

---

## Capitolo Secondo

---

### **La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo**

di Luigi Fiorillo

SOMMARIO: 1. Il contesto generale. – 2. La tutela indennitaria come regola e la tassatività dell'ipotesi che consente la reintegrazione. – 3. *Segue*: la determinazione dell'indennizzo. – 4. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: una tutela esclusivamente economica. – 5. Il licenziamento disciplinare: la reintegrazione come ipotesi residuale in caso di insussistenza del fatto materiale contestato. – 6. Il licenziamento disciplinare in presenza di un inadempimento meritevole di sanzione conservativa: un'ipotesi di autonomo risarcimento secondo le regole del codice civile. – 7. L'impossibilità di un recupero della tutela reale attraverso il ricorso agli ordinari rimedi civilistici. – 8. Alcune regole di contorno: la revoca del licenziamento. – 9. *Segue*: il rito applicabile. – 10. Le ragioni di una scelta non facile ma necessaria.

#### **1. Il contesto generale**

Con la legge delega n. 183/2014 è stato portato a compimento un processo di profonda rivisitazione delle regole che per oltre un quarantennio hanno caratterizzato il modello sanzionatorio in caso di licenziamento del lavoratore, intimato per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo ed oggettivo e risultato, poi, illegittimo.

Tali regole prevedevano una dualità di tutele in ragione del numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro imprenditore e non: una di tipo esclusivamente indennitario, per le aziende fino a 15 dipendenti (nella misura prevista dall'art. 8 legge n. 604/1966), l'altra, qualificata come tutela reale in quanto ripristinatoria della funzionalità del rapporto di lavoro, valevole per le aziende che occupano più di 15 dipendenti (o più di 5 se imprese agricole) nell'unica sede e nello stesso comune se con più sedi, o nella singola unità produttiva, se strutturate in più sedi non dislocate nello stesso comune, prescindendo comunque dalle 15 unità lavorative ove l'azienda, con riferimento all'intero territorio nazionale, abbia alle proprie dipendenze più di 60 lavoratori.

Il contesto sopra descritto era poi caratterizzato da una tutela esclusivamente indennitaria (sempre secondo quanto previsto dall'art. 8, legge n. 604/1966) per i datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, di religione o di culto prescindendo dal numero di dipendenti occupati.

La lett. c) dell'art. 1, co. 7, della legge delega sopra richiamata si inserisce nel varco aperto dalla legge Fornero che, per i datori di lavoro assoggettati alla tutela reale, ha fatto venir meno il principio di carattere generale per il quale ogni tipo di invalidità del licenziamento individuale determina comunque la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

Rispetto alla legge n. 92/2012, la novità di questo nuovo intervento legislativo è costituita dall'avvio di una svolta di tipo copernicano che, con riferimento al sistema sanzionatorio del licenziamento, innesca un processo di superamento della normativa originariamente prevista dall'art. 8, legge n. 604/1966 e dall'art. 18, legge n. 300/1970<sup>1</sup>.

La delega e il successivo decreto legislativo creano uno spartiacque tra vecchio e nuovo sistema: non si interviene sulla legge n. 604/1966 o sul testo dell'art. 18 cit. che restano integri nelle loro formulazioni novellate dalla legge n. 92/2012, ma viene predisposta una normativa *ad hoc* che si inserisce nel vigente modello regolativo posto a tutela del licenziamento creando, con riferimento alle sole tecniche di tutela, un micro sistema radicalmente nuovo, destinato a sostituire quello precedente, senza peraltro coinvolgere le fattispecie costitutive che sono rimaste immutate e che si rinvergono sempre nell'art. 2119 c.c. e nell'art. 3, legge n. 604/1966.

Lo spartiacque è individuato da una circostanza di fatto, rilevante giuridicamente nella sua accezione meramente fenomenologica, rinvenibile nella data di costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato<sup>2</sup>.

Il principio di delega contenuto nell'art. 1, co. 7, lett. c) stabilisce che per tutti i nuovi rapporti di lavoro subordinati a tempo indeterminato, ove interessati da «licenziamenti economici», non sia prevista la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, ma un indennizzo economico determinato in misura certa la cui entità varia in ragione dell'anzianità di servizio.

Sempre la delega fissa un criterio di assoluta residualità ed eccezionalità per la fruizione del diritto alla reintegrazione riservandolo solo «ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato».

Il legislatore delegato, con d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, ha dato corso alla delega predisponendo una regolamentazione che trova applicazione unicamente nei con-

---

<sup>1</sup> Sul punto, per una approfondita analisi, si rinvia al saggio di A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in questo volume, Sezione Prima, cap. I.

<sup>2</sup> Sulla questione si rinvia al saggio di G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in questo volume, Sezione Prima, cap. I.

fronti dei dipendenti assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato a partire dal 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del decreto stesso.

Per coloro i quali hanno in corso un rapporto di lavoro a tempo indeterminato prima della data sopra indicata si continua ad applicare l'art. 18 St. lav. novellato, così come l'art. 8, legge n. 604/1966, norme che non saranno più operative man mano che i lavoratori che ne usufruiscono cesseranno l'attività o instaureranno un nuovo rapporto di lavoro.

Se, alla residualità della tutela reintegratoria per i nuovi assunti, si aggiunge l'ulteriore constatazione per la quale il processo attivato porterà alla definitiva scomparsa dell'art. 18 cit., non per abrogazione della normativa, ma per la inarrestabile scomparsa dei suoi destinatari, si può affermare che il nostro ordinamento giuslavoristico è avviato oramai ad abbandonare una delle sue principali caratteristiche in tema di protezione del posto di lavoro, fondata sul risarcimento in forma specifica.

A questo proposito – prescindendo da valutazioni di politica del diritto condizionate dalla ovvia considerazione che le modalità di disciplina del licenziamento hanno comunque un'influenza su come viene svolta nei fatti la prestazione lavorativa – è bene sottolineare che, da un punto di vista squisitamente tecnico-giuridico, non c'è alcuno ostacolo ad un forte ridimensionamento o addirittura alla definitiva scomparsa (cosa questa verificatasi per il licenziamento per ragioni organizzative e produttive sia individuale che collettivo) della tutela reale in caso di licenziamento illegittimo per ragioni che esulano dalla discriminazione.

Tale forma di tutela non costituisce un precetto legislativo a contenuto costituzionalmente vincolato, né tanto meno collide con la normativa comunitaria: la stessa Corte costituzionale ha chiarito, in modo inequivocabile, che la tutela esclusivamente di tipo indennitario, in caso di licenziamento illegittimo, non viola né principi, propri del nostro ordinamento giuslavoristico, rinvenibili nel tessuto costituzionale, né norme comunitarie volte a garantire una tutela sostanziale al lavoratore oggetto di un licenziamento privo di un valido motivo.

Con la sent. 3 febbraio 2000, n. 46<sup>3</sup>, che ha ritenuto ammissibile la richiesta di referendum popolare per l'abrogazione dell'art. 18, legge n. 300/1970, la Corte ha avuto modo di precisare che «l'eventuale abrogazione della c.d. tutela reale avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento». Sempre la Corte sottolinea che la presenza nel nostro ordinamento di tecniche di tutela di tipo indennitario, quali quelle previste dalla legge n. 604/1966, sono ugualmente idonee a soddisfare la garanzia della protezione del posto di lavoro sancita dagli artt. 4 e 35 Cost., concludendo che «è da esclu-

---

<sup>3</sup> In *Foro it.*, 2000, I, c. 699.

dere che la disposizione che si intende sottoporre a consultazione (art. 18 St. lav. – ndr), per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi». Il giudice delle leggi evidenzia poi che la stessa Carta sociale europea riconosce il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo e, ove ciò avvenga, stabilisce che gli stessi abbiano diritto «ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione»<sup>4</sup>.

## 2. *La tutela indennitaria come regola e la tassatività dell'ipotesi che consente la reintegrazione*

La nuova disciplina sulle conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamento individuale adottato per giusta causa o per giustificato motivo, sia soggettivo che oggettivo, dettata dall'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, si segnala per la sua chiarezza, sia terminologica che sistematica, contrariamente a quanto è avvenuto per la riscrittura dell'art. 18, legge n. 300/1970 a seguito della legge n. 92/2012.

La normativa che, per prima, ha rivisitato il regime di tutela del licenziamento nelle imprese medio-grandi, nel tentativo di elevare a regola generale l'indennizzo economico e la reintegrazione nel posto di lavoro come eccezione, ha mostrato tutti i suoi limiti nel passaggio dalla fase di elaborazione teorica a quella applicativa, e ciò, molto probabilmente, non per imperizia del legislatore, quanto piuttosto a causa del tentativo di realizzare il compromesso politico, di cui una operazione del genere necessita, in sede di materiale stesura del testo normativo<sup>5</sup>.

L'attuale Governo, nel definire il nuovo assetto del mercato del lavoro italiano, ha operato in maniera diversa: facendo ricorso alla tecnica della delega e dei conseguenti decreti delegati, ha avuto la possibilità di non doversi confrontare in sede parlamentare nella materiale stesura del testo legislativo. La mediazione politica, comunque necessaria su un tema sensibile quale quello costituito dalla scelta reintegrazione/indennizzo in caso di licenziamento illegittimo, è stata spostata a monte, in sede di redazione dei principi di delega e su un ambito di intervento più ampio, costituito sia dal campo di applicazione della nuova disciplina che dalla co-

---

<sup>4</sup> Anche in sede di legittimità si rinvencono sentenze in linea con il principio affermato dalla Corte costituzionale, vedi, da ultimo, Cass. 22 aprile 2014, n. 9090, inedita, che in una fattispecie relativa al trasferimento del ramo di azienda afferma che «i principi generali di tutela della persona e del lavoro non si traducono nel diritto al mantenimento di un determinato posto di lavoro, dovendosi piuttosto riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario».

<sup>5</sup> Osserva a questo proposito R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, par. 4 che «le incertezze applicative dell'art. 18, nel testo generato dalla legge n. 92/2012, sembrano ascrivibili all'esigenza di innovare, occultando l'innovazione nell'ambiguità di una formulazione complessa ed oscura, di per sé idonea a soddisfare tutte le componenti delle "larghe intese" nella logica pirandelliana della reversibilità delle letture».

struzione di un nuovo modello di Diritto del lavoro. In tal modo si è riusciti a superare lo scoglio costituito da una nuova rivisitazione dell'art. 18 St. lav. con la definizione di una normativa scritta *ex novo* che vale solo per le assunzioni effettuate dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo stesso, riguardanti «lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri».

Lo scambio politico, perfezionatosi in sede di legge delega, è costituito, sull'immediato, dalla scelta di non intaccare il regime di tutela dei dipendenti già in servizio i quali conservano la possibilità, seppur nei limiti dell'art. 18 St. lav., così come novellato dalle modifiche del 2012, di vedersi restituito il posto di lavoro in caso di licenziamento ritenuto illegittimo, e, a regime, da nuove regole per i neo assunti che, sul presupposto di favorire nuova occupazione e ridurre il più possibile il ricorso ad assunzioni precarie, abbandonano, in tema di flessibilità in uscita, la tutela del posto di lavoro, salvo tassative e limitate eccezioni, assegnando al mercato il compito di protezione del lavoratore che si trova, suo malgrado, privo di occupazione<sup>6</sup>.

In sede di stesura della legislazione delegata è stato definito un modello di regolamentazione che non solo riduce sensibilmente il rischio di interpretazioni difformi, grazie alla terminologia utilizzata nei singoli commi che compongono l'art. 3 cit. (e, per quello che interessa in questa sede, anche l'art. 2 dello stesso decreto – *vedi infra*, par. 6), ma riveste una valenza sistematica che consente di individuare, in via interpretativa, le conseguenze sanzionatorie delle varie ipotesi di recesso non indicate analiticamente nel testo normativo.

Il co. 1 dell'art. 3 cit. ha una centrale rilevanza nella costruzione del nuovo modello di regolamentazione della materia costituendo un radicale ribaltamento dei canoni che hanno caratterizzato la tecnica sanzionatoria, non solo rispetto al testo originario dell'art. 18, ma anche con riferimento a quello risultante a seguito delle modifiche intervenute con la legge n. 92/2012.

Il legislatore lascia inalterato l'impianto normativo sulla identificazione delle causali poste a base del licenziamento individuale così come delineato dall'art. 2119 c.c. (giusta causa) e dall'art. 3, legge n. 604/1966 (giustificato motivo) disciplinando *ex novo* le conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamento illegittimo.

---

<sup>6</sup> Una valutazione molto critica dell'intero processo avviato con la legge delega e conclusosi con il decreto legislativo in esame è rinvenibile nella ricostruzione dell'itinerario che ha portato all'attuale disciplina ad opera di L. MARIUCCI, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, dattiloscritto, di prossima pubblicazione in *Quad. rass. sind.* L'autore mette in evidenza l'ambiguità dell'intero percorso avviatosi con una prima versione della legge delega nella quale non era prevista alcuna modifica alla disciplina dei licenziamenti che poi è stata inserita «con una astuzia e spregiudicatezza che avrebbero suscitato l'ammirazione del Machiavelli» (p. 2) utilizzando, a livello mediatico, la formula del contratto a tutele crescenti che, al contrario, si è concretizzata «in un contratto a tutele ridotte». Dello stesso autore vedi anche *I molteplici inganni del contratto a tutele crescenti* in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014*, n. 183, in *WP CSDLE-“Massimo D'Antona”*, Collective Volumes, n. 3, 2014, p. 110.

L'approccio alla materia è sicuramente dirimente. Nel caso in cui «risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento» e cioè nelle ipotesi in cui il giudice, investito della questione, non ritiene che il recesso sia fornito dei suoi elementi costitutivi<sup>7</sup> idonei, cioè, a configurare una giusta causa o un giustificato motivo sia soggettivo che oggettivo, dichiara comunque estinto il rapporto e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità.

A questa regola generale si accompagna, unicamente per il licenziamento disciplinare o comunque dovuto a fatti imputabili al lavoratore, una sola specifica eccezione che prevede la reintegrazione e che si verifica nel caso in cui venga dimostrata in giudizio «l'insussistenza del fatto materiale contestato».

In nessun caso il licenziamento per ragioni organizzative/economiche può comportare la reintegrazione non essendo prevista alcuna possibilità di accertare, anche in questa fattispecie, l'insussistenza del fatto posto a base del recesso.

### 3. Segue: la determinazione dell'indennizzo

Il legislatore delegato fornisce un preciso quadro di riferimento per la quantificazione dell'indennizzo, dovuto in caso di licenziamento illegittimo, che determina utilizzando un criterio matematico: due mensilità «dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», per ogni anno di servizio, partendo da un minimo non inferiore a quattro ed un massimo non superiore a ventiquattro mensilità. Regole vengono dettate anche per il computo dell'indennità per frazioni di anno: in questo caso l'importo è proporzionato al numero dei mesi lavorati nell'anno di riferimento che, a loro volta, vengono computati per intero nel caso in cui la frazione di mese sia uguale o superiore a 15 giorni. Si precisa poi che le somme erogate a titolo di indennizzo non sono soggette a contribuzione.

Anche in questo caso il decreto introduce delle novità rispetto ai criteri generalmente osservati in tema di determinazione dell'indennizzo a fronte di un licenziamento illegittimo.

Scompare la possibilità di graduare l'ammontare del risarcimento del danno, da una misura minima ad una massima, con valutazione motivata da parte del giudice che tenga conto dei dipendenti occupati dall'azienda, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento delle parti.

Il parametro di riferimento è costituito unicamente dall'anzianità di servizio del lavoratore illegittimamente licenziato che, per i primi due anni, ha diritto di percepire una somma pari a quattro mensilità e, successivamente, matura due mensilità per ogni anno ulteriore di anzianità fino ad arrivare a 12 anni, data oltre la quale percepirà sempre e comunque 24 mensilità.

---

<sup>7</sup> Questo è il significato da attribuire al termine “estremi” secondo il *Vocabolario Treccani*, ed. Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1997, p. 350.

Una seconda novità è rinvenibile nel criterio di determinazione dell'unità di misura (mensilità da prendere a base del calcolo) per quantificare l'indennizzo: il riferimento non è più «all'ultima retribuzione globale di fatto», ma «all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto».

La prima formulazione era presente nello schema di decreto varato alla vigilia di Natale ed è stata modificata, secondo quanto sopra riportato, su indicazione del parere della Commissione Lavoro del Senato che aveva evidenziato l'opportunità di «definire che cosa si intenda per “retribuzione globale di fatto”».

La scelta risponde ad una esigenza di chiarezza<sup>8</sup> e non sembra destinata a “sollevare contrasti interpretativi”<sup>9</sup> quanto, piuttosto, a semplificare il calcolo per la esatta quantificazione dell'indennizzo.

Ed infatti, la nozione di “ultima retribuzione”, utile per la determinazione del trattamento di fine rapporto, si ricava direttamente dal codice civile e/o dalla contrattazione collettiva, se intervenuta in materia a modifica/integrazione dei parametri legali, mentre quella di “retribuzione globale di fatto” è frutto esclusivamente di una elaborazione giurisprudenziale che, se pur consolidata su alcuni aspetti, non può offrire le stesse certezze applicative derivanti da una fonte legale e/o pattizia<sup>10</sup>.

Dal punto di vista strettamente economico la nuova formulazione determinerà un costo per il datore di lavoro sicuramente più contenuto: ad esempio, non potranno più entrare nella base di calcolo tutti quegli emolumenti legati a premi e/o retribuzione di produttività che, allo stato, vengono computati nella determinazione della retribuzione globale di fatto con un calcolo effettuato sulla media degli ultimi tre anni.

Secondo quanto previsto dall'art. 2120 c.c., rientrano nella retribuzione annua, da considerare ai fini della determinazione del trattamento di fine rapporto, tutte

---

<sup>8</sup> La nuova formula contribuisce a dare più concretezza alla finalità della legge delega che invita il legislatore delegato a prevedere «un indennizzo economico certo».

<sup>9</sup> Così F. SCARPELLI, *Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele*, in *wikilabour.it*, 9; nello stesso senso L. BERTONCELLO, *La nuova conciliazione*, in questo stesso volume, Sezione Seconda, cap. IV.

<sup>10</sup> Per comprendere la difficoltà obiettiva di definire con esattezza la nozione di “retribuzione globale di fatto” basta leggere alcune sentenze del giudice di legittimità quando, al di là della astratta enunciazione di principi, indicano nello specifico se determinate indennità devono rientrare o meno nel suo computo. Emblematica sotto questo profilo Cass. 16 settembre 2009, n. 19956 che, nel casare una sentenza della Corte di Appello di Napoli che non aveva incluso alcune indennità contrattuali variabili nel calcolare la retribuzione globale di fatto spettante ad un lavoratore illegittimamente licenziato, afferma regole che, di per se stesse, si prestano ad interpretazioni diversificate rilevando che «la retribuzione globale di fatto (...) deve essere intesa come coacervo delle somme che risultino dovute, anche in via non continuativa, purché non occasionale» e ancora che «tale emolumento, avente natura di risarcimento del danno, deve presumersi di entità almeno pari alla perdita del coacervo di utilità che lo svolgimento delle prestazioni avrebbe comportato» e deve essere idoneo a conseguire «il risultato di neutralizzare compiutamente gli effetti del licenziamento illegittimo», obiettivo che non si raggiunge «ove fosse ipotizzabile per il lavoratore un trattamento economico minore di quello che avrebbe ottenuto se avesse continuato a svolgere le sue consuete prestazioni».

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 erogato a titolo di rimborso spese, fatto salvo, in ogni caso, una diversa previsione da parte della contrattazione collettiva.

In virtù dell'espresso rinvio ad opera della norma codicistica, un aiuto non indifferente, ai fini di una certa quantificazione dell'importo dovuto, viene proprio dalla contrattazione collettiva che, quando decide di intervenire, lo fa in modo analitico. Alcuni contratti collettivi nazionali contengono una dettagliata indicazione di tutte le voci che concorrono alla determinazione della retribuzione annua da prendere a base di calcolo per il trattamento di fine rapporto, indicando espressamente le indennità che vi concorrono e, in alcuni casi, quelle escluse<sup>11</sup>; altri, derogando *in peius* alla disposizione di legge, comprendono nella base di calcolo la sola retribuzione normale mensile e la tredicesima, con esclusione di una serie di indennità nonché di incrementi retributivi dovuti a premi erogati per effetto della contrattazione di secondo livello<sup>12</sup>.

Ciò premesso, ai fini della determinazione dell'unità di misura da prendere come base di calcolo dell'indennità, sarà necessario individuare la retribuzione complessivamente percepita nell'anno nel quale si verifica la risoluzione del rapporto, nel rispetto delle voci indicate dall'art. 2120 c.c. o di quelle individuate dal contratto collettivo nazionale di lavoro applicato, e dividerla per 13,5, ottenendo così l'unità di misura che sarà raddoppiata e moltiplicata per gli anni di servizio, fino ad un massimo di 12.

Nel caso in cui il licenziamento sia intervenuto in corso d'anno (ad esempio, il 12 maggio), dovrà prendersi a base di calcolo la retribuzione complessiva percepita fino alla data del 30 aprile, tenendo conto delle voci sopra indicate, e procedere alla divisione della somma così ottenuta per il coefficiente costituito da tanti dodicesimi di 13,5 per quanti sono i mesi lavorati nell'anno di riferimento (in questo caso 4/12).

#### 4. *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: una tutela esclusivamente economica*

La marginalità della tutela reale si desume in tutta la sua rilevanza con riferimento al licenziamento adottato per ragioni oggettive, il cui regime sanzionatorio

---

<sup>11</sup> Vedi CCNL Poste Italiane del 14 aprile 2011, art. 78; CCNL PMI industriali dell'edilizia del 1° ottobre 2004, art. 30; CCNL per i dipendenti da aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi del 18 luglio 2008, art. 236.

<sup>12</sup> Vedi CCNL Turismo e pubblici esercizi (confazienda/CISAL) in vigore dal 1° agosto 2012 al 31 luglio 2015 che in una norma di carattere generale (art. 140) definisce i criteri da osservare e, per ogni singola indennità, specifica se la stessa rientri o meno nella determinazione del trattamento di fine rapporto (artt. 76, 116-118, 138).

non prevede alcuna eccezione in ordine alla possibilità di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato.

In questo caso si è voluto privilegiare, in un settore ritenuto particolarmente sensibile soprattutto dagli imprenditori, l'esigenza di conferire certezza alle scelte di tipo gestionale, non solo con la previsione di una tutela esclusivamente indennitaria, ma anche con la predeterminazione del possibile costo che tali scelte possono generare, ove non avallate in sede giudiziaria.

La normativa interviene unicamente sugli aspetti sanzionatori, senza intaccare la qualificazione della fattispecie che resta disciplinata dall'art. 3, legge n. 604/1966.

Di conseguenza rientrano in tale ambito sia i licenziamenti intimati per specifiche esigenze aziendali di natura economico-organizzativa, che impongono la soppressione del posto di lavoro, sia quelli che traggono origine da situazioni che fanno capo al lavoratore, pur non qualificabili come forme di inadempimento, secondo tipologie che si sono andate formando in sede giurisprudenziale.

In tale ambito merita di esser affrontata la fattispecie costituita dalla malattia nell'ipotesi di licenziamento adottato per superamento del periodo di comporta, risultato poi illegittimo.

A questo proposito è opportuno precisare che l'evento malattia non può rientrare nella tassativa ipotesi prevista dall'art. 2, co. 4, del decreto in esame che consente la reintegrazione nel posto di lavoro quando il motivo del licenziamento consiste nella disabilità fisica o psichica del lavoratore<sup>13</sup>.

L'assunto trova sostegno nel dato letterale: il termine "disabilità" non può essere assimilato a quello di "malattia", e ciò in ragione della differenza sostanziale tra le due fattispecie: la prima, di durata permanente (indeterminata o indeterminabile), non comporta l'impossibilità di svolgere la prestazione, ma di non poterla espletare nella pienezza della sua funzionalità<sup>14</sup>; la seconda, di natura temporanea, comporta la totale impossibilità di svolgere la prestazione per un determinato periodo di tempo.

A ciò si aggiunga che se il legislatore avesse voluto ampliare il campo di applicazione della tutela reale avrebbe utilizzato una terminologia esplicita, come verificatasi in sede di riscrittura dell'art. 18 St. lav. che menziona, tra le ipotesi di reintegrazione, sia il licenziamento per inidoneità fisica o psichica che quello «intimato in violazione dell'art. 2110, secondo comma, del codice civile».

Un sostegno ulteriore a questa tesi si ricava dal raffronto tra il testo dello schema del decreto legislativo, varato il 24 dicembre dello scorso anno, con quello ufficiale: nello schema viene utilizzato il termine "inidoneità", poi sostituito con "disabilità". La scelta di ricorrere, nella fase di perfezionamento del testo del de-

---

<sup>13</sup> Per un'analisi della fattispecie si rinvia al saggio di V. BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in questo volume, Sezione Seconda, cap. I.

<sup>14</sup> Secondo il *Vocabolario Treccani*, ed. Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1997, p. 120 il termine disabile «indica soggetti che abbiano qualche minorazione fisica o anche psichica di grado relativamente non grave».

creto, ad una terminologia meno generica non consente più di affermare che «nell'ambito di applicazione della disposizione rientri la malattia intesa come inabilità ovvero impossibilità temporanea al lavoro»<sup>15</sup>.

La estraneità della fattispecie all'ipotesi tipizzata dall'art. 2, co. 4 non preclude, comunque, la possibilità di ritenere che, in questo caso, la tutela a seguito di licenziamento per violazione del periodo di comportamento possa essere costituita dalla reintegrazione nel posto di lavoro.

La materia è disciplinata dall'art. 2110, co. 2, c.c. che, nel riconoscere al datore di lavoro il diritto di recedere dal contratto solo «decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità», configura una tipica ipotesi di norma imperativa, la cui violazione è sanzionata dalla nullità. Di conseguenza la violazione di tale precetto rientra a pieno titolo nel campo di applicazione dell'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 23/2015 che consente la tutela reintegratoria nei «casi di nullità espressamente previsti dalla legge».

È opportuno ricordare in questa sede anche le altre fattispecie di giustificato motivo oggettivo costituite dalla impossibilità della prestazione derivante da provvedimenti restrittivi della libertà per fatti estranei al rapporto di lavoro, oppure dalla revoca di autorizzazioni amministrative prodromiche allo svolgimento di determinate attività (licenza varie, patenti, ecc.) e, più in generale, da situazioni che ostacolano l'utile prosecuzione del rapporto di lavoro.

Ebbene, in tutti questi casi le incertezze, generate da una giurisprudenza a volte imprevedibile e, in alcuni casi, difficilmente comprensibile, sulla idoneità o meno delle varie fattispecie a configurare una legittima ipotesi di licenziamento oggettivo, si spostano sul fronte del ristoro indennitario, in misura certa e preventivabile, con il definitivo accantonamento del rischio di una condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Si tratta di un cambiamento non di poco conto che raggiunge l'obiettivo di conferire certezza agli assetti organizzativi che l'impresa intende prefigurare in presenza di fattori oggettivi che, pur esulando da forme di inadempimento di un suo dipendente, ne comportano il licenziamento.

È noto che la materia, nonostante sia presidiata dall'art. 41, co. 1, Cost. che in linea teorica dovrebbe garantire la libertà dell'iniziativa economica privata con conseguente insindacabilità delle scelte datoriali, è stata fortemente condizionata dall'interpretazione di dottrina e giurisprudenza. In particolare la giurisprudenza, facendo perno sul principio di "utilità sociale" richiamato nel co. 2 dello stesso art.

---

<sup>15</sup> Così M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio dallo schema al decreto)*, in *WP CSDLE- "Massimo D'Antona"*, n. 236, 2014, p. 16, n. 40, che basandosi «sul generico riferimento ai licenziamenti per ragioni di inidoneità fisica o psichica del lavoratore» propende per inserire anche il licenziamento per superamento del periodo di comportamento di malattia nel novero della tutela reintegratoria. In ogni caso anche in presenza della originaria formulazione del comma non sono mancati autori che hanno sostenuto la tesi opposta vedi G. MIMMO, *Appunti su schema di decreto (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, dattiloscritto, par. 3.2, in *www.agilazio.it*.

41, sui valori di solidarietà sociale rinvenibili nella Carta costituzionale e invocando regole generali di buona fede e correttezza, ha imposto al datore di lavoro un incisivo obbligo di cooperazione che, di fatto, ha sottoposto a pesanti restrizioni la pratica attuazione di questa modalità di recesso, sanzionata con la tutela reintegratoria.

Come è stato efficacemente dimostrato, «la nozione di “soppressione del posto” è soprattutto di fonte giurisprudenziale»<sup>16</sup> e si presenta molto diversificata quando ci si allontana dalla classica ipotesi costituita dal venir meno della funzione alla quale il dipendente era adibito per l’oggettiva necessità di riduzione dell’attività; in molti casi non è stato ravvisato un giustificato motivo oggettivo quando il datore di lavoro, per esigenze di contenimento dei costi, ha soppresso le mansioni del lavoratore licenziato redistribuendole tra gli altri dipendenti o, modificando l’organizzazione, ha accorpato le mansioni in altra posizione lavorativa. Sempre la giurisprudenza ha imposto al datore di lavoro l’adozione di criteri di ragionevolezza dovendo dimostrare, nel caso di più addetti alla stessa attività, perché ha individuato quel determinato dipendente nel procedere alla riduzione di un posto di lavoro e non gli altri che svolgono le stesse mansioni. Senza dimenticare la condizione prodromica a questa tipologia di licenziamento, elaborata dalla dottrina e fatta propria da un consolidato orientamento giurisprudenziale, costituita dalla dimostrazione di non poter utilizzare il lavoratore da licenziare in attività alternative: il licenziamento deve essere caratterizzato da una oggettiva impossibilità di collocare il dipendente in mansioni non solo equivalenti, ma anche inferiori e in relazione all’intera azienda e non solo all’unità produttiva dove opera l’interessato, il tutto in un quadro non chiaro, a livello giurisprudenziale, su chi debba incombere l’onere probatorio.

Anche situazioni apparentemente incontestabili in sede giudiziaria, quali quelle costituite dal mancato possesso di abilitazioni professionali da parte del dipendente, sono state ritenute inidonee a supportare il recesso datoriale ove, nelle more del giudizio di primo grado (favorevole al datore di lavoro) e quello di appello, l’interessato abbia conseguito le abilitazioni delle quali non era più in possesso al momento della risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> C. PISANI, *I licenziamenti individuali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, tomo III, Giappichelli, Torino, 2007, specie p. 130 ss. a cui si rinvia anche per la circostanziata ricognizione giurisprudenziale a supporto della casistica indicata di seguito nel testo.

<sup>17</sup> Emblematica la sentenza della Corte di Appello di Roma 29 maggio 2014, n. 3060 – inedita – che, ai sensi dell’art. 18 vecchio testo, reintegra nel posto di lavoro un dipendente licenziato perché privo, al momento della presa di servizio, di tutte le abilitazioni e le licenze necessarie per la guida di aeromobili, che aveva visto respinta la sua domanda nel giudizio di primo grado. Il lavoratore, conseguite nuovamente gran parte delle abilitazioni nel corso del giudizio di primo grado, si appellava avverso la decisione del Tribunale di Roma. La Corte di Appello, rilevato che per riprendere la perduta abilitazione l’interessato aveva impiegato meno di un mese, fa discendere, con una valutazione *ex post* di un fatto ignoto al datore di lavoro al momento del licenziamento perché inesistente,

In questo ambito, e in ragione della nuova disciplina, si può anche riproporre la questione del licenziamento per scarso rendimento che allo stato risulta sostanzialmente vanificato da un orientamento giurisprudenziale che, contravvenendo al principio della insindacabilità delle scelte datoriali, lo ritiene rilevante, ai fini del licenziamento, solo «allorché esso cagioni la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto» sottoponendolo altresì ad un controllo giudiziario teso a verificare «se la mera difficoltà nell'espletamento delle mansioni sia superabile mediante l'adozione di diverse modalità di esecuzione del lavoro compatibili con l'organizzazione aziendale, cui il datore di lavoro è tenuto nell'ambito del suo dovere di cooperazione»<sup>18</sup>. Per le considerazioni che saranno svolte nei prossimi paragrafi vale la pena sottolineare che, sempre a proposito di questa tipologia di licenziamento, perde anche di rilevanza la questione della sua natura oggettiva o soggettiva atteso che, anche ove si dovesse ritenere che lo stesso sia l'effetto di un inadempimento degli obblighi contrattuali sulle esatte modalità di esecuzione della prestazione, il rimedio offerto dal legislatore è sempre di natura indennitaria<sup>19</sup>.

##### **5. Il licenziamento disciplinare: la reintegrazione come ipotesi residuale in caso di insussistenza del fatto materiale contestato**

Il co. 2 dell'art. 3 affronta il tema probabilmente più delicato<sup>20</sup>, sotto il profilo strettamente applicativo, della nuova regolamentazione.

---

una impossibilità della prestazione lavorativa meramente temporanea e, conseguentemente, imputa al datore di lavoro una lesione dei valori di solidarietà sociale in forza dei quali «ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio ha il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o da quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, ogni qual volta ciò comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico».

<sup>18</sup> Le parole virgolettate nel testo sono tratte da Cass. 5 marzo 2003, n. 3250, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 689. Sulla questione dello scarso rendimento merita comunque attenzione una recente sentenza della Cassazione che rivaluta la possibilità di un controllo datoriale sulla proficuità della prestazione lavorativa complessivamente resa dal dipendente ritenendo legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento «in conseguenza della enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, avuto riguardo al confronto dei risultanti dati globali riferito ad una media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente da una soglia minima di produzione» (Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in *Lav. giur.*, 2014, p. 40 con nota di E. GRAGNOLI).

<sup>19</sup> In tal senso anche T. TREU, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida lav.*, 2015, p. 14. Per un approfondimento sulla possibilità o meno, da parte del datore di lavoro, di valutare il rendimento della prestazione lavorativa a fini di un licenziamento per giustificato motivo, vedi L. FIORILLO, *Obblighi del lavoratore*, in *Dig., sez. comm., Agg.*, 2009, specie par. 4.4 e *ivi* ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

<sup>20</sup> R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, cit., evidenzia che «il dibattito è logicamente centrato sui licenziamenti disciplinari che sono il cuore del problema».

La norma attua il principio di delega secondo il quale, nel definire il regime di tutela in caso di licenziamento, è necessario individuare «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare» per le quali prevedere un diritto alla reintegrazione.

La scelta non è stata quella di operare un rinvio alla fonte collettiva che, in sede di definizione del codice disciplinare, individuando i comportamenti che legittimano sanzioni di tipo conservativo o espulsivo, avrebbe potuto costituire un parametro di riferimento per applicare la tutela reale.

Il legislatore delegato ha inteso gestire in prima persona la questione indicando direttamente la fattispecie che è specifica ma, nel contempo, di carattere generale.

Il diritto alla reintegrazione spetta «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».

Il dettato normativo ricalca la previsione sancita dalla legge Fornero nella riscrittura dell'art. 18 St. lav. ma, al fine di evitare il vivace dibattito verificatosi in dottrina e le discordanti interpretazioni giurisprudenziali<sup>21</sup>, utilizza una terminologia che è idonea a scongiurare tensioni nella fase applicativa<sup>22</sup>.

In via preliminare è opportuno sottolineare che la norma non si presta ad interpretazioni che non siano strettamente legate al testo letterale e ciò in quanto prefigura una ipotesi di tutela reale del posto di lavoro che oramai costituisce una eccezione rispetto alla regola generale, imperniata su un ristoro esclusivamente di tipo economico.

Il ricorso al termine "fatto materiale", di cui deve accertarsi la insussistenza per applicare la tutela reale, elimina sul nascere ogni questione in ordine alla qualificazione del fatto e cioè se lo stesso debba intendersi "in senso materiale" o "in senso giuridico".

---

<sup>21</sup> Sul punto si rinvia a S. SAMBATI, *La qualificazione del "fatto" nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del "dialogo" aperto dal legislatore delegato*, in questo volume, Sezione Seconda, cap. V.

<sup>22</sup> La questione che, per la terminologia utilizzata dal legislatore, potrebbe prestarsi a discordanti interpretazioni è costituita dal riparto dell'onere probatorio in ordine alla dimostrazione dell'insussistenza del fatto materiale contestato, nella parte in cui la norma impone che la stessa «sia direttamente dimostrata in giudizio». La formulazione utilizzata potrebbe far ritenere che la prova sia a carico del lavoratore. Sulla questione appaiono decisamente convincenti le osservazioni di G. MIMMO, *op. cit.*, par. 3.1.1 per il quale l'insussistenza del fatto materiale «non costituisce una autonoma categoria giuridica (...) ma altro non è che un aspetto della giusta causa» per cui, non avendo la nuova normativa modificato la legge n. 604/1966, ed in particolare l'art. 5 sull'onere della prova della giusta causa o del giustificato motivo sul datore di lavoro, continua ad essere suo onere «provare la giusta causa di licenziamento e dunque provare, tra gli altri aspetti, la sussistenza del fatto contestato». Più problematiche sul punto le interessanti osservazioni M. MARAZZA, *op. cit.*, specie par. 5.5 che, pur ritenendo «per certi versi eccessivo» l'effetto di addossare l'onere della prova sul lavoratore, conclude ritenendo che «questo punto affannerà non poco gli interpreti».

È nota la centralità del tema in ordine al suddetto criterio interpretativo dopo le modifiche apportate all'art. 18 St. lav. che indicano, come discriminare tra indennizzo e reintegrazione, la sussistenza o meno del "fatto", senza l'aggiunta di alcuna qualificazione. È apparso subito evidente come, per vanificare nella sostanza la *ratio* della normativa sulla graduazione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo, sia sufficiente ritenere che il "fatto" non possa essere costituito dall'accertamento della mera presenza materiale dell'accadimento (fatto in senso materiale), ma debba essere inteso comunque nella sua rilevanza giuridica (fatto in senso giuridico).

In tal modo l'intenzionalità, il grado di colpa, il dolo, la loro intensità sono tutti componenti del fatto contestato, così come la proporzionalità ai sensi dell'art. 2106 c.c., cioè ne caratterizzano o meno la sua sussistenza, con evidente affievolimento degli effetti innovativi della riforma. Non solo la reintegrazione diventa nuovamente la regola ogni qualvolta il comportamento del lavoratore, pur verificatosi nella sua materialità, esaminato nella sua valenza soggettiva, non sia ritenuto idoneo a legittimare una sanzione espulsiva, ma il giudice ritorna ad essere l'arbitro indiscusso della materia con conseguente marginalizzazione del ruolo della legge.

Il dibattito, sollecitato dal diritto vivente, si è subito mostrato molto vivace e ciò soprattutto in ragione del giudizio critico che parte della dottrina attribuisce alle modifiche apportate alla norma statutaria: mettere in discussione la regola per la quale il prestatore di lavoro ha un diritto a riprendere il proprio posto in caso di licenziamento illegittimo comporta «il rovesciamento della prospettiva sin qui coltivata dal sistema giuslavoristico italiano, fondato sul risarcimento in forma specifica o per equivalente»<sup>23</sup>.

Nella sostanza, anche con il supporto di alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità<sup>24</sup>, non si ritiene coerente, con i principi generali presenti nel nostro ordinamento e con i precetti costituzionali che proteggono e garantiscono il diritto al lavoro, una regola di diritto positivo che marginalizzi la reintegrazione limitandola a specifiche ipotesi tassativamente indicate dalla legge e sostituisca ad essa una tutela meramente economica.

Su questi presupposti di carattere generale e, più nello specifico, sulla ritenuta impossibilità tecnico-giuridica di poter scindere, in sede di applicazione della astratta previsione normativa, tra fatto e valutazione dello stesso, si è formata una solida ed argomentata corrente interpretativa, sia a livello di dottrina che di giurisprudenza<sup>25</sup>, secondo la quale il giudizio di insussistenza del fatto e quello di inconfigurabilità in concreto della causale legittimante la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo del licenziamento verrebbero a sovrapporsi, attesa la coinci-

---

<sup>23</sup> Così A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 st. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 799.

<sup>24</sup> Vedi, per tutte, Cass. 10 gennaio 2006, n. 141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 440 con nota di A. VALLEBONA.

<sup>25</sup> Per ogni riferimento e approfondimento vedi S. SAMBATI, *op. cit.*

denza dei fattori di accertamento dell'uno e dell'altro presupposto normativo (fatto e giustificazione causale).

Ebbene, la nuova normativa offre una risposta di diritto positivo alla questione chiarendo che l'esistenza o meno del fatto che deve essere provato in giudizio è quella legata al suo materiale verificarsi e non quella connessa alla sua valutazione, ciò si evince non solo dall'aggettivo "materiale" che, nel testo, qualifica il sostantivo, ma dall'ulteriore precisazione per la quale al giudice è preclusa, nella fase di accertamento del fatto, ogni valutazione circa la sua proporzione/sproporzione rispetto al licenziamento.

Ciò premesso, deve essere ugualmente chiaro che, trattandosi di principi che operano nel mondo del diritto il fatto materiale che rileva deve comunque avere effetti giuridici, altrimenti sarebbe un fatto irrilevante e, quindi, inesistente<sup>26</sup>. In sostanza deve trattarsi di un «fatto causante», in grado di produrre, «in linea immediata e necessaria», conseguenze giuridiche previste da una norma, che costituisca, cioè, una condizione per il verificarsi di effetti indicati dall'ordinamento<sup>27</sup>.

Applicando l'assunto alla fattispecie in esame deve affermarsi che il fatto materiale che rileva è un accadimento avvenuto nella realtà che si qualifica giuridicamente in quanto idoneo ad essere «contestato al lavoratore»<sup>28</sup>, cioè, in termini più concreti, deve sempre e comunque costituire un inadempimento contrattuale imputabile al dipendente.

La circostanza, oltre a desumersi pacificamente dal testo del co. 2 dell'art. 3 si ricava comunque dal procedimento sotteso all'irrogazione del licenziamento che deve rispettare quanto stabilito dall'art. 7 St. lav. che, come condizione prodromica al licenziamento, impone che il datore di lavoro contesti l'addebito al dipendente. La funzione sostanziale della normativa statutaria è ribadita dallo stesso decreto legislativo in esame che, nel fissare il principio per il quale un vizio della

---

<sup>26</sup> Sulla questione si rimanda, per un approfondimento, alle interessanti osservazioni di N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, 1968, p. 1094 ss. Con riferimento alla fattispecie licenziamento, prendendo in considerazione anche quella risultante dal nuovo testo dell'art. 18 St. lav. oltremodo convincenti appaiono le osservazioni di M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, pp. 10-11, che dimostrano come sia lo stesso ordinamento ad attribuire al mero fatto materiale la produzione di effetti giuridici e, a tal fine, menziona come esempio concreto «il compimento della maggiore età che è un fatto della realtà materiale, ma che produce, come effetto giuridico, l'acquisto della capacità di agire» mettendo in evidenza che in questo caso «quello che conta è che il fatto sia materialmente identificabile come tale»; la stessa considerazione può farsi proprio in relazione al decreto legislativo in esame che attribuisce al fatto materiale costituito dalla data di assunzione precisi effetti giuridici quali quelli dell'applicazione della nuova normativa sui licenziamenti.

<sup>27</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 333.

<sup>28</sup> Così recita il co. 2 dell'art. 3 che qualificando come "contestabile" il fatto materiale usa una terminologia che non lascia adito a dubbi. Secondo il *Vocabolario Treccani*, ed. Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1997, p. 939, nel linguaggio giuridico il termine contestare «significa comunicare all'imputato (...) che un fatto costituente reato è a lui attribuito».

procedura di cui all'art. 7 cit. comporta comunque una sanzione di tipo economico (art. 4), specifica che il giudice, in sede di valutazione del rispetto del procedimento, ha la possibilità di accertare se sussistano i «presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3».

L'aspetto decisamente caratterizzante la nuova normativa è costituito dal divieto per il giudice, nella fase di indagine sull'esistenza o meno del fatto contestato, di valutare la proporzionalità o meno dello stesso rispetto al licenziamento.

Il legislatore erige a regola di diritto positivo quanto affermato dalla Corte di Cassazione che, nell'interpretare la nuova formulazione dell'art. 18 St. lav., sottolinea che la verifica da parte dell'autorità giudiziaria, in ordine alla sussistenza/insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento, deve essere condotta «senza margini per valutazioni discrezionali» in relazione alla esistenza o meno del fatto di cui si tratta, che deve intendersi «quale fatto materiale», con la conseguenza che «esula dalla fattispecie che è a base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato»<sup>29</sup>.

#### **6. Il licenziamento disciplinare in presenza di un inadempimento meritevole di sanzione conservativa: un'ipotesi di autonomo risarcimento secondo le regole del codice civile**

Nel contesto così come descritto ci si potrebbe trovare in presenza di un licenziamento disciplinare a fronte di un comportamento imputabile al dipendente che costituisce un inadempimento contrattuale, ma che sia oggettivamente di lieve entità, magari espressamente qualificato dal codice disciplinare applicato in azienda come un comportamento che merita una sanzione conservativa.

Sotto questo aspetto, se la nuova disciplina avesse conservato la previsione contenuta nell'art. 18 St. lav. nuovo testo, che consente al giudice di ordinare la reintegrazione quando il fatto contestato sia ascritto nel novero delle sanzioni conservative previste dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare, il problema non si sarebbe posto<sup>30</sup>. Ma così non è stato: il legislatore ha preferito predi-

---

<sup>29</sup> Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Giur. it.*, 2014, con nota di L. FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del "fatto materiale"* e in *Foro it.*, 2014, c. 3418, con nota di M. DE LUCA, *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di Cassazione*.

<sup>30</sup> Sulla questione si rinvia alle osservazioni di M. PERSIANI, *op. cit.*, p. 13 che valorizzando la distinzione tra le due ipotesi con riferimento alle quali il giudice deve ordinare la reintegrazione (la prima è quella costituita dalla materiale inesistenza del fatto contestato, la seconda si verifica quando il fatto è qualificato come sanzione conservativa dalla contrattazione collettiva o dai codici disciplinari) evidenzia come il modello di tutela prescelto nel nuovo testo dell'art. 18 St. lav. metta al riparo da azioni strumentali nelle quali la presenza di un inadempimento oggettivamente lieve possa comportare comunque la risoluzione del rapporto di lavoro.

sporre una normativa che desse una certezza oggettiva in merito alla linea di demarcazione tra tutela reale e tutela di tipo indennitario, evitando l'alea di difformi interpretazioni giudiziali causate da imprecise formulazioni della fonte collettiva.

Ebbene, alla luce della chiara disposizione normativa, qualunque tipo di comportamento, rilevante sotto il profilo disciplinare e imputato al lavoratore, può essere causa del suo licenziamento senza che si possa disporre la tutela reale. Ed infatti, l'inidoneità della condotta a configurare gli estremi di un legittimo provvedimento di risoluzione del rapporto determinerà unicamente una condanna del datore al pagamento di una indennità, la cui misura varia in ragione dell'anzianità di servizio e non della gravità del fatto contestato.

È indubbio che in tal modo si interviene anche sull'art. 2106 c.c. (nella parte in cui impone il principio della proporzionalità tra sanzione irrogata e grado di inadempimento) restringendo il suo campo di applicazione alle sole sanzioni conservative. Il ridimensionamento è ancor più significativo se si pone mente al fatto che la nuova disciplina non si limita ad escludere l'operatività del principio al fine di decidere se un determinato inadempimento contrattuale, in ragione della sua intensità, possa legittimare o meno la effettiva risoluzione del rapporto, ma, laddove venga accertato che quanto addebitato al lavoratore non costituisca causa di recesso, preclude ogni graduazione nella determinazione dell'indennità, la cui misura è calcolata con esclusivo riferimento alla sua anzianità di servizio all'interno di una misura minima e massima predeterminata.

Ciò nonostante, in caso di palese violazione del codice disciplinare nell'adozione di un provvedimento di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, è possibile individuare forme di tutela ulteriori per il lavoratore ricorrendo agli ordinari strumenti civilistici.

Nell'ipotesi in cui un datore di lavoro adotti un licenziamento, a fronte di un comportamento inadempiente del dipendente che, in base al codice disciplinare contenuto nel contratto collettivo applicato in azienda o in apposito regolamento aziendale, legittimi palesemente una sanzione di tipo conservativo, si potrebbe ritenere che, per il lavoratore, sia possibile chiedere un risarcimento del danno per inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c.

In questo caso il giudice avrà la possibilità di operare una doppia condanna economica: la prima, ai sensi dell'art. 3, co. 1, cit.; la seconda ai sensi dell'art. 1223 c.c., secondo i noti parametri del danno emergente e del lucro cessante.

La doppia condanna per uno stesso comportamento avrebbe il suo fondamento nella dualità di situazioni giuridiche presenti nell'ordinamento: la prima deriva da una disciplina speciale (art. 3, d.lgs. n. 23/2015), per la quale, ove si accerti che non ne ricorrano gli estremi, il datore di lavoro si espone al pagamento di una penale il cui ammontare, legalmente predeterminato e sganciato da qualsivoglia parametro valutativo, esula da finalità risarcitorie secondo le ordinarie regole fissate dal codice civile; la seconda, disciplinata dall'art. 1372 c.c. (per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti), nasce da un inadempimento del datore di lavoro che, obbligatosi contrattualmente ad osservare un determinato comportamento – ad esem-

pio, sanzionare con una multa il dipendente che si assenta senza giustificazione fino a tre giorni – proceda, contravvenendo al codice disciplinare, al licenziamento, esponendosi, in tal modo, ad una azione risarcitoria ordinaria secondo i canoni fissati dalla disciplina codicistica.

La tesi prospettata, tra l'altro, consentirebbe di restituire alla contrattazione collettiva un ruolo che il legislatore le ha indubbiamente sottratto eliminando la possibilità che la stessa possa costituire un parametro, non solo per l'applicazione della tutela reale, ma anche per graduare la condanna all'indennizzo in ragione della gravità del comportamento posto in essere dal lavoratore.

È questo l'unico modo per ovviare a comportamenti datoriali di tipo strumentale non essendo possibile dilatare l'applicazione del co. 2 dell'art. 3 che, letto anche alla luce dell'art. 2 dello stesso decreto (di cui si dirà nel successivo paragrafo), in caso di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo illegittimo, non consente la tutela reintegratoria la cui applicazione è possibile «esclusivamente» in casi del tutto residuali in cui il dipendente sia assolutamente «innocente» perché il fatto non si è materialmente verificato o perché, verificatosi, non è a lui imputabile o, ancora, perché il fatto non possa essere oggetto di una contestazione disciplinare in quanto non configura una forma di inadempimento.

#### *7. L'impossibilità di un recupero della tutela reale attraverso il ricorso agli ordinari rimedi civilistici*

Il modello di protezione prefigurato dal legislatore nel caso di licenziamento, sia per ragioni organizzative/produttive che per cause imputabili al dipendente, non consente un recupero della tutela reintegratoria anche quando i motivi a sostegno del recesso potrebbero configurarsi palesemente non idonei a supportare il recesso dal rapporto di lavoro.

La tutela reale, in presenza di un licenziamento per ragioni organizzative ritenute insussistenti ai fini di legittimare la soppressione di un posto di lavoro o per un addebito a carico del lavoratore obiettivamente lieve, non può essere applicata usando l'ordinaria strumentazione offerta dal codice civile per invalidare atti che operano all'interno della dinamica contrattuale, invocando, in particolare, la nullità del licenziamento per frode alla legge o per illiceità della causa per contrarietà a norme imperative e di ordine pubblico<sup>31</sup>.

La fattispecie disciplinata dall'art. 1344 c.c. si verifica nel caso in cui l'atto o il negozio, formalmente rispettosi della legge, nella sostanza perseguono la finalità di eludere disposizioni di legge aventi carattere imperativo producendo in pratica effetti equivalenti a quelli proibiti; quella prevista dall'art. 1343 c.c., più in gene-

---

<sup>31</sup> Per una approfondita riflessione sul licenziamento nullo e/o discriminatorio si rinvia al saggio di V. BRINO, *op. cit.*

rale, sancisce la illiceità della causa quando la stessa è contraria a norme imperative o all'ordine pubblico, intendendo quest'ultimo quale «espressione del modello sociale storicamente esistente e come strumento flessibile ed adeguato alla cultura del momento per promuovere la concretizzazione dei valori fondanti dell'ordinamento»<sup>32</sup>.

Emblematica sotto questo profilo una consolidata giurisprudenza di legittimità che, su azione promossa dall'Inps per il recupero dei contributi previdenziali non versati, ha dichiarato nulli «per frode alla legge (...) ovvero per difetto di causa» contratti di formazione e lavoro sotto il duplice profilo della frode alla legge e della illiceità della causa in presenza di fattispecie nelle quali il datore di lavoro, al fine di godere dell'esenzione contributiva, ha assunto con tale tipologia contrattuale lavoratori già esperti, oppure ha trasformato in contratto di formazione e lavoro un rapporto a tempo indeterminato già in essere. La Corte ha ritenuto che, in entrambi i casi, pur in presenza di atti formalmente validi, siano state vanificate le finalità sostanziali, di natura inderogabile, della normativa in materia che sono quelle di favorire formazione e nuova occupazione<sup>33</sup>.

Mettendo a raffronto la normativa sulla protezione del licenziamento e quella codicistica, così come pacificamente interpretata dalla giurisprudenza, è del tutto evidente che, a fronte di un licenziamento individuale, con riferimento al quale «risulta accertato che non ricorrono gli estremi» (ad esempio perché adottato in ragione di un inadempimento contrattuale non meritevole di una sanzione espulsiva), non si può invocare la frode alla legge o la illiceità della causa in quanto quell'atto non elude alcuna finalità sostanziale della legge stessa.

Non bisogna dimenticare, a questo proposito, che, con l'entrata in vigore dell'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23/2015, la regola generale ed imperativa, quando venga accertato che un licenziamento è irrogato in assenza dei suoi elementi qualificanti, è costituita dalla tutela indennitaria e non da quella reintegratoria. A ciò si aggiunga che la marginalità, per le assunzioni avvenute dopo l'entrata in vigore della normativa in esame, del modello di tutela disciplinato dall'art. 18 St. lav. non consente neanche di poter invocare la contrarietà all'ordine pubblico, nella sua funzione di precetto posto a salvaguardia dei principi basilari del nostro ordinamento sociale: il sostanziale venir meno della normativa statutaria (definitivamente scomparsa per i licenziamenti imputabili a ragioni organizzative/economiche) modifica il modello di protezione del posto di lavoro anche dal punto di vista culturale, imponendo al precetto codicistico di adeguarsi rispetto a tale trasformazione per la quale la tutela restitutoria non costituisce più un valore fondante dell'ordinamento giuslavoristico.

Sempre a questo proposito è stato sottolineato che non è possibile neanche arrivare alla dichiarazione di nullità del licenziamento per motivo illecito in considerazione del fatto che tale fattispecie sia menzionata tra i casi previsti dalla legge

<sup>32</sup> M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000, nota 24, p. 620.

<sup>33</sup> Vedi per tutte Cass. 7 agosto 2004, n. 15308 e le ulteriori sentenze ivi richiamate.

in base all'art. 1418 c.c. e ciò sulla base della considerazione per la quale «il richiamo dell'art. 1418 all'art. 1345 è generico, cioè stabilisce una equiparazione di "categoria" fra causa e motivo illecito ai fini della nullità. Viceversa ipotesi rilevanti per la nullità del licenziamento alla stregua del decreto devono essere specificamente previste nella loro identità»<sup>34</sup>.

Le stesse argomentazioni possono essere utilizzate per confutare la possibilità di estendere la categoria del licenziamento discriminatorio per sanzionare, con il ricorso alla tutela reale<sup>35</sup>, condotte abusive del datore di lavoro che operano comunque all'interno della fattispecie di licenziamento in esame.

Anche in questo caso il legislatore delegato ha tipizzato le ipotesi di licenziamento discriminatorio, al pari di quelle per la nullità, integrando l'originaria formulazione contenuta nello schema di decreto con il richiamo all'art. 15, legge n. 300/1970 che tipizza, secondo categorie chiuse, la discriminazione<sup>36</sup>. Di conseguenza, atti costituenti una genuina fattispecie di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, anche se ritenuti non idonei a legittimare la risoluzione del rapporto di lavoro per la loro oggettiva sproporzione, potranno consentire al giudice di ordinare la reintegrazione solo se viene dimostrato in giudizio, con onere probatorio a carico del dipendente, che gli stessi sono diretti «a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali»<sup>37</sup>.

## 8. Alcune regole di contorno: la revoca del licenziamento

Il datore di lavoro, una volta irrogato il licenziamento, ha la possibilità di revocarlo entro il termine di 15 giorni, decorrenti dalla data nella quale gli perviene l'impugnativa del licenziamento da parte del dipendente.

L'art. 5 del d.lgs. n. 23/2015 prevede che: il rapporto di lavoro è ripristinato a tutti gli effetti come se il licenziamento non si fosse mai verificato; il dipendente coinvolto ha diritto di percepire il trattamento economico nel periodo intercorrente tra il licenziamento e la sua revoca; il datore di lavoro è esente dall'applicazione dei regimi sanzionatori previsti dallo stesso decreto.

<sup>34</sup> T. TREU, *op. cit.*, p. 14.

<sup>35</sup> Possibilità ammessa, con riferimento al testo dell'art. 2, come risultante nello schema di decreto, da G. MIMMO, *op. cit.*, par. 10 in considerazione del generico riferimento che la normativa utilizza per la qualificazione del licenziamento discriminatorio. Di contrario avviso, sempre in occasione dell'esame dello schema di decreto, T. TREU, *op. cit.*, p. 14.

<sup>36</sup> In questo caso il Governo ha tenuto conto del parere della Commissione Lavoro del Senato dell'11 febbraio 2015 che invitava il legislatore a «definire meglio il perimetro applicativo dello stesso articolo con ripresa, senza variazioni, dell'elenco dei criteri di differenziazione vietati contenuti nell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori».

<sup>37</sup> Per un approfondimento sulla questione come su quella relativa alla nullità, entrambe comunque non destinate a sopirsi, si rinvia al saggio di V. BRINO, *op. cit.*

La norma riscrive integralmente l'attuale co. 10 dell'art. 18 St. lav. e non presenta problemi sotto il profilo della sua stretta operatività in ragione della chiarezza con la quale il legislatore ha definito il suo ambito di azione e ne ha tipizzato le conseguenze. Ci troviamo di fronte ad una sorta di "diritto al ripensamento" riconosciuto al datore di lavoro, privo di conseguenze sanzionatorie automatiche.

Sotto questo specifico aspetto, deve ritenersi che, in ogni caso, il datore di lavoro non si sottrae ad azioni di risarcimento da parte del suo dipendente che ha subito il licenziamento, poi revocato, nel caso in cui quest'ultimo dimostri di aver patito danni ulteriori rispetto a quelli strettamente collegati alla funzionalità del suo rapporto di lavoro che, per legge, deve essere ripristinato in tutti i suoi aspetti come se l'interruzione non si fosse mai verificata.

Il dipendente, licenziato e poi riammesso in servizio, potrà agire nei confronti del suo datore di lavoro ai sensi dell'art. 1218 c.c. per il risarcimento dei danni subiti che andranno quantificati secondo gli ordinari criteri civilistici fissati dall'art. 1223 c.c.<sup>38</sup>.

Un rimedio generale di carattere risarcitorio, in presenza di danni realmente subiti, appare quanto mai opportuno se si pone mente al fatto che l'art. 5 cit. si contrappone nettamente a quanto stabilito dalla normativa statutaria (vecchio testo) nella parte in cui prevedeva che, in caso di licenziamento dichiarato invalido (e conseguentemente anche revocato unilateralmente), il lavoratore aveva diritto ad un risarcimento non inferiore a cinque mensilità con l'aggravante costituita dal fatto che quest'ultimo, ove il rapporto non si fosse di fatto già ripristinato, poteva optare, in sostituzione della riammissione in servizio, per una indennità pari a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto<sup>39</sup>.

## 9. Segue: il rito applicabile

L'art. 11 del d.lgs. n. 23/2015 stabilisce che in caso di controversie azionate con riferimento a tutte le tipologie di licenziamento previste dal decreto stesso non si applica il rito speciale introdotto dalla legge Fornero.

Il silenzio della norma sul rito applicabile determina, come necessaria conseguenza, che, per i licenziamenti derivanti da rapporti di lavoro subordinati stipula-

---

<sup>38</sup> L'immediatezza (15 giorni) della reazione datoriale alla impugnativa del licenziamento da parte del dipendente è destinata comunque a contenere gli eventuali ulteriori danni subiti dal lavoratore licenziato e poi riassunto, ma non ad escluderli. Si pensi, ad esempio, alla disdetta di una prenotazione alberghiera per una vacanza già programmata che il dipendente si vede costretto ad effettuare una volta ricevuto il provvedimento di licenziamento ancor prima di decidere di impugnarlo.

<sup>39</sup> Possibilità, quest'ultima, avallata da un orientamento giurisprudenziale consolidato, vedi Cass. 5 dicembre 1997, n. 12366, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 351 con nota di C. ZOLI, *Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione* e da ultimo Cass. 28 febbraio 2012, n. 3043, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 247.

ti dopo la fatidica data del 7 marzo 2015, torna ad applicarsi il processo del lavoro secondo le regole dettate dalla legge n. 533/1973.

Nulla dispone il decreto per il passato: il c.d. rito Fornero continuerà ad applicarsi fintanto che resteranno in vigore i rapporti di lavoro a tempo indeterminato regolati dall'art. 18 St. lav. nuovo testo, mentre il rito ordinario del lavoro continuerà ad applicarsi per le controversie incardinate prima dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012 e riprenderà la sua piena funzionalità per quelle incardinate dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015.

È da condividere l'opinione di chi ha già evidenziato la bontà di una scelta del genere dalla quale «traspare l'esplicita (e doverosa) condanna senza appello, circa il (...) clamoroso e devastante fallimento» del rito Fornero<sup>40</sup>.

Il legislatore delegato con questa norma corona il suo obiettivo di conferire quanto più possibile certezza all'applicazione di una normativa che disciplina una materia tanto delicata come quella della tutela del licenziamento; obiettivo avviatosi ad una possibile realizzazione, con riferimento al diritto sostanziale, grazie alle altre norme del decreto in esame, e concretizzatosi, in relazione al processo, con il ritorno a regole ampiamente sperimentate nel corso di oltre quarant'anni.

## 10. Le ragioni di una scelta non facile ma necessaria

L'analisi del dato normativo rende evidente che il micro sistema sul regime di tutela del licenziamento per giusta causa e giustificato motivo è destinato a generare profondi cambiamenti nella gestione del rapporto di lavoro così come si è venuta formando a partire dall'entrata in vigore dello Statuto dei diritti dei lavoratori a seguito della legge 20 maggio del 1970, n. 300.

È indiscutibile che i precetti normativi contenuti nel d.lgs. n. 23/2015 hanno l'effetto di rivisitare sensibilmente il tipo di tutela offerta al dipendente con riferimento al bene primario del rapporto costituito dal posto di lavoro, la cui protezione ritorna nella logica propria dei tradizionali canoni civilistici incentrati sul ristoro patrimoniale, salvo limitate e tipizzate eccezioni.

---

<sup>40</sup> C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, dattiloscritto, specie par. 5. che già aveva anticipato il probabile fallimento di questo rito speciale in *Le controversie nella legge Fornero tra specialità e ambito di competenza*, in *Lav. giur.*, 2013, p. 221. L'A. richiama anche l'opinione di P. MARTELLO, *Le scommesse del Jobs Act*, in *www.bollettinoadapt.it* per il quale il rito Fornero ha introdotto «un'ulteriore fase sommaria inutile e dannosa».

Per ulteriori riflessioni sui limiti del rito speciale introdotto dalla legge n. 92/2012 e sulle sue problematiche applicative vedi M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, in *Arg dir. lav.*, 2013, p. 815; G. VIDIRI, *Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, p. 39; D. BORGHESI, *Il rito speciale dei licenziamenti*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da L. FIORILLO, A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2014, p. 183.

Per i lavoratori che hanno stipulato un contratto di lavoro a tempo indeterminato a partire dal 7 marzo 2015, si può ritenere definitivamente conclusa una stagione del Diritto del lavoro caratterizzata dalla presenza di una normativa, quella contenuta nell'art. 18 St. lav., che non a caso ha da sempre rivestito un valore di norma "simbolo".

Elevare a sistema, nell'ambito di un contratto di durata a prestazioni corrispettive, imperniato sulla fattiva collaborazione di entrambe le parti, la regola, che comunque impone al datore di lavoro di mantenere in vita il rapporto contro la sua volontà, ha costituito un oggettivo ridimensionamento in ordine all'esercizio del suo potere all'interno dell'azienda riequilibrandolo decisamente a favore del lavoratore, con ciò attenuando il modello codicistico di gerarchia all'interno dei luoghi di lavoro di dimensioni medio-grandi così come delineato dagli artt. 2086 e 2094 c.c.

Su queste premesse e in considerazione del fatto che, proprio per la valenza sistemica della nuova disciplina, il doppio regime messo a protezione del posto di lavoro è destinato a scomparire con il definitivo accantonamento dell'art. 18 St. lav., norma quest'ultima la cui sopravvivenza è legata ai soli contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato già in essere alla data dell'entrata in vigore della normativa in commento, è opportuno riflettere sulle ragioni che hanno portato a questa rivoluzione copernicana verificatasi all'interno del nostro Diritto del lavoro.

L'inversione di tendenza di oggi è speculare alle ragioni che portarono, 45 anni or sono, alla emanazione della legge n. 300/1970, supportata da alcuni fondamentali principi normativi che, con riferimento all'esercizio dei poteri nel luogo di lavoro, si rinvergono non solo nell'art. 18, ma anche negli artt. 33 e 34 sul collocamento numerico.

A quell'epoca si ritenne che, per riequilibrare il rapporto tra le parti, troppo sbilanciato a favore del datore di lavoro, fosse necessario intervenire sul potere datoriale nella fase di scelta del dipendente con il quale collaborare sia nella fase di individuazione del contraente sia in quella di conservazione del rapporto, con la conseguenza di erigere a regola generale la chiamata numerica dei lavoratori, a discapito di quella nominativa, e di sottrarre la tutela del posto di lavoro ad una logica di tipo economico.

Grazie a questa legge, non a caso rubricata come "*Statuto dei diritti dei lavoratori*", ed alla presenza, tra le altre norme, di questi due capisaldi, il nostro Diritto del lavoro ha compiuto un notevole salto di qualità, rispetto alla originaria impostazione rinvenibile nel codice civile, nella logica di un riequilibrio del rapporto di forza tra le due parti del rapporto, a quel tempo, troppo sbilanciato a favore del datore di lavoro<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Sulla questione vedi anche le riflessioni di R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, cit., par. 3 il quale evidenzia come il ruolo dell'art. 18 è stato quello di concorrere alla distribuzione dei poteri nei luoghi di lavoro «non solo di quelli che regolano il rapporto individuale, quanto, e soprattutto, di quelli che presidiano le dinamiche collettive».

Gli effetti positivi di questo riequilibrio del rapporto di forza tra le due parti hanno determinato una progressiva modifica delle originali regole statutarie con l'abrogazione, nei primi anni del nuovo millennio, della normativa sul collocamento numerico e la conseguente libertà per il datore di lavoro di scegliersi i dipendenti con i quali collaborare.

Oggi, dopo 45 anni di piena operatività di un sistema normativo fortemente protettivo per i lavoratori assunti a tempo indeterminato in aziende medio-grandi, rafforzato da una giurisprudenza che, utilizzando in modo disinvolto il suo potere discrezionale, ha di fatto reso impossibile il licenziamento per ragioni organizzative (giustificato motivo oggettivo) e molto difficile quello per inadempimento contrattuale (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), il Governo – in un contesto di generalizzata stagnazione economica che sta assumendo connotazioni sempre più preoccupanti per durata e pervasività nel tessuto produttivo del nostro Paese, con conseguenze devastanti sui livelli occupazionali – ha deciso di invertire i paradigmi del nostro sistema giuslavoristico e procedere ad «un recupero dei valori dell'efficienza, della produttività e della competitività delle imprese»<sup>42</sup>, anche attraverso la restituzione al datore di lavoro di un significativo grado di autonomia nella scelta di conservare o meno un determinato rapporto di lavoro, scelta, comunque, mai arbitraria in quanto corredata da forme dissuasive che, però, abbandonano l'ottica restitutoria.

Sarebbe comunque sbagliato e fuorviante leggere isolatamente l'intervento normativo sul ridimensionamento del livello di protezione del lavoratore in caso di licenziamento nelle aziende di dimensioni medio-grandi.

La normativa appena esaminata si inserisce all'interno di alcune precise scelte di politica del diritto perseguite dal nostro legislatore con obiettivi sicuramente più ampi ed ambiziosi rispetto a quelli concretizzati con il d.lgs. n. 23/2015<sup>43</sup>.

Il primo obiettivo intende favorire le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro per chi è in cerca di occupazione ricorrendo quanto più possibile a tipologie contrattuali stabili a discapito di quelle a termine, al fine di migliorare il livello qualitativo della prestazione lavorativa anche dal lato della produttività; il secondo intende sostituire la tutela incondizionata del singolo posto di lavoro con una protezione del lavoratore nel mercato del lavoro attraverso un sostegno economico durante lo stato di disoccupazione e un concreto supporto per la ricerca di nuova occupazione; il terzo intende fornire quanto più possibile certezza in ordine al-

---

<sup>42</sup> A. TURSI, *L'art. 18 e il "contratto a tutele crescenti"*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 926 il quale sottolinea che «l'art. 18 (...) ha molto a che vedere (...) con la distribuzione del potere all'interno dei luoghi di lavoro (...) nella sua funzione di norma posta a coronamento di un processo di "democratizzazione" (e in una certa misura di "sindacalizzazione") dei rapporti di lavoro».

<sup>43</sup> Per una sintetica quanto efficace indicazione degli obiettivi che si è posto il Governo nel predisporre la delega sul *Jobs Act* e i primi due decreti attuativi si rinvia alle riflessioni di R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del jobs act*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 1.

la legittimità delle scelte organizzative/gestionali del datore di lavoro ove sottoposte al controllo del giudice, anche con l'obiettivo di ridurre al minimo l'ambito di discrezionalità di quest'ultimo e la conseguente "giurisprudenza anarchica"<sup>44</sup> che può essere evitata solo con norme di diritto positivo suscettibili di chiara interpretazione.

È indubbio che le finalità sopra brevemente riassunte si muovono all'insegna della valorizzazione dell'interesse dell'impresa con l'obiettivo di renderla maggiormente produttiva e competitiva, ma ciò soprattutto al fine di generare un processo virtuoso che si traduca in un aumento dell'occupazione stabile che diventa, nel contempo, anche un presupposto per il miglioramento della produttività aziendale.

Non a caso l'art. 7, co. 1, legge n. 183/2014, che introduce l'insieme dei principi di delega in materia di disciplina del rapporto di lavoro, esordisce indicando come finalità principale dell'intero intervento l'obiettivo di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di nuova occupazione» menzionando subito dopo la necessità di «riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo».

A questi criteri di carattere generale, che ispirano il complessivo disegno riformatore, si aggiungono poi specifici principi di delega volti a sostenere la promozione del contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro a discapito degli altri tipi contrattuali (art. 7, co. 1, lett. b).

Principi che si inseriscono in una più ampia cornice normativa, coeva alla delega, che rende immediatamente operativa la volontà di favorire l'ingresso nel mondo del lavoro mediante contratti a tempo indeterminato e comunque di privilegiare le assunzioni in pianta stabile.

La legge di stabilità per il 2015<sup>45</sup> prevede, per le assunzioni effettuate nell'anno di riferimento, un esonero dei versamenti contributivi a carico del datore di lavoro, non superiore a 8.060,00 euro e per la durata di trentasei mesi, con una significativa novità che amplia le finalità dello strumento: le assunzioni "nuove" non devono costituire necessariamente nuova occupazione nel senso dell'ampliamento dell'organico, confermando così la volontà del legislatore di creare un ambiente giuridico che induce un datore di lavoro, ove ricorrano i presupposti di carattere economico/produttivo, non solo ad assumere nuovi dipendenti, ma anche a stabilizzare rapporti di collaborazione o a durata predeterminata, già presenti in azienda<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> L'espressione è di G. VIDIRI, *La riforma Fornero: incertezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 620.

<sup>45</sup> Legge 23 dicembre 2014, n. 190, art. 1, co. 118.

<sup>46</sup> Dai dati diffusi dal Governo nel mese di marzo 2015, e riportati dai principali quotidiani italiani, risulta un'impennata delle assunzioni a tempo indeterminato nei mesi di gennaio e febbraio 2015, rispetto allo stesso periodo dell'anno 2014 (con un incremento del 35,1%) costituite in parte da nuove assunzioni e in parte dalla trasformazione di contratti a termine e di collaborazioni già in

Il primario obiettivo di creare le condizioni per un'occupazione di qualità che invogli le aziende non solo ad assumere personale ma anche ad investire sul capitale umano, privilegiando il contratto a tempo indeterminato, ha comportato necessariamente una rivisitazione radicale del regime di tutela a salvaguardia del posto di lavoro che si fonda su due piedistalli: a) la tutela che ripristina, sempre e comunque, il rapporto di lavoro risolto con un licenziamento per ragioni imputabili ad un comportamento del dipendente non è più la regola, ma costituisce una eccezione, a sua volta rigidamente tipizzata; b) la tutela per un lavoratore che perde il posto per motivi organizzativi/economici, riguardanti scelte aziendali frutto di valutazioni necessariamente discrezionali del datore di lavoro, non può in nessun caso comportare il ripristino del rapporto, ma un indennizzo.

In tal modo si cerca di offrire alle imprese una valida alternativa alle forme di assunzioni a termine o di natura parasubordinata che, da troppi anni, costituiscono di fatto il canale privilegiato di ingresso nel mondo del lavoro.

Una forte spinta ad attivare sull'immediato una politica di assunzioni che si muova in controtendenza rispetto agli ultimi anni, caratterizzati da un uso eccessivo di contratti a termine, si registra con riferimento all'anno in corso grazie alla possibilità di utilizzare un contratto a tempo indeterminato che sia, nel contempo, meno costoso per l'azienda, grazie ad un risparmio contributivo per la durata di tre anni, e, ove non più sostenibile per motivi oggettivi, privo della tutela reintegratoria, ma assistito da un indennizzo che, sempre nel triennio, è pari a sei mensilità.

Senza dimenticare che il nuovo contratto, sotto il profilo soggettivo, è dotato di una maggiore dose di flessibilità in uscita rispetto al contratto a tempo determinato risolvibile, in costanza di rapporto, solo per giusta causa e non per giustificato motivo soggettivo<sup>47</sup>.

Anche dal punto di vista esclusivamente economico non è irrilevante, al fine di incentivare assunzioni a tempo indeterminato, il fatto che il risparmio contributivo per il contratto che preveda un inquadramento in qualifiche medie<sup>48</sup> è in misura tale da consentire al datore di lavoro, costretto a risolvere il rapporto per motivi oggettivi o soggettivi, di corrispondere a titolo di indennizzo quello che comunque ha già risparmiato per contributi non pagati.

Milita a favore della costruzione di un quadro normativo più certo ed affidabile anche il tentativo di strutturare il modello sanzionatorio sulla flessibilità in uscita

---

corso. Si tratta di segnali che, anche se meritevoli di comparazioni più approfondite (si legga a questo proposito quanto scrive L. RICOLFI, *Segnali veri e segnali di fumo*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 marzo 2015), comunque lasciano ben sperare sull'inizio di una ripresa occupazionale che dovrebbe ulteriormente incrementarsi abbinando alle misure entrate in vigore nel gennaio 2015 quelle sul contratto a tutele crescenti i cui effetti sono iniziati a decorrere dal mese di marzo dello stesso anno.

<sup>47</sup> Sulla questione vedi L. FIORILLO, *Il recesso ante tempus del datore di lavoro dal contratto a tempo determinato*, in *Giur. it.*, 2014, p. 462.

<sup>48</sup> È stato calcolato che l'esonero contributivo è pienamente sfruttabile per le retribuzioni annue fino a circa 28.000 euro (F. NATALINI, *Il bonus spinge le tutele crescenti*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 marzo 2015, p. 43).

che sia quanto più possibile esente da interpretazioni giurisprudenziali che ne possano snaturare gli elementi caratterizzanti<sup>49</sup>.

Si è già avuto modo, in fase di commento all'art. 3, di dimostrare la chiarezza terminologica utilizzata dal legislatore nel definire l'ambito di operatività della tutela indennitaria e la residuale operatività della reintegrazione alla quale si è accompagnato un criterio di assoluta certezza nella quantificazione dell'indennità.

È opportuno in questa sede sottolineare che non si tratta di interventi mirati a ridimensionare il ruolo fondamentale che la magistratura riveste nella risoluzione delle controversie in materia di lavoro quanto, piuttosto, ad offrire certezza alle scelte operate dal datore di lavoro e ad evitare l'insorgere di defatiganti contenziosi in ordine all'applicazione di norme che, per la natura dei diritti coinvolti, possono essere oggetto di interpretazioni contrastanti che alimentano a dismisura il ricorso al giudice contribuendo anche ad allungare i tempi della giustizia<sup>50</sup>.

L'ultimo fondamentale tassello del quadro normativo disegnato con la legge delega del 2014 è costituito dal d.lgs. n. 22/2015 (oggetto di commento nella terza sezione di questo volume) che predispone una articolata regolamentazione, volta a tutelare il lavoratore in caso di perdita del posto di lavoro, di derivazione comunitaria, che si caratterizza per la finalità di proteggere non tanto il posto di lavoro, quanto la persona del lavoratore all'interno del mercato del lavoro sia con un valido sistema di sostegno del reddito in caso di disoccupazione involontaria sia con la previsione di norme tese a favorire una nuova occupazione.

Il cambio di prospettiva nel definire il nuovo sistema sanzionatorio in caso di licenziamento, con il conseguente affrancamento del datore di lavoro dall'obbligo della reintegrazione accompagnato ad una tutela del lavoratore a carico dello Sta-

---

<sup>49</sup> Evidentemente il legislatore ha tenuto presente il ruolo svolto dalla giurisprudenza nello snaturare radicalmente la *ratio* sottesa alle norme sulla flessibilità in entrata, deputate a disciplinare i contratti temporanei, che hanno conosciuto una applicazione imposta dal giudice del lavoro, «chiusa ad ogni tentativo di affrancare le assunzioni temporanee dal requisito della eccezionalità» (L. FIORILLO, *Le nuove regole in materia di contratto a tempo determinato, lavoro somministrato, apprendistato e lavoro parziale: un contributo per un uso corretto della flessibilità in entrata*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (diretto da), *La riforma del mercato del lavoro*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2014, p. 33 al quale si rinvia anche per indicazioni di dottrina e giurisprudenza).

<sup>50</sup> A questo proposito è da condividere integralmente quanto affermato da G. Vidiri (Presidente della Sezione lavoro della Corte di Cassazione) per il quale «una risposta giudiziaria che sia improntata ad un tasso di grossa alea determina nei settori portanti dell'economia effetti deleteri, disincentivando gli investimenti di capitale e ponendo ostacoli ad ogni iniziativa imprenditoriale, con contrazione della produttività e, quindi dell'occupazione» (*Il nuovo rito sui licenziamenti: una normativa di difficile lettura*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 42).

Sotto questo aspetto è interessante osservare che gli analisti del Fondo Monetario Internazionale, ai fini della valutazione dell'efficienza di un sistema economico e della sua affidabilità, elementi questi ultimi fondamentali per attrarre investimenti, prendono in considerazione anche la qualità del sistema giuridico di un determinato Paese attraverso l'analisi del suo sistema giudiziario. In particolare, da una ricerca sulla *“Riforma del sistema giudiziario italiano – una chiave per la crescita”*, curata da G. ESPOSITO, S. LANAU, S. POMPE, in *IMF-Working paper WP/14/32*, la qualità del sistema giudiziario italiano risulta ben al di sotto della media europea.

to, costituisce una vera e propria apertura di credito a favore delle aziende che, come dichiarato più volte dagli stessi organi dell'attuale Governo, non hanno più alibi e devono contribuire fattivamente a sbloccare la stagnazione occupazionale che affligge il nostro Paese.

A questo proposito è appena il caso di osservare, per sgombrare il campo da possibili equivoci, che non possono essere le norme giuridiche a produrre occupazione che dipende solo ed unicamente da fattori economici e da scelte politiche che privilegiano gli investimenti e la formazione, ma è altrettanto evidente che un contesto normativo, imperniato su una maggiore certezza ed affidabilità di quella attuale al fine di garantire a chi fa impresa nel nostro Paese di non vedersi stravolgere scelte organizzative, può contribuire, indirettamente, a creare nuove occasioni di lavoro.

La scelta del legislatore è stata indubbiamente non facile, e non può lasciare tranquilli anche gli addetti ai lavori che sostanzialmente la avallano, non deve dimenticarsi che «il come viene disciplinato il licenziamento ha una ricaduta pesante sul come viene di fatto svolto il rapporto: tanto meno rigido il primo, tanto più flessibile il secondo, essendo il lavoratore reso più disponibile e tollerante dal rischio aggravato di perdere il posto di lavoro»<sup>51</sup>; ma si può provare a pensare che l'intento non voglia essere quello «di rendere più docile il personale»<sup>52</sup>, quanto quello di apprestare una necessaria cura ricostituente per il nostro tessuto produttivo finalizzata a implementare la produttività e la competitività delle aziende che operano nel Paese e ciò al fine di contribuire a combattere una disoccupazione, soprattutto giovanile, che sta assumendo livelli spaventosi e che colpisce soggetti giovani, mai occupati, privi di ogni forma di assistenza.

In ogni caso, la tenuta della nuova normativa sul licenziamento e gli effetti positivi che si è cercato di indicare (in termini di maggiore produttività e quindi maggiore occupazione) dipendono da una serie di fattori, alcuni strettamente connessi alla gestione della specifica normativa, altri al più generale progetto riformatore.

In primo luogo è assolutamente necessario che le nuove regole vengano utilizzate correttamente da una classe imprenditoriale che deve dimostrarsi all'altezza del nuovo ruolo riconosciutole dal legislatore, ricorrendo alla risoluzione del rapporto di lavoro solo a fronte di oggettive ed effettive ragioni organizzative ed economiche o di inadempimenti contrattuali che minano alla radice l'elemento fiduciario che caratterizza il rapporto di lavoro, valorizzando così il vero elemento di novità dell'attuale regime sanzionatorio che è quello di affrancare le decisioni aziendali da valutazioni/interpretazioni discrezionali non sempre prevedibili.

Altri fattori dipendono dalla realizzazione del complessivo disegno riformatore, primo fra tutti, quello relativo all'effettiva operatività del modello di protezio-

---

<sup>51</sup> F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a' sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 11, p. 118.

<sup>52</sup> F. CARINCI, *op. ult. cit.*

ne sociale predisposto con il d.lgs. n. 22/2015 (non a caso coevo al decreto che si esamina in questa sede) e ciò soprattutto con riferimento al funzionamento del sistema dei servizi per l'impiego. Senza la rete di protezione costituita dalla tutela reale in caso di licenziamento, la riforma può funzionare solo a fronte di una effettiva protezione del lavoratore nel mercato, con una indispensabile sinergia tra politiche attive e passive: se un lavoratore, una volta licenziato, comunque non trova nuova occupazione in tempi ragionevoli, concorre, con il suo stato di disoccupazione, a determinare una situazione di disagio sociale destinata a riverberarsi sulla disciplina che ha comportato la riduzione delle tutele nel rapporto.

Ulteriori fattori, infine, fuoriescono dalle regole che disciplinano il rapporto di lavoro e riguardano quelle che governano il mondo delle imprese. Non può essere questa la sede per affrontare temi che esulano dalla presente indagine e dal campo di competenza di chi scrive, ma sembra comunque opportuno evidenziare le riflessioni di economisti che, occupandosi di sviluppo economico e di produttività del nostro Paese, imputano la mancata crescita anche alla presenza di imprese inefficienti che, ciò nonostante, continuano ad operare ed osservano che «se vogliamo che la ripresa nascente non sia solo una effimera fiammata, ma uno sviluppo duraturo dobbiamo stimolare la crescita della produttività. Non c'è modo migliore per farlo che stimolare la flessibilità del fattore capitale. Dopo aver eliminato l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori è giunto il momento di eliminare anche "l'articolo 18" degli imprenditori»<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Così L. ZINGALES, *Ma quando arriva la flessibilità del capitale?*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 marzo 2015.

