arrenda" così facilmente e che accetti così di buon grado la novità sistematica, dunque come spesso accade non ci resta che aspettare le prime pronunce sull'argomento.

4.5 Dal tentativo obbligatorio di conciliazione nella Riforma Fornero all'offerta di conciliazione nel Jobs Act

La Riforma Fornero ha arricchito, se così si può dire, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo introducendo il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi alla Direzione territoriale del lavoro (D.T.L.). L'obiettivo del legislatore, invero molto ambizioso, era quello di deflazionare il più possibile i contenziosi in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e trovare un terreno potremmo dire neutrale per contemperare le esigenze sia dei lavoratori che dei datori di lavoro. In realtà ciò non è una novità nel nostro paese, infatti il legislatore ha in tal modo riscritto l'art. 7 della L. n. 604/1966, introducendo appunto nell'ambito dell'art. 18 tale tipo di conciliazione, infatti va sottolineato che l'ambito di applicazione di tale disciplina colpisce tutti i datori di lavoro imprenditori o non imprenditori che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo occupano alla proprie dipendenze più di 15 unità, ovvero più di 5 se imprenditori agricoli. È inoltre applicabile nei confronti dei datori di lavoro che nello stesso ambito comunale occupino più di 15 lavoratori, anche se ciascuna unità produttiva non raggiunge tali limiti, ovvero a chi occupa più di 60 dipendenti sul territorio nazionale. La norma in questione a ben vedere stabilisce anche alcune specificazioni per computare tali livelli nazionali, infatti specifica che non vanno computati il coniuge e i parenti entro il secondo grado e ancora i dipendenti assunti a mezzo di determinate tipologie contrattuali, come gli apprendisti, gli assunti con contratto di inserimento, i lavoratori somministrati, gli assunti già impiegati in lavori socialmente utili o di pubblica utilità e i dipendenti assunti con contratto di reinserimento. I dipendenti assunti con contratto *part-time* – verticale, orizzontale o misto – e gli “intermittenti”, invece, devono essere calcolati “pro quota”, in relazione all'orario di lavoro stabilito contrattualmente. In realtà il nostro legislatore sembra aver voluto operare un'analogia con i licenziamenti collettivi e disciplinari dove una

procedura di conciliazione preventiva è prevista, anche se l'unico punto in comune tra le due procedure è solo il carattere preventivo e nulla di più⁹⁶. In realtà l'idea di una conciliazione preventiva in materia di licenziamenti non è appunto una novità per il nostro legislatore, infatti più precisamente già la legge 108/1990 all'art. 5 aveva previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale secondo le procedure stabilite dai contratti collettivi ovvero dinanzi alla Commissione di conciliazione istituita presso l'ufficio provinciale del lavoro o ancora in sede sindacale. Tale tentativo però riguardava solo l'illegittimità dei licenziamenti rientranti nell'area della L. 604/1966 quindi solo le unità produttive più piccole potremmo dire. Successivamente il D.lgs. n. 80/1998 aveva introdotto il tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di procedibilità anche per i licenziamenti che ricadevano nell'ambito della tutela c.d. obbligatoria. Il quadro fu successivamente ancora una volta modificato con la legge 183/2010, meglio nota come "collegato lavoro", che rendeva facoltativa la conciliazione in generale, anche se è curioso notare come poi invece all'art. 31 secondo comma avesse previsto un tentativo obbligatorio di conciliazione che però era applicabile solo nel caso di contratti certificati, avendo notato come invece il tentativo obbligatorio previsto in precedenza aveva soltanto ottenuto come risultato un ritardo quantificabile in qualche mese dei tempi processuali⁹⁷, anche se in base ai dati statistici si può notare che non solo raramente le parti riescono a raggiungere un accordo, ma che quando il tentativo è facoltativo e dunque non imposto alle parti la percentuale di successo è più alta. La L. 92/2012 è ritornata ad occuparsi del problema, introducendo una nuova forma di conciliazione obbligatoria in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Orbene sembrerebbe dunque che la novella si inconciliabile con il

⁹⁶ DE ANGELIS L., (2012). *Art. 18 dello statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Franco Angeli, Milano, pp. 693-711

⁹⁷ DE ANGELIS L., (2011). *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, pp. 1-26

regime previsto della L. 183/2010 che prevede la facoltatività, così non è in realtà. Infatti la procedura prevista dalla novella è una deroga in generale al regime di facoltatività introdotto nel 2010. Inoltre è da sottolineare che tale tentativo di conciliazione andava applicato alle medie e grandi imprese che superassero le soglie occupazionali previste dal legislatore, per tutti gli altri casi dunque si applicava ancora il regime previsto dalla L.108/1990. La scelta del legislatore di circoscrivere tale tentativo obbligatorio di conciliazione ai soli casi di licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo può essere giustificato dal voler evitare, per quanto sia possibile il contenzioso, i tempi e i costi di quest'ultimo, nella tipologia di licenziamento che rispetto alle altre dipende maggiormente dalle scelte dell'imprenditore o che comunque dipende di meno dal lavoratore. A ben vedere il legislatore ha posto dunque a carico del datore di lavoro l'obbligo, a pena di inefficacia, di dichiarare alla Direzione territoriale del lavoro "l'intenzione" di adottare quel tipo di licenziamento. In realtà tale scelta del legislatore non è stata lodata da tutti. C'è infatti chi ha sostenuto che con questa reintroduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione, nella quale il datore di lavoro deve preventivamente comunicare l'intenzione di licenziare, si corrono dei grossi rischi. Non mancherà purtroppo, si è sottolineato, qualche lavoratore che potrebbe mettere in atto comportamenti fraudolenti, in poche parole potremmo dire che il lavoratore in questo caso specifico, preavvertito dalla comunicazione di apertura della procedura, si metterà subito in malattia senza perdere tempo impedendo, de facto l'efficacia del licenziamento⁹⁸. Purtroppo quest'ultimo caso è sicuramente il più frequente, ma non mancano certo altri esempi con cui il lavoratore ha cercato di evitare il licenziamento, la pratica ci insegna che con la paura di essere licenziati al lavoratore si aguzza l'ingegno! Ad esempio non sono mancati i casi in cui una lavoratrice subodorando il licenziamento per mettersi al riparo da quest'ultimo ha prontamente

⁹⁸ MAGRINI S., (2012). *Quer pasticcio brutto (dell'art.18)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona", pp. 1-6, pubblicato poi in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova

provveduto alle pubblicazioni del matrimonio, mettendosi così al riparo e facendo scaturire l'effetto paralizzante che discende in tal caso dalle pubblicazioni. Andando ad analizzare la procedura prevista dalla novella si noterà che consiste in ciò: una preventiva comunicazione del datore alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera e trasmessa al lavoratore. Nella dichiarazione il datore di lavoro deve specificare l'intenzione di licenziare per un giustificato motivo oggettivo e indicare precisamente i motivi di quest'ultimo, crisi aziendale, soppressione del posto di lavoro ecc., proprio questa specificazione servirebbe a evitare o quantomeno ad arginare gli abusi del datore di lavoro, dunque il datore di lavoro nel caso specifico dovrebbe al massimo attivarsi per un'iniziativa di *outplacement*, ma nulla di più. Una volta fatto ciò la Direzione territoriale del lavoro trasmetterà tale comunicazione al lavoratore nel termine perentorio di sette giorni dalla richiesta. La finalità di tale procedura, come detto sopra, è proprio quella di far trovare un punto d'incontro tra il datore di lavoro e il lavoratore, tra le loro opposte esigenze, nella convinzione, errata o meno, che le aule di tribunale inaspriscano le questioni. La procedura si svolgerà dinanzi alla commissione provinciale di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. e anzi la legge sottolinea proprio la partecipazione attiva di tale commissione. Inoltre nella procedura le parti potranno trovare anche soluzioni alternative al recesso e sembra a ben vedere questa la soluzione accolta dal Ministero del Lavoro che nella circolare n. 3 del 16 gennaio 2013 adotta l'orientamento della Suprema Corte la quale appunto sostiene "che tali misure non necessariamente debbano avere la caratteristica del lavoro subordinato, ben potendo l'offerta riguardare una prospettiva di lavoro autonomo o in cooperativa"⁹⁹, infatti sempre la stessa circolare parla di "un'attività mediatrice per tutte le ipotesi alternative al recesso", che sono come si sa numerose basta citarne anche solo alcune, il lavoro *part time*, il trasferimento, l'occupazione presso un altro datore di lavoro, il distacco temporaneo ecc., ed è forse questo però il dato più

⁹⁹ Cass., 23 marzo 2011, n. 6625

sconcertante, l'aver assimilato figure giuridiche diverse tra di loro sotto un medesimo "ombrello", anche se il più delle volte si risolverà semplicemente in una monetizzazione del recesso. La procedura dovrà concludersi entro venti giorni dal momento in cui la Direzione ha trasmesso la comunicazione per l'incontro, tranne nell'ipotesi in cui le parti, in comune accordo non intendano proseguire la discussione per raggiungere un accordo. Una volta però che il tentativo di conciliazione fallisce ed è comunque decorso il termine, il datore potrà comunicare il licenziamento al lavoratore. Ciò che dunque si può subito notare è che prima di tutto la procedura è stata concepita come essenzialmente celere, in secondo luogo che ci si potrebbe chiedere se in realtà non siamo già di fronte a un recesso vero e proprio, dato che la norma prevede che la comunicazione alla Direzione territoriale del lavoro e al lavoratore, "per conoscenza", deve contenere già le motivazioni adottate del recesso, tant'è che la norma precisa poi che se l'esito della conciliazione non avesse soluzione positiva, il datore di lavoro a quel punto potrebbe comunicare effettivamente il licenziamento. Quest'ultimo punto non è di poca importanza dato che si potrebbe interpretare nel senso che il datore di lavoro aveva già con la prima dichiarazione esercitato il diritto di recesso, motivandolo e portandolo a conoscenza del lavoratore e dopo l'esito negativo della conciliazione, ci sarebbe soltanto una mera comunicazione ma nulla di più. In altre parole il recesso era già stato esercitato. Ma questa è solo un'interpretazione che andrebbe invece confortata da un dato legislativo¹⁰⁰. Inoltre non è mancato qualche autore che ha sostenuto che forse in questa procedura il legislatore abbia voluto forse relegare la questione del *repêchage*¹⁰¹, anche se il legislatore non ha specificato nulla al riguardo, potremmo dire che non ci resta altro da fare che rimanere nel mondo delle ipotesi. Al massimo si potrà tener

¹⁰⁰ MARESCA A., (2012). *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp. 415- 459

¹⁰¹ CESTER C.,(2012). *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 1-36, pubblicato poi in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova

conto dell'obbligo-onere del *repêchage* a monte del licenziamento e sicuramente sulle conseguenze della mancata prova, come detto nel precedente paragrafo ma nulla di più.

La differenza nel Jobs Act rispetto alla precedente riforma sono a dire il vero molto vistose. Prima di tutto infatti il D.lgs. prevede ben tre procedure di conciliazione in caso di licenziamento: la conciliazione facoltativa, la conciliazione preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e la conciliazione a tutele crescenti, anche se in questo paragrafo tratteremo solo la seconda. L' art. 6 del D.lgs. 23/2015 parla di offerta di conciliazione e non più di tentativo obbligatorio di conciliazione, in secondo luogo tale possibilità può essere esperita da tutti i datori di lavoro e soprattutto può riguardare tutte le tipologie di licenziamento, quindi sia il licenziamento disciplinare che quello per giustificato motivo oggettivo . Dunque tutti i datori di lavoro, indipendentemente dal livello occupazionale, che intendono licenziare i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del decreto, ai quali tale decreto è applicabile e anche nel caso in cui lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del decreto ma dipendenti di un datore di lavoro che ha poi a seguito di successive assunzioni superato la soglia dimensionale dei quindici dipendenti, entro sessanta giorni dalla comunicazione del recesso possono allo stesso un importo, che non costituisce però reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo di trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio in misura comunque non inferiore a due mensilità e non superiore a diciotto mensilità, mediante la consegna al lavoratore di un assegno circolare. Inoltre il decreto sottolinea come per i datori di lavoro che non superano una certa soglia occupazionale, per coloro che arrivano a quindici dipendenti (e non oltre), l'ammontare delle indennità è dimezzato e non può superare in ogni caso le sei mensilità. Ora è sicuramente chiaro l'intento del legislatore,

con tale norma vuole ovviamente evitare a entrambe le parti il giudizio e spera così di deflazionare i ricorsi, il problema è però, tutto questo a quale prezzo? La differenza rispetto al passato sembra a dir poco lampante, si lascia la facoltà e non l'obbligo, al datore di lavoro di poter evitare una causa, cercando un compromesso con il lavoratore. A ben vedere sicuramente il dato apprezzabile della riforma è che tale conciliazione è prevista per tutte le tipologie di licenziamento, per quello disciplinare, per quello nullo e non solo per quello per giustificato motivo oggettivo. Ciò che però lascia alquanto perplessi è il voler incasellare, limitare l'offerta di conciliazione. Il legislatore infatti pone dei limiti ben precisi all'offerta del datore di lavoro e ancora una volta ci si chiede se questo contratto a tutele crescenti non dovrebbe essere ribattezzato invece a tutele decrescenti. Comunque la si voglia interpretare la norma, sta di fatto che se il lavoratore accetta l'offerta di conciliazione (quindi l'assegno circolare), *nulla quaestio*, ciò comporterà l'estinzione del rapporto di lavoro e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'avesse già proposta. Se invece la conciliazione non dovesse avere esito positivo allora il lavoratore sarà liberissimo di impugnare il licenziamento. Inoltre se ci fosse il rifiuto da parte del lavoratore a conciliare potrebbe ovviamente esperire un'azione giudiziale.

4.6 Il regime sanzionatorio: il completo stravolgimento

Sicuramente per quanto riguarda il regime sanzionatorio il cambiamento di rotta che si nota nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo è perfettamente in linea con quanto decantato dal legislatore sin dal 2012. In questa tipologia di licenziamento più che nelle altre si nota che la reintegra è stata man mano del tutto bandita. Infatti siamo passati da una sanzione unica, la reintegrazione appunto per i licenziamenti che ricadevano sotto l'art. 18 a una pluralità di sanzioni. Con la Riforma Fornero infatti ci si trova di fronte a un duplice regime sanzionatorio per il licenziamento economico, da un lato la reintegra "depotenziata" e dall'altro la tutela indennitaria. È chiaro che a prima

lettura sembra alquanto strano che il legislatore abbia scelto due regimi così diversi per la stessa fattispecie, ma come vedremo una *ratio* di fondo in realtà c'è. Infatti dei famosi quattro regimi sanzionatori previsti dal legislatore del 2012 è stato attribuito al licenziamento economico all'art. 18 comma 7 la c.d. reintegrazione "depotenziata" e all'art. 18 comma 5 invece solo la tutela indennitaria. Come è stato sottolineato più volte già dalla rubrica dell'articolo si comprende come il legislatore abbia voluto compiere un grande cambiamento rispetto al passato che prevedeva appunto all'art. 18 "Reintegrazione nel posto di lavoro" mentre oggi "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo". Prima della L. 92/2012, come si saprà, la reintegra dipendeva solo, potremmo dire, dal livello occupazionale dell'azienda e non si distinguevano vari tipi di reintegra, era una e basta. Dopo la riforma invece il legislatore ha deciso di distinguere le ipotesi, come abbiamo già detto e ha previsto ben quattro regimi sanzionatori per i licenziamenti illegittimi. Per quello per giustificato motivo oggettivo infatti sono stati previsti ben due regimi: il primo è la reintegrazione "depotenziata" e l'altro è l'indennità risarcitoria onnicomprensiva nella misura "piena". In realtà la scelta del legislatore, che potrebbe apparire a prima vista come senza senso cioè prevedere due regimi diversi per la stessa fattispecie, è stata dettata dal fatto che si è voluto distinguere diverse ipotesi. Infatti il giudice potrà reintegrare soltanto quando vi sia l'ipotesi in cui sia accertata la "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo" ai sensi dell'art. 18 comma 7. Dunque in tal caso il giudice potrà, ma è bene sottolineare che il legislatore ha utilizzato questo verbo e non deve, ordinare la reintegrazione e inoltre condannare il datore di lavoro a un'indennità di importo massimo di dodici mensilità commisurata alla retribuzione globale di fatto e da tale importo andrà comunque dedotto sia *l'aliunde perceptum* che *l'aliunde percipiendum*, ciò che dunque il lavoratore ha percepito effettivamente svolgendo un'altra attività lavorativa nel periodo in questione e ciò che invece avrebbe potuto percepire cercando in modo

diligente una nuova occupazione. Ecco perché nel caso del licenziamento economico si parla di reintegra “depotenziata” o “attenuata”, perché rispetto alla reintegrazione “piena” prevista dall’art. 18 comma 1, la sanzione non sarà necessariamente la reintegra, infatti il legislatore utilizza il verbo può e non deve, il giudice quindi potrà scegliere tra più sanzioni applicabili e ciò rientra sicuramente nell’obiettivo del legislatore del 2012 che appunto ha concepito la tutela indennitaria come regola e la reintegra solo come eccezione, confinando quest’ultima come conseguenza assolutamente certa per i licenziamenti nulli o discriminatori previsti dall’art. 18 al primo comma¹⁰², anche se è doveroso ricordare che la scelta del legislatore del verbo potere anziché dovere in tal caso forse è stata sottovalutata da alcuni commentatori, che infatti non si sono proprio posti l’interrogativo circa la possibilità di scegliere il regime sanzionatorio da parte del giudice, dando invece per scontato in tali casi il “dovere” di reintegrare. Senza soffermarci su cosa in realtà si intenda su “manifesta insussistenza”, che abbiamo già affrontato prima, ciò che c’è da constatare è che il legislatore ha fatto una scelta ben precisa e che non ci stancheremo mai di ripetere, la reintegrazione sarà d’ora in poi un’eccezione e ciò è confermato ancora di più dal fatto che la stessa rubrica dell’art. 18 è stata modificata, dato che si è passati da “Reintegrazione nel posto di lavoro” a “Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo”, ovviamente quest’ultima espressione è decisamente più generica e onnicomprensiva della prima. Dunque fuori dai casi che rientrano nella manifesta insussistenza tutti gli altri ricadrebbero nella tutela indennitaria prevista dall’art. 18 ma al quinto comma, così come espressamente richiamato nel settimo comma dello stesso articolo. In tali casi qualora il giudice accerta che non ricorrano gli estremi del giustificato motivo oggettivo vi sarà soltanto la tutela indennitaria, dunque il rapporto di lavoro sarà dichiarato risolto con effetto dalla data del licenziamento e condannerà il datore di lavoro al pagamento di un’indennità risarcitoria onnicomprensiva, il cui ammontare sarà tra un minimo di dodici

¹⁰² MARESCA A.,(2012), op. cit.

mensilità e un massimo di ventiquattro mensilità, con la differenza non di poco che il giudice per determinare l'indennità non dovrà tener conto solo dei criteri enunciati nel quinto comma, che ricordiamolo sono: l'anzianità di servizio, il numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, ma anche dell'iniziativa del lavoratore nel cercare un nuovo posto di lavoro, potremmo dire in parole semplici vedere se il lavoratore si è dato da fare per cercare una nuova occupazione oppure è rimasto comodamente a casa non fare niente! E terrà anche conto ovviamente del comportamento tenuto dalle due parti nell'ambito della procedura obbligatoria di conciliazione.

Nel Jobs Act il legislatore ha previsto espressamente all'art. 3 comma 1, che è l'articolo dedicato appunto al licenziamento per giustificato motivo e per giusta causa, “quando non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo...dichiara in ogni caso estinto il rapporto di lavoro dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro ad un'indennità di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione per ogni anno di servizio, in misura non inferiore comunque a quattro mensilità e non superiore a ventiquattro mensilità”, mentre per “i datori di lavoro che hanno fino a quindici dipendenti l'ammontare dell'indennità è dimezzato e non può in ogni caso superare le sei mensilità”. A ben vedere dunque il regime sanzionatorio è lo stesso che per il licenziamento disciplinare, infatti il legislatore ha deciso di raggruppare le due tipologie di licenziamento nello stesso articolo. Dunque il legislatore ha deciso di esonerare il datore di lavoro dall'obbligo di reintegrare in ogni caso di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Infatti il seguente comma 2 dello stesso articolo 3 si applica solo nel caso di licenziamento disciplinare (giusta causa o giustificato motivo soggettivo), in cui appunto si prevede la reintegra nel caso specifico in cui sia dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale. Ci si potrebbe chiedere perché il legislatore abbia voluto limitare la reintegra in questo caso specifico al solo licenziamento disciplinare e non estenderlo anche al licenziamento per g.m.o.

È senza dubbio una scelta drastica del nostro legislatore che si è spinto ben oltre ciò che aveva previsto la Riforma Fornero, che come abbiamo visto prevedeva comunque una tutela reintegratoria, seppur depotenziata e che proprio in questa tipologia di licenziamenti ha voluto dare maggiore flessibilità in uscita. Probabilmente la scelta è dovuta a una presa di posizione del nostro legislatore che sembra tendere sempre maggiormente alle teorie di *law and economics*, le quali va ricordato fanno riferimento al concetto di costo-opportunità della soppressione del posto di lavoro e che quindi giustificano la soppressione del posto di lavoro, ma anche la sostituzione del lavoratore, in base a delle valutazione del costo-opportunità appunto. Probabilmente il nostro legislatore ritiene che dando maggiore libertà al datore di lavoro di licenziare, questi sarà anche spinto ad assumere maggiormente e in fondo è proprio quest'idea che vi è alla base del nuovo contratto di lavoro a tempo determinato a tutele crescenti. Potremmo definirlo come un *do ut des* tra datore di lavoro e lavoratore, maggiore libertà di manovra per il primo a scapito delle garanzie del secondo in cambio però di nuove assunzioni, anche se quest'ultima è più una speranza per il futuro che un dato certo. Per quanto invece riguarda l'ammontare della indennità risarcitoria si è già osservato nel capitolo sul licenziamento disciplinare come questa sia assolutamente inferiore rispetto a quella prevista in passato, il lavoratore infatti viene "valutato" solo con due mensilità di scatto sull'anzianità di servizio, davvero troppo poco diremmo!

Conclusioni

Alla luce dell'analisi svolta nei capitoli precedenti ci permettiamo alcune brevi riflessioni conclusive. Non abbiamo dubbi che la scelta del nostro legislatore di flessibilizzare di più rispetto al passato il mercato del lavoro attraverso la biforcazione delle tutele in caso di licenziamento sia una mossa azzardata. Prima di tutto perché come abbiamo già detto precedentemente si creano delle differenze e disuguaglianze poco comprensibili e soprattutto poco accettabili. Come si fa a spiegare ad un lavoratore che lui avrà una determinata tutela in caso di licenziamento e ad un altro con le stesse mansioni, che ha commesso lo stesso illecito e che nel caso limite lavora nella stessa azienda invece sarà riconosciuta una tutela diversa? Tale differenza di tutele che si basa in realtà solo in base alla data di assunzione *ante e post* 7 marzo 2015 è in realtà molto probabilmente contrario alla Costituzione. Non contestiamo il fatto che la materia dei licenziamenti dovesse essere riformata, specialmente l'articolo 18. Quest'ultimo non si possono avere dubbi che negli ultimi anni sembrava quasi obsoleto, un totem, un simbolo, di cui non si contesta l'importanza storica che aveva avuto in passato ma che oramai sembrava non capace più di rispondere alle nuove esigenze del mercato del lavoro. Non ci sentiamo certo di condividere chi ha sostenuto, più come slogan che per altro, che era "colpa" dell'articolo 18 se gli imprenditori non assumevano più, che scoraggiava gli imprenditori esteri, questo è un ragionamento troppo semplicistico che non tiene conto degli altri numerosi fattori che hanno scoraggiato negli ultimi anni le nuove assunzioni. È però sicuramente innegabile che una parte della nostra imprenditoria e anche una parte degli imprenditori esteri si sia da sempre scoraggiata ad assumere anche e non solo a causa dell'obbligo di reintegra. Come infatti abbiamo anche detto nei capitoli precedenti spesso una metafora che rende bene l'idea e lo stato d'animo degli imprenditori è che il rapporto di lavoro subordinato per gli imprenditori che ricadevano nell'alveo dell'art. 18 è un po' come un matrimonio, praticamente indissolubile, ed è forse anche per

questo che gli imprenditori chiedevano da un po' di tempo la riforma di tale articolo, perché sapevano che in ogni caso di licenziamento ingiustificato sarebbe scattata la reintegra, tranne nel caso in cui il lavoratore invece non rinunciasse a ciò a favore dell' indennità sostitutiva. Sicuramente però era auspicabile una riforma dell'articolo 18 e non la sua abrogazione, termine in un certo senso usato attecnicamente ma che rende bene l'idea, come in definitiva è stato con il Jobs Act o per lo meno era preferibile una sua riforma più graduale come aveva auspicato qualche autore. Ci sentiremmo quasi di dire che rimpiangiamo la Riforma Fornero, così criticata, così messa al banco degli imputati ma che alla luce del recente decreto 23/2015 era il frutto di un maggiore compromesso non solo politico ma anche sociale dato che si era registrato un maggiore coinvolgimento degli stessi sindacati. Nella Riforma Fornero vi era perlomeno una graduazione delle tutele anzi ben quattro regimi sanzionatori, tant'è che un autore in suo scritto dopo aver analizzato i lati negativi del novellato articolo 18 dopo la L. 92/2012 sosteneva che in realtà nulla era cambiato, dato che la tutela reintegratoria era *de facto* confermata per varie ipotesi, in primis per i licenziamenti per mancanze¹⁰³, mentre nel Jobs Act siamo dinanzi ad una vera e propria presa di posizione, il legislatore non ha infatti voluto ascoltare nessuno se così si può dire, ha portato avanti il suo "progetto" senza se e senza ma, tacciando tutti coloro che non erano d'accordo di essere tra coloro che non volevano far crescere il nostro paese.

È sicuramente stato molto interessante notare in realtà anche la tecnica che ha scelto il legislatore per portare avanti la riforma: la legge delega. È innegabile che quando il nostro Presidente del Consiglio aveva dichiarato *coram populo* che si dava mille giorni per cambiare l'Italia, per mettere in atto quelle riforme che avrebbero reso "l' Italia più semplice, più coraggiosa, più competitiva. Dunque più bella" si aveva già sin da subito il sospetto che l'avrebbe fatto bypassando i normali iter parlamentari, altrimenti in mille giorni non sarebbe

¹⁰³ MAGRINI S., (2012). *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18.)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp.1-6, pubblicato poi in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova

riuscito a portare a casa nemmeno la metà delle riforme che oggi ci ritroviamo. Le riforme infatti sono state portate avanti a colpi di decreto, con voti di fiducia ecc. E il nostro governo sapeva perfettamente che lo scoglio da superare sarebbe stata la riforma sui licenziamenti e questo per ben due motivi. Il primo è che tutto ci saremmo potuti aspettare tranne che vedere dopo appena due anni dalla Riforma Fornero una nuova riforma sui licenziamenti individuali, ma anche e soprattutto perché si andava ad abrogare un articolo che nel nostro paese ha una valenza simbolica, storica, di eccezionale importanza. In realtà qualsiasi riforma sui licenziamenti non è mai affrontata a cuor leggero, questo perché il licenziamento di per sé va a “ledere”, se così si può dire, un diritto fondamentale della persona: il lavoro. Come è stato detto da un grande sociologo “Il lavoro insieme alla famiglia, ha garantito l’accesso ai contesti principali dell’attività sociale”¹⁰⁴, già da tale frase si può comprendere quale ruolo fondamentale il lavoro svolge nell’esistenza di ogni persona. Il lavoro non può essere semplicemente concepito come fonte di reddito, di sostentamento, infatti è molto ma molto di più di questo, ci sentiremmo di dire. Il lavoro dà dignità all’essere umano, se quest’ultimo dunque perde il lavoro per qualsivoglia ragione spesso si dice che perde appunto la dignità. Non potremmo essere che d’accordo con quest’ultima frase. Inoltre in una società come quella di oggi dove una volta perso il posto di lavoro non è facile ricollocarsi sul mercato, specialmente dopo una certa età, si comprende che qualsiasi riforma sui licenziamenti è sempre e comunque un tema delicatissimo. Proprio per tali considerazioni come dicevamo prima nessuna riforma di questa materia è mai facile.

Non ci sentiamo però di giudicare il Jobs Act soltanto negativamente e non possiamo certo dare la “colpa” totale al nostro legislatore. Quest’ultimo non ha fatto altro che uniformarsi a ciò che l’Europa si aspettava da noi: più riforme strutturali, più flessibilità nel mercato del lavoro, tradotto in poche parole

¹⁰⁴ BECK U., (2000). *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma

maggiore flessibilità sia in uscita che in entrata, nella convinzione, forse errata, che maggiore libertà di licenziamenti voglia dire sempre e comunque avere una maggiore possibilità di occupazione. Proprio nel primo capitolo abbiamo affrontato il problema della *flexicurity* e di come sia stata portata a compimento fino ad un certo punto anche nel nostro paese. Ma come abbiamo già osservato non c'è alcuna prova scientifica che dimostri che effettivamente con l'abbassamento delle tutele ci sia maggiore occupazione. Ma è chiaro che se si guarda al modello appunto adottato dai paesi nord-europei e si rimane colpiti dai dati incoraggianti sulla maggiore occupazione, allora è chiaro che la scelta sembra scontata. Certamente siamo d'accordo che nel nostro mercato del lavoro ci fosse bisogno di maggiore flessibilità, ma ciò che contestiamo è il *modus operandi*. Prima di tutto già la scelta della legge delega è discutibile, infatti si saprà che la legge delega è uno strumento previsto dalla nostra Costituzione all'articolo 76 con il quale si prevede appunto di delegare il Governo ad attuare il contenuto della stessa con dei decreti attuativi, è potremmo dire uno strumento eccezionale, da utilizzare con grande cautela, inoltre essendo però la legge delega in tutto e per tutto una legge ordinaria naturalmente anch'essa dovrà superare il vaglio di costituzionalità. In poche parole ci troviamo di fronte al caso in cui il Parlamento affida al Governo il compito di legiferare. Siamo sicuramente dinanzi ad un governo che è stato accusato spesso di andare avanti a colpi di decreto, voti di fiducia, maxiemendamenti ecc. ma sinceramente in una materia così delicata come quella dei licenziamenti forse sarebbe stato meglio seguire l'iter parlamentare ordinario, con naturalmente tutti i suoi difetti in *primis* la lunghezza, ma avere maggiore tempo per riflettere sulle soluzioni da adottare e soprattutto coinvolgere maggiormente i sindacati e le altre forze politiche. Perché ciò che si nota della legge delega n. 183/2014 è innanzi tutto proprio questo, che è stata approvata con notevoli difficoltà, non solo perché si è dovuti ricorrere al voto di fiducia in Senato, ma anche perché la stessa minoranza del partito democratico aveva moltissime riserve al riguardo e alla fine ha votato a favore

soltanto “per senso di responsabilità”, per non parlare della sua vastità. Più una legge delega è vasta e maggiore poi dovrà essere l’attenzione del governo quando andrà a scrivere il decreto attuativo. Il nostro legislatore, pecca, tra le altre cose, proprio di aver dato poca attenzione. Il testo definitivo del decreto legislativo 23/2015 è su svariati punti non conforme alla legge delega, basti ricordare come abbiamo già fatto prima, il campo di applicazione della stessa disciplina, se nella legge delega era specificato che sarebbe stata applicata ai nuovi assunti, già nel decreto legislativo si possono leggere invece varie eccezioni a ciò: in caso di conversione, nel caso di superamento del livello occupazionale del datore di lavoro ecc. Anche se sul punto almeno forse qualche dubbio è stato risolto grazie alla recentissima sentenza della Cassazione che invece ha sottolineato come il Jobs Act non abbia efficacia retroattiva e che dunque andrà applicata solo ai nuovi assunti ¹⁰⁵. Per quanto riguarda il rischio di incostituzionalità, già abbiamo sottolineato come il rischio di una pronuncia in tal senso sia alto, basti semplicemente notare quanti punti ci sono in collisione con la nostra Costituzione art. 3. Inoltre già prima nei capitoli precedenti abbiamo notato come varie figure siano state non ricomprese nella nuova disciplina che in realtà elenca solo operai, impiegati e quadri e abbiamo visto cosa accade per le altre figure, ma un’altra interessante esclusione e forse quella più criticata è stata in realtà quella per gli impiegati del pubblico impiego privatizzato. Quest’ultimo punto è davvero molto interessante perché in realtà era già stato affrontato dalla L. 92/2012. In realtà se nell’articolo 7 della legge 92/2012 alcuni autori avevano intravisto una risposta negativa senza dubbio al quesito, nel D.lgs. 23/2015 invece i dubbi sono maggiori, perché si potrà notare al riguardo solo silenzio da parte del legislatore. Ma se si va a leggere con più attenzione già nella legge delega non possiamo fare altro che constatare che questa è stata costruita su misura per il settore privato e lo stesso decreto all’art. 1 comma 1 quando specifica il suo ambito di applicazione facendo riferimento agli operai, impiegati, quadri

¹⁰⁵ Cass., n. 21226/2015

sembra confermare ciò, prima di tutto perché fa riferimento ai quadri che come sappiamo sono una figura professionale che non esiste nel settore pubblico privatizzato e inoltre anche il mancato riferimento ai dirigenti invece fa propendere per la soluzione negativa, dato che nel settore privato questi ultimi non godono delle garanzie previste dall'art. 18, a differenza invece che nel settore pubblico privatizzato, se invece si applicasse il D.lgs. 23/2015 ai nuovi operai ed impiegati pubblici si avrebbe la conseguenza irragionevole che questi ultimi godrebbero della tutela dell'articolo 18 originario o comunque modificato dalla legge 92/2012, soltanto i nuovi dirigenti, una soluzione questa che sarebbe davvero paradossale¹⁰⁶. Come ha sostenuto un autorevole autore¹⁰⁷ “viene meno l'argomento principe, a ragione o a torto utilizzato per affermare l'applicabilità dell'art. 18 St. lav. al pubblico impiego privatizzato, cioè il rinvio all'art. 51 comma 2 D.lgs. n. 165/2001 alla legge 300/1970 e successive modificazioni ed integrazioni, inteso come rinvio formale, quindi tale da riguardare anche il nuovo testo dell'articolo 18 di cui all'art. 1 comma 42 L. n. 92/2012” e questo perché il nuovo decreto 23/2015 non va in realtà a sostituire l'articolo 18 che rimane invece invariato ma fa in modo tale da affiancare allo stesso un altro regime, tant'è che quando si parla di abrogazione dell'articolo 18 lo si fa tecnicamente in un certo senso, l'articolo in questione infatti rimane lì dov'è, continuerà ad essere applicato ai “vecchi” dipendenti ecc. si intende solo con tale espressione appunto che i “nuovi” assunti non godranno più delle tutele da questo previste. Ancor di più si può comprendere la soluzione negativa se si tiene conto anche dell'articolo 2 dello stesso D.lgs. 165/2001 nel quale si può leggere chiaramente che per i lavoratori delle pubbliche amministrazioni si applicano le disposizioni del codice civile e le leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, dunque

¹⁰⁶ DE ANGELIS L., (2015). *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, pp.2-16, destinato al volume in corso di pubblicazione Jobs Act: il contratti a tutele crescenti, di AA.VV., Giappichelli, Torino

¹⁰⁷ CARINCI F., (2015). *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D.lgs. n. 23/2015*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, pp. 1-11, destinato agli Scritti in onore di R. De Luca Tamajo

si deve concludere che la nuova disciplina del 2015 è incompatibile. È innegabile però che alcuni commentatori sono propensi invece per una soluzione positiva del problema, sostenendo che la legge delega in realtà non fa alcun riferimento esplicito per l'esclusione del lavoro pubblico, come infatti abbiamo detto prima il legislatore è rimasto in silenzio. È pur vero però che il problema è stato rimandato, se così si può dire, da alcuni politici alla riforma della pubblica amministrazione.

In estrema sintesi possiamo davvero concludere che la recente disciplina se aveva lo scopo di flessibilizzare il mercato del lavoro lo ha fatto in modo certamente non lodevole. Il risultato di divaricare le tutele in caso di licenziamento illegittimo tra i vecchi e i nuovi assunti contrasta con l'articolo 3 della nostra Costituzione in base al criterio di ragionevolezza, anche perché la differenza di tutele è talmente abissale che non potrebbe mai superare qualsivoglia test di ragionevolezza¹⁰⁸. La scelta del legislatore di monetizzare la tutela, per giunta al "ribasso" se ci è consentito dire, non è un buon compromesso per tutelare gli interessi contrapposti in gioco, in tal modo si tutelano solo gli interessi dei datori di lavoro che avranno la certezza di conoscere *ex ante* il "costo" del licenziamento, mettendo definitivamente ai giudici un limite al riguardo. Però ciò che contrasta con la nostra Costituzione non è tanto l'aver del tutto o quasi eliminato la tutela reintegratoria, perché come si saprà questa non è costituzionalmente necessaria, ma in realtà l'aver scelto che la tutela sia solo quella monetaria, che non solo sembra inadeguata per il tetto minimo e massimo scelto, ma anche perché sembra avere a questo punto ben poca forza dissuasiva nei confronti del datore di lavoro ma ci sentiremmo di dire nemmeno una pur minima valenza risarcitoria. L'indennità prevista dal decreto non sembra nemmeno rispettare quelli che sono gli *standard* minimi previsti a livello internazionale. Che cosa possiamo dire a conclusione di questa breve analisi? Sicuramente il legislatore avrebbe potuto,

¹⁰⁸ GIUBBONI S., (2015). *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-22, destinato alla rivista telematica Costituzionalismo.it

per sperare di raggiungere lo stesso risultato, optare per soluzioni alternative, come ad esempio la riduzione dell'orario di lavoro, dando maggiore spazio al contratto *part time*. Proprio di recente è stata rilanciata l'idea che la riduzione dell'orario di lavoro non solo possa far bene al lavoratore consentendogli una migliore qualità della vita in un recente libro di Marco Craviolatti¹⁰⁹, si può infatti leggere infatti testualmente che “La riduzione strutturale dell'orario avrebbe uno straordinario impatto sulla vita individuale e sociale, attenuando la diffusa alienazione (da lavoro e dalla sua mancanza) e liberando tempo e spazio mentale per lo sviluppo personale, la partecipazione sociale, l'attività di produzione e scambio non monetario”. Secondo tale interessante teoria la riduzione e la redistribuzione dell'orario di lavoro potrebbero forse rispondere ai problemi economici attuali, nel libro si nota che mentre in Italia gli straordinari sono ancora molti incentivati, nel resto dell'Europa si può assistere ad una tendenza opposta, per fare anche solo un esempio in Olanda si registra che il 50% della forza lavoro è impiegata con un contratto *part time* (più o meno sulle 30 ore) e addirittura in molti paesi il contratto in questione è utilizzato anche per ruoli di responsabilità, mentre invece nel nostro paese c'è ancora la tendenza a utilizzare tale figura come in via eccezionale. L'autore addirittura propone alcuni studi che dimostrano che utilizzando tale figura contrattuale i costi per l'impresa sono più che sostenibili. Ancora si può leggere chiaramente nel libro che “Orari di lavoro brevi vogliono dire lavoratori più motivati, efficienti e lucidi; lavorare di meno determina un miglioramento quantitativo e qualitativo della prestazione lavorativa. Questi vantaggi quindi potrebbero quasi completamente compensare l'aumento dei costi di assunzione e gestione di nuovo personale”. È chiaro che una scelta del genere comporta una conseguenza gravosa: meno ore di lavoro vogliono dire inevitabilmente un salario inferiore, ma ci chiediamo se questa non è invece comunque una buona soluzione alternativa alla riforma dei licenziamenti che ha lasciato più incertezze che altro. Se lo scopo del nostro legislatore è

¹⁰⁹ CRAVIOLATTI M., (2014). *E la borsa e la vita*, Ediesse, Roma.

davvero quello di far ripartire l'economia e dare maggiori posti di lavoro quest'ultima ipotesi prospettata, davvero poteva essere una valida soluzione alternativa. Ovviamente purtroppo non possiamo dare risposte certe, rimaniamo sempre nel mondo delle ipotesi e delle possibilità, possiamo però augurarci per il bene del nostro paese che il legislatore, al di là delle critiche che gli sono state mosse, al di là di una probabile pronuncia della Corte Costituzionale al riguardo, sia stato davvero lungimirante, che abbia davvero trovato la soluzione ad una crisi economica che sembra senza fine, anche se, consentiteci un'ultima battuta, è difficile immaginare che il Jobs Act da solo sia la risposta ai nostri numerosi problemi o non sia invece come il "vaso di Pandora" che una volta aperto possa diffondere ulteriori "mali".

Bibliografia

Avondola A., (2013). *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori: l'ospite sgradito*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-24

Avondola A., (2015). *Lo scarso rendimento: Una nuova frontiera del licenziamento per giustificato motivo oggettivo?*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp. 127-156

Beck U., (2000). *La società del rischio, verso una seconda modernità*, Carocci, Roma

Beretta S., Favalli G., (2015). *Oltre la Fornero*, in Jobs Act. Così cambia il mercato del lavoro a cura di Trifirò e Partners, Corriere della Sera, Milano, pp. 7-8

Biasi M., (2013). *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 3-51, pubblicato poi in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, vol. 6

Bosco A., Valsiglio C. (2015). *I licenziamenti. Novità e disciplina dopo il contratto a tutele crescenti (D.Lgs.4 marzo 2015, n. 23)*, in le Riforme del lavoro, il Sole 24 ore, pp. 6-59

Brino V., (2015). *La tutela reintegratoria tra ipotesi di nullità e di inefficacia*, in Il contratto a tutele crescenti e la Naspi, Giappichelli, Torino

Bronzini G., (2015). *Rapporto di lavoro, diritti sociali e Carte europee dei diritti. Regole di ingaggio, livello di protezione, rapporti tra le due Carte*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-53

Buffa F. (2015). *La nuova disciplina e le fonti internazionali*, in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, vol. 3, pp. 566 ss.

Carinci F., (2012). *Complimenti Dott. Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 1-39, pubblicato poi in *Il lavoro nella giurisprudenza*, vol. 5

Carinci F., (2012). *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, vol. 6, pp.1103 ss.

Carinci F., (2013). *Ripensando il nuovo art. 18*, in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, pp. 461 ss.

Carinci F., (2015). *Il licenziamento disciplinare all’indomani del D.lgs. n. 23/2015*, in WP. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 1-11, destinato agli Scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo

Carinci F., (2015). *Il tramonto dello Statuto dei Lavoratori (dalla legge n. 300/1970 al Jobs Act)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 1-12, destinato agli Scritti in memoria di Mario Giovanni Garofalo

Carinci F., (2015). *Jobs Act, II atto: la legge delega sul mercato del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 1-20

Carinci F.,(2015). *Un contratto alla ricerca di una sua identità, Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 1-18

Carinci M.T., (2012). *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall’art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 2, pp. 1052 ss.

Carinci M.T., (2012). *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity all'italiana a confronto*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Franco Angeli, Milano, fascicolo 136

Caruso S.B., (2015). *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo d'Antona", pp. 3-27, di prossima pubblicazione negli Scritti in onore di R. De Luca Tamajo

Casale G., Perulli A., (2014). *Towards the single employment contract: comparative reflections*, Hart Publishing Ltd, Oxford

Cazzella A., (2015). *I licenziamenti nulli o discriminatori*, in *Jobs Act. Così cambia il mercato del lavoro a cura di Trifirò e Partners*, Corriere della Sera, Milano, pp. 15-24

Cester C., (2012). *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 1-36, pubblicato poi in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova

Cester C., (2015). *I licenziamenti nel Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 1-102, destinato al *Trattato di diritto del lavoro* diretto da Mattia Persiani e Franco Carinci, Vol. 5, *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, capitolo VIII, *Le tutele*, sezione seconda

Craviolatti M., (2014). *E la borsa e la vita*, Ediesse, Roma

De Angelis L., (2011). *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 1-26

De Angelis L., (2012). *Art. 18 dello Statuto dei Lavoratori: prime considerazioni*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, Franco Angeli, Milano, pp. 693-711

De Angelis L., (2015). *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 2-16, destinato al volume in corso di pubblicazione Jobs Act: il contratto a tutele crescenti, di AA.VV., Giappichelli, Torino

De Luca M., (2014). *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni sul Jobs Act e dintorni)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 2-23, pubblicato poi in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, vol. 4-5

De Luca M., (2015). *Contratto di lavoro 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”, pp. 2-36, in corso di pubblicazione su Il lavoro nella giurisprudenza

De Luca Tamajo R., (2012). *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, vol. 2, pp. 1064-1072

De Luca Tamajo R., (2015). *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, vol. 2, pp. 269-284, Scritti in memoria di Gianni Garofalo

Ferraresi M., (2013). *L’articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori dopo la Riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in Diritto delle Relazioni Industriali diretta da Biagi M., Giuffrè, Milano, fascicolo 2, pp. 338-352

Fiorillo L., (2015). *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in Contratto a tutele crescenti e la Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015 n. 22 e n.23, a cura di Fiorillo L., Perulli A., Giappichelli, Torino, pp.103-130

Gardenal M., (2004). *Licenziamento negli USA verso un ridimensionamento del principio "at will" ?*, in www.gardenal.it, pp. 1-3

Gargiulo U., (2014). *Il licenziamento "economico" alla luce del novellato articolo 18*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-39 pubblicato poi in *Diritti Lavori Mercati*, Editoriale Scientifica, Napoli

Garilli A., (2015). *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-22, in corso di pubblicazione nella *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 2

Giubboni S., (2015). *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pubblicato in *Quaderni di Medicina Legale del Lavoro*

Giubboni S., (2015). *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-22, destinato alla rivista telematica Costituzionalismo.it

Guelfi C., (2015). *Il ruolo del "repêchage" alla luce del d.lgs. n. 23/2015*, in www.bollettinoadapt.it

Iaquinta F., Ingrao A., (2015). *Il datore di lavoro e l'inganno di Facebook*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 2, pp. 82-89

Ichino P., (2002). *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in archiviopietroicino.it, pp.1-18, pubblicato poi in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano

Lisio F., (2013). *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 1-4

Magnani M, Tiraboschi M., (2012). *La nuova riforma del mercato del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in*

materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, Giuffrè, Milano, pp. 222-234

Magnani M., (2015). *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 2-13

Magrini S. , (2012). *Quer pasticcio brutto (dell’art. 18)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 1-6, pubblicato poi in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova

Marazza M., (2015). *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 3-25, destinato agli Scritti in onore di Raffaele de Luca Tamajo, pubblicato poi in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, vol. 2, pp. 310-366

Marazza M.,(2012). *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, pp. 824-844

Maresca A., (2012). *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp. 415-459

Marranca C., (2015). *Il giustificato motivo oggettivo, obbligo di repêchage e ripartizione dell’onere della prova*, in *argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, pp. 649-655

Molteni G., (2015). *I licenziamenti disciplinari*, in *Jobs Act. Così cambia il mercato del lavoro a cura di Trifirò e Partners*, Corriere della Sera, Milano, pp. 25-36

Napoli M., (2014). *Diritto del lavoro in trasformazione (2010-2014)*, Giappichelli, Torino

Nogler L., (2015). *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23/2015*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, pp. 507-533

Orlandini G., (2012). *Il licenziamento individuale nell'Unione Europea*, in www.europeanrights.eu, pp. 1-18

Pacchiana Parravicini G., (2014). *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, Franco Angeli, Milano, pp. 411-421

Palladini A., (2012). *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol. 1, pp. 653-679

Pedrazzoli M., (2014). *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, in *Diritto del lavoro*, Franco Angeli, Milano., pp. 11-19

Peron L., (2015). *Il licenziamento per motivi economici*, in *Jobs Act. Così cambia il mercato del lavoro a cura di Trifirò e Partners*, Corriere della Sera, Milano, pp.37-50

Persiani M., (2013). *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, vol. 1, pp.1-19

Persiani M., (2015). *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, vol. 2, pp. 393-397

Perulli A., (2012). *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, vol. 4-5, pp. 785-802

Pessi R., (2015). *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, vol. 1, pp. 26-37

Pisani C., (2015). *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, vol. 1, pp. 97-112

Pizzofferato A., (2015). *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, in www.aidlass.it, pp. 1-50

Rodano F., (2015). *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il Jobs Act*, in www.bollettiboadapt.it, relazione provvisoria del 29 aprile 2015, pp. 1-32

Romei R., (2012). *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, vol.2, pp. 1052-1084

Romei R., (2012). *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, in Rivista italiana di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, vol. 2, pp. 1072-1076

Romeo C., (2015). *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in Argomenti di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, vol. 2, pp. 285-309

Rusciano M., (2014). *Il pensiero di Massimo D'Antona sul diritto al lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 2-18

Rusciano M., Zoppoli L., (2014). *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", pp. 4-169, relazioni e interventi di AA.VV. al convegno di studio "Jobs Act e

sistemi di regolazione del lavoro: vincoli e riflessi”, tenutosi il 4 dicembre 2014, presso l’Università di Napoli Federico II

Scarpelli F., (2014). *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”, pp. 2-15, destinato alla Rivista delle politiche sociali, Ediesse, Roma, vol. 4

Speziale V., (2012). *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, pp. 875 ss.

Speziale V., (2015). *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”, pp. 2-49

Targa T., (2015). *Tutte le novità del Jobs Act*, in *Jobs Act. Così cambia il mercato del lavoro* a cura di Trifirò e Partners, Corriere della Sera, Milano, pp. 9-14

Treu T., (2012). *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, pp. 3-60, pubblicato poi in *Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali*, Franco angeli, Milano, vol. 1/2013

Vallebona A., (2012). *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino

Vidiri G., (2012). *La riforma Fornero: l’(in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, vol.1, pp. 616-651

Vidiri G., (2015). *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act, tra luci e (non poche) ombre*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, vol. 2, pp. 353-370

Zingales L., (2015). *Ma quando arriva la flessibilità del capitale?*, in www.ilsole24.com

Sitografia

csdle.lex.unicit.it

www.aidlass.it

www.altalex.com

www.ansa.it

www.assotecnicaindustriale.it

www.avvocatocivilista.net

www.bollettinoadapt.it

www.complianceaziendale.com

www.confindustriaradiotv.it

www.dirittoegiustizia.it

www.dottrinalavoro.it

www.gardenal.it

www.Ilfattoquotidiano.it

www.ilmattino.it

www.ilquotidianogiuridico.it

www.ilsole24ore.com

www.imperiapost.it

www.informaimpresa.it

www.laleggepertutti.it

www.lavoroeimpresa.com

www.miolegale.it

www.mobbinglavoro.it

www.passodopopasso.italia.it

www.pietroichino.it

www.studiocataldi.it

www.uil.it