

LA TUTELA REALE PER IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE TRA RIFORMA E CONTRORIFORMA

THE REAL PROTECTION FOR INDIVIDUAL DISMISSAL BETWEEN REFORM AND COUNTER-REFORMATION

di *Giada Della Rocca**

ABSTRACT

Il contributo tratta della tutela reale per il licenziamento individuale seguendo l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale evidenziandone il percorso ondivago segnato dal tentativo di flessibilizzazione del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo da parte del legislatore, con l'intento, rimasto privo di attuazione, di spostare sul terreno del mercato la garanzia dell'occupazione. A ciò è seguito poi, a fronte delle carenze dello statuto protettivo del lavoratore rispetto al rinnovato assetto dell'organizzazione del lavoro nel contesto dell'economia digitale, un suo riassetarsi sulle originarie linee di tutela, per effetto degli interventi manipolativi della Corte Costituzionale e dell'azione nomofilattica della corte di Cassazione.

The article deals with the real protection for individual dismissal by following the legislative and jurisprudential evolution, highlighting the fluctuating path marked by the attempt to make the sanctioning regime of unlawful dismissal more flexible by the legislator, with the intention, which has remained lacking in implementation, to move on market land the guarantee of employment. This was then followed, in the face of the shortcomings of the protective status of the worker with respect to the renewed structure of work organization in the context of the digital economy, by its readjustment on the original lines of protection, due to the manipulative interventions of the Constitutional Court and the nomophylactic action of the court of Cassation.

SOMMARIO: 1. L'art. 18 Stat. lav. vecchio testo. – 2. La riforma conclamata. – 2.1. L'art. 18 Stat. lav. nuovo testo. – 2.2. L'art. 2 d.lgs. n. 23/2015. – 2.3. L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015. – 3. La controriforma strisciante. – 4. La controriforma realizzata. – 4.1. Nel lavoro privato... – 4.2. ...nel lavoro pubblico. L'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 165/2001. – 5. La controriforma dissimulata.

* Ricercatrice di Diritto del lavoro – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

1. L'art. 18 Stat. lav. vecchio testo

Dopo la legge n. 604/1966, che prevedeva solo una tutela indennitaria per il licenziamento ingiustificato, il legislatore ha emanato lo statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970) che comprende anche l'art. 18 intitolato "reintegrazione nel posto di lavoro", misura sanzionatoria avverso le ipotesi di illegittimità dei licenziamenti individuali quali in precedenza definiti dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, destinata, sulla base dei requisiti individuati ai fini dell'applicazione selettiva della norma medesima di seguito descritti, a garantire, attraverso il ripristino della funzionalità del rapporto, la tutela reale del posto di lavoro e l'integrale risarcimento del danno conseguente¹.

Riformulata a seguito dell'emanazione della legge 11 maggio 1990, n. 108, intervenuta a scongiurare la consultazione popolare sull'iniziativa referendaria promossa nel 1989 al fine di ottenere una estensione generalizzata della misura e questa volta, a differenza della precedente del 1986, parimenti mirata al medesimo fine, dichiarata ammissibile dalla Corte Costituzionale, la disciplina della reintegrazione nel posto di lavoro è venuta assestandosi nei seguenti termini.

Innanzitutto questa norma è soggetta a limiti dimensionali, in quanto si applica ai datori che occupano più di sessanta dipendenti o più di quindici (o più di cinque se il datore è imprenditore agricolo) nell'unità produttiva o nello stesso comune (comma 1)². I datori di lavoro possono essere imprenditori o non imprenditori (comma 1)³.

¹ Sterminata è la letteratura, *ex plurimis*, cfr M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980; F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982; P. SANDULLI-A. VALLEBONA-C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Padova, 1990; F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti*, Jovene, Napoli, 1991; E. ALES, *La reintegrazione trent'anni dopo: un nuovo caso di "archeologia giuridica"?*, in *Dir. lav.*, 2000, p. 20 ss; M. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *Lavoro diritto mutamento sociale*, Torino, 2002, p. 160 ss.; F. LISO, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 169; F. CARINCI, *Discussendo attorno all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 35 ss.; P. ICHINO, *La stabilità del lavoro e il valore dell'eguaglianza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 7; M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Torino, 2007; L. NOGLER, *Licenziamenti individuali e principi costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 593. Da ultimo, O. MAZZOTTA, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milano, 2023.

² La reintegrazione per i datori che occupano più di quindici dipendenti nell'unità produttiva o nello stesso comune è stato dichiarato costituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenze nn. 55/1974, 2/1986 e 44/1996. Per la legittimità della riduzione della soglia necessaria per le imprese agricole cfr. Corte Cost. n. 152/1975. Per la nozione di unità produttiva cfr. Corte Cost. nn. 55/1974, 152/1975; Cass., Sez. Un., n. 5058/1978; Cass. nn. 2199/1975, 2691/1977, 157/1984, 354/1984, 5852/1987, 7386/1991, 6413/1993, 19837/2004, 17845/2011, 21714/2012, 15211/2016.

³ Prima della legge n. 108 del 1990 l'art. 18 non si applicava ai datori non imprenditori e la Corte Costituzionale con sentenze n. 189/1975 e n. 2/1986 aveva dichiarato costituzionale questa esclusione.

La reintegrazione nel posto di lavoro è prevista: per il licenziamento inefficace, ossia quello intimato in forma orale o senza motivazione; per il licenziamento annullabile in quanto privo di giusta causa e di giustificato motivo; per il licenziamento nullo intimato per ragioni discriminatorie.

Il datore di lavoro è condannato anche a un'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione dal giorno del licenziamento sino a quella della effettiva reintegrazione e comunque non inferiore a cinque mensilità (comma 4)⁴.

Il lavoratore ha facoltà di chiedere al datore in sostituzione della reintegrazione un'indennità pari a quindici mensilità (comma 5)⁵.

E, rimasto così formulato per quarantadue anni, l'art. 18 è valso a dare effettività alla possibilità di contrastare in termini reali, con il ritorno alla funzionalità del rapporto anche "*invito domino*", quel potere definitivo del datore di lavoro di addivenire al recesso unilaterale dal rapporto, superando il vaglio di costituzionalità numerose volte sollecitato ed uscendone, anzi, accreditato di una intrinseca "*vis expansiva*", che lo rendeva ideale presidio in ogni situazione di abuso di quel potere e, emancipando il lavoratore dal "*metus*" di una tale reazione a fronte dell'esercizio dei propri diritti, "*madre di tutte le tutele*"⁶.

Non a caso l'accesso all'area della stabilità reale è stata domanda insistentemente riversata nelle aule giudiziarie sin dai tempi in cui, nella seconda metà degli anni '70 del secolo scorso, la terziarizzazione dell'economia aveva sospinto verso una flessibilizzazione del modello social-tipico del rapporto di lavoro – a tempo indeterminato, pieno e appunto stabile – sfociata nella sua, via via più accentuata, articolazione tipologica, dando così vita ad un intenso contenzioso sulla qualificazione del rapporto.

L'art. 18 è così venuto a porsi come "*la disposizione più importante e più discussa della storia postcostituzionale della legislazione del lavoro*"⁷ e intorno ad essa e alla sua valenza simbolica si sono consumati i più aspri contrasti politici, giudiziari e dottrinali.

La contrapposizione era radicale, come riflessa nelle cinque iniziative referendarie, tutte, salvo quella del 1989, rimaste senza esito, tra chi mirava all'estensione *erga omnes* della misura sanzionatoria e chi ne sollecitava, al contrario, la cancella-

⁴ Questa indennità deve essere corrisposta comunque in quanto il lavoratore non doveva provare nulla: Corte Cost. n. 2/1986; Cass., Sez. Un., nn. 2762/1985, 3455/1990. L'eventuale *aliunde perceptum* si detrae dalla indennità: Cass., Sez. Un., nn. 2762/1985, 3455/1990. Ed anche l'eventuale *aliunde percipiendum* si detrae dall'indennità: Cass. nn. 1208/1980, 305/1985, 4782/1985, 12498/1992, 5655/2004, 17157/2006, 24886/2006.

⁵ L'indennità sostitutiva della reintegrazione è stata qualificata come obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore lavoratore: Corte Cost. nn. 81/1992, 291/1996; Cass. nn. 13047/1995, 7581/1997, 10283/1998, 8015/2000, 15898/2005, 27205/2011.

⁶ Vedi M. NAPOLI, *op. ult. cit.*

⁷ Così M. D'ANTONA, *op. cit.*, p. 2

zione in una duplice prospettiva: o del sostegno e dell'incentivazione dell'occupazione regolare e delle assunzioni a tempo indeterminato – rielaborata in sede legislativa in chiave di deroga all'art. 18, nel quadro dei “contratti di prossimità” di cui al d.l. n. 138/2011 convertito in legge n. 148/2011 – o della deflazione del contenzioso del lavoro, in particolare in termini di sottrazione al giudice di spazi di discrezionalità nella valutazione delle norme a precetto generico che definiscono gli ambiti di legittimità del recesso, perseguita in sede legislativa con la legge n. 183/2010.

2. La riforma conclamata

2.1 L'art. 18 Stat. lav. nuovo testo

E questa logica ha finito per prevalere determinando, nell'ultimo decennio, una riduzione progressiva dello spazio applicativo della tutela reale suscitando un notevole dibattito dottrinale⁸.

Innanzitutto, con la legge n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero) il legislatore addiuviene ad una “*riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*” che si propone di “*realizzare un mercato di lavoro inclusivo e dinamico in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento, favorendo l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato*”.

Di qui la modifica del testo dell'art. 18 Stat. lav. ad iniziare dalla stessa rubrica, che in origine formulata “Reintegrazione nel posto di lavoro” ora recita “Tutela del

⁸ *Ex multis*, cfr. F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 2, p. 287; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2012, p. 415 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012; C. PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in questa *Rivista*, 2012, 10, p. 745 ss. e più di recente *Id.*, *Dubbi (infondati) sull'insussistenza qualificata*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, pp. 868-9; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 1, 2013, p. 1 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 2013, p. 231 ss.; C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, p. 79; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 612 ss.; M. PERSIANI, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazione delle tutele*, in S. BRUSATI-E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Quad. arg. dir. lav.*, 12, 2014, p. 18; S. GIUBBONI, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Torino, 2020.

lavoratore in caso di licenziamento illegittimo”, a riflettere icasticamente il non essere più la reintegrazione nel posto di lavoro la sola tutela e, anzi, il suo scadere a tutela residuale a fronte della monetizzazione e così del venir meno del carattere reale della stabilità.

Viene infatti prevista l’applicazione generale di una tutela indennitaria, salvo quanto diversamente disposto.

Alla luce di tale intervento legislativo, la reintegrazione nel posto di lavoro esiste solo per i seguenti casi: a) licenziamento nullo perché discriminatorio, perché viola le norme per il matrimonio o per la maternità o paternità, perché determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell’art. 1345 c.c., perché riconducibile ad altri casi di nullità, perché intimato in forma orale (comma 1); b) licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo per insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra tra le condotte punibili con sanzioni conservative previste dal contratto collettivo (comma 4); c) licenziamento per inidoneità fisica/psichica o per mancato decorso del periodo di comporta di malattia o, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per “manifesta” insussistenza del fatto posto a base del licenziamento il giudice “può” reintegrare (comma 7).

Con la legge n. 92/2012, art. 1, commi 47-69, è stato introdotto un rito speciale⁹ per le cause fondate sull’art. 18 Stat. lav. o su identici fatti costitutivi (rito poi abrogato per i nuovi assunti dal d.lgs. n. 23/2015 e per tutti dall’art. 37 del d.lgs. n. 149/2022 a far data dal marzo 2023¹⁰). Il giudizio di primo grado davanti al Tribunale è composto dalla fase sommaria che si conclude con un’ordinanza e dalla fase di opposizione alla predetta ordinanza che si conclude con una sentenza reclamabile presso la Corte d’Appello e la sentenza della Corte territoriale è impugnabile con ricorso in cassazione¹¹.

⁹Sul c.d. Rito Fomero, cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., p. 72; A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. MAGNANI-M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012, p. 309 ss.; L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra agonie e speranze*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, n. 452, 2022. A.D. DE SANTIS, *Le controversie sui licenziamenti*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di G. COSTANTINO, Bari, 2022, p. 209 ss.

¹⁰Il processo del lavoro resterà dunque disciplinato dagli artt. 409 ss. del codice di procedura civile (libro II, titolo IV) con una sezione ad hoc per le cause instaurate per impugnare i licenziamenti: si tratta del nuovo Capo I-bis, Libro II, titolo IV, del c.p.c. “Delle controversie relative ai licenziamenti”. Più in particolare, viene introdotto il nuovo art. 441-bis che prevede che la trattazione e decisione delle controversie sull’impugnazione dei licenziamenti con domanda di reintegrazione – anche aventi ad oggetto questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro – avranno priorità rispetto alle altre cause.

¹¹La domanda subordinata proposta ai sensi dell’art. 8 legge n. 604/1966 è fondata su identici fatti costitutivi: Cass. n. 12094/2016. Sono comprese nel rito speciale le questioni relative alla titolarità e alla qualificazione del rapporto, compresa anche l’interposizione illecita: Cass. nn. 17775/2016, 2303/2018, 186/2019, 29889/2019. Le domande subordinate per l’indennità sostitutiva del preavviso e per il t.f.r. sono ammissibili in quanto fondate su identici fatti costitutivi: Cass. n. 17091/2016.

2.2. L'art. 2 d.lgs. n. 23/2015

Ma il legislatore è andato oltre giungendo, a seguito dell'emanazione del decreto legislativo n. 23/2015 attuativo del Jobs Act, frutto della delega al Governo Renzi per una ulteriore riforma del mercato del lavoro, a sostituire l'art. 18 pur riformulato con una nuova disciplina applicabile solo ai lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del predetto decreto (art. 1) ossia dopo il 7 marzo 2015¹².

L'art. 2 è molto simile ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 18 Stat. lav. nuovo testo, in quanto la reintegrazione nel posto di lavoro e un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione per il periodo da giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione dedotto quanto percepito e comunque non inferiore a cinque mensilità (commi 1 e 2)¹³ è prevista per il licenziamento nullo perché discriminatorio ovvero perché viziato da ogni altro caso di nullità "espressamente" previsti dalla legge o perché intimato in forma orale. Tuttavia, l'ipotesi di altri casi di nullità previsti dalla legge qui riformulata con l'aggiunta dell'avverbio "espressamente" ha creato dubbi interpretativi in quanto letta in modo da risultare idonea ad espungere le ipotesi contemplate dal comma 1 del novellato art. 18 Stat. lav. e così tanto il licenziamento intimato per motivo illecito unico e determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. quanto quello in frode alla legge¹⁴.

L'ordinanza conclusiva della fase sommaria è suscettibile di passare in giudicato: Cass., Sez. Un., n. 17443/2014. Il giudice della fase sommaria può essere lo stesso della fase di opposizione: Corte Cost. n. 78/2015. Nella fase di opposizione le parti con il primo scritto difensivo possono allegare fatti nuovi, proporre nuove eccezioni e nuove richieste di prova: Cass. nn. 25046/2015, 16897/2016.

¹² *Ex plurimis*, cfr. G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI-C. PISANI-G. PROIA-A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015, pp. 56-57; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, 2015; M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, Adapt, n. 46, 2015, p. 2; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in G. FERRARO, (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, Padova, 2015, p. 113 ss.; D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, in E. GHERA-D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act*, Bari, 2015, p. 59 ss.; C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n. 2, pp. 298-299.

¹³ In generale sul regime sanzionatorio, v. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, n.2, p. 321; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI-C. PISANI-G. PROIA-A. VALLEBONA, *op. cit.*, p. 22.

¹⁴ Condivisibilmente, secondo VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., p. 607 "le differenze tra l'art. 18 c. 1-3 Stat. lav. e l'art 2 del suddetto decreto sono quasi inesistenti. Infatti i licenziamenti per motivo illecito, per matrimonio e per maternità, sono compresi nella nozione di licenziamento nullo. Mentre la eliminazione del licenziamento nullo dei dirigenti appare una mera dimenticanza, imputabile al campo di applicazione generale definito dall'art. 1 («operai, impiegati e quadri») poiché la legge non ha mai tutelato il licenziamento dei dirigenti salvo il caso della nullità dello stesso". V. anche

Infine, l'art. 2, al comma 3, prevede anche che il lavoratore ha facoltà di chiedere al datore in sostituzione della reintegrazione un'indennità pari a quindici mensilità.

2.3. L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015

L'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 solo in caso di “insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore” prevede la reintegrazione nel posto di lavoro e un'indennità risarcitoria per il periodo dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione dedotto il percepito e il *percipiendum* e comunque non inferiore a dodici mensilità, come prevede anche l'art. 18 Stat. lav. nuovo testo nel comma 4.

Pertanto per i c.d. nuovi assunti è stata abolita la reintegrazione per il licenziamento disciplinare se il fatto contestato è punito con sanzione conservativa (art. 18, comma 4, Stat. lav. nuovo testo)¹⁵ e per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo se il fatto posto a base del licenziamento è insussistente (art. 18, comma 7, Stat. lav. nuovo testo)¹⁶.

C. PISANI, *Norme fondamentali commentate di diritto del lavoratori*, Torino, 2020, pp. 123-124 per il quale “l'interpretazione più fedele al dato normativo sembra essere quella per cui il legislatore, con l'inserimento dell'avverbio “espressamente” ha voluto in realtà circoscrivere il campo di applicazione della tutela reale piena alle sole ipotesi di nullità testuali e non anche a quelle di nullità virtuale, ovvero a quelle che vengono ricavate in via interpretativa, come ad esempio l'abuso del diritto”. Anche in giurisprudenza, Cass. n. 9530/2023 ha ritenuto far rientrare nella previsione legislativa, e così applicabile la reintegrazione “piena”, ipotesi ulteriori come il caso del licenziamento illegittimo per mancato superamento del periodo di comporto per poi determinarsi a sollevare sul punto questione di legittimità costituzionale (vedi *infra* nel testo).

¹⁵ Sul punto, v. G. PROIA, *Il regime delle tutele e i licenziamenti disciplinari: lo stato della giurisprudenza e osservazioni a margine*, in questa *Rivista*, 2019, p. 127; F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 73 ss.

¹⁶ “Il legislatore del 2015, adottando la scelta costituzionalmente compatibile di rendere residuale il campo di applicazione della tutela reale, ha inteso abbandonare la concezione proprietaria del posto di lavoro in favore di un sistema organico di tutela del lavoratore sul mercato del lavoro, secondo l'idea unieuropea di *flexicurity*”, così G. PROIA, *Sulla questione di costituzionalità del contratto a tutele crescenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, n. 4, II, p. 780 ss.; C. CESTER, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in F. CARINCI-C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, cit., p. 94 ss.; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piovve: a proposito della legittimità costituzionale del “Jobs Act”*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, n. 4-5, p. 1039 ss.; D. GAROFALO, *I licenziamenti economici tra scelte legislative e incursioni ideologiche*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, p. 1 ss.

3. La controriforma strisciante

Ma la sancita residualità della reintegrazione nel posto di lavoro non ha mai persuaso.

Dapprima la giurisprudenza, da subito determinatasi a rileggere la locuzione “fatto materiale contestato” in termini tali per cui, ai fini di escludere, in caso di licenziamento disciplinare illegittimo, la reintegrazione nel posto di lavoro, non sarebbe sufficiente l’aver il lavoratore effettivamente tenuto la condotta contestata, rilevando, al contrario, la valenza giuridica della condotta quale inadempimento degli obblighi contrattuali.

Poi lo stesso legislatore che, tuttavia, sebbene si fosse ripromesso di “rottamare” il *Jobs Act* ripristinando l’art. 18 nella sua formulazione originaria, con l’emanazione del c.d. “Decreto dignità”, non andava oltre un ritocco al rialzo delle soglie (la minima, passata da quattro mensilità a sei e la massima, a sua volta, da ventiquattro a trentasei mensilità) entro cui doveva essere contenuta la medesima indennità risarcitoria prevista dal *Jobs Act* in luogo della reintegrazione.

Restava così impregiudicato l’impianto su cui il legislatore del *Jobs Act* aveva costruito la nuova misura meramente risarcitorio-compensativa, modulandola esclusivamente in relazione all’anzianità di servizio, secondo il noto schema a tutele crescenti, che vedeva riconosciute due mensilità per ogni anno di anzianità fino al dodicesimo anno, fermo l’importo minimo di quattro mensilità, ove anche non fosse stata raggiunta la durata annuale del rapporto. E ciò al fine di garantire, con la predeterminazione del *quantum* del risarcimento dovuto – così sottratto al prudente apprezzamento del giudice, cui, viceversa, lo rimetteva la legge n. 92/2012 – la calcolabilità da parte del soggetto datore dell’alea dell’eventuale azione impugnatoria promossa dal lavoratore.

Quell’impostazione, rettificata in sede legislativa solo nel suo aspetto quantitativo, viene radicalmente sconfessata dalla Corte Costituzionale che con la sentenza n. 194, resa in data 26 settembre 2018 e pubblicata il successivo 8 novembre¹⁷, appro-

¹⁷ Tra i tanti si vedano: A. VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, in questa *Rivista*, 2018, p. 251 ss.; A. BELLAVISTA, *Discutendo con Carlo Cester su alcuni profili delle tutele contro i licenziamenti illegittimi dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale*, in M. TREMOLADA-A. TOPO (a cura di), *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell’impresa. Liber amicorum Carlo Cester*, Bari, 2019, p. 957; M.V. BALLESTRERO, *La corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015. Ma crescono davvero le tutele dopo l’intervento della Corte?*, in *Lav. dir.*, 2019, 2, p. 243; E. BALLETTI, *Tecniche sanzionatorie e rimedi risarcitori nei rapporti di lavoro*, cit.; F. CARINCI, *All’indomani della Corte Cost. n. 194/2018*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, p. 477; R. DE LUCA TAMAJO, *la sentenza della Corte Costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell’indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *Dir. merc. lav.*, 2018, 3, p. 63; P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l’indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 1050; M.T. CARINCI, *La Corte Costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act. una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, p. 1059; G. FONTANA, *La Corte Costituzionale e il de-*

dava alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 limitatamente alle parole “di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”¹⁸.

E ciò tenuto conto dei parametri con riguardo ai quali la Corte Costituzionale è pervenuta a tale dispositivo, dati dagli artt. 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost. nonché dagli artt. 76 e 117, comma 1, Cost., questi ultimi in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea e dell'estensione della declaratoria di incostituzionalità all'art. 3, comma 1, del d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2018, n. 96, intervenuto a novellare l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015, con esclusivo riferimento alle soglie, minima e massima, dell'indennità risarcitoria originariamente prevista.

In effetti, considerate le disposizioni censurate ed i parametri valutativi a quei fini assunti come rilevanti, è agevole desumere come la Corte Costituzionale abbia inteso sconfessare l'opzione, per la prima volta accolta nel nostro ordinamento dal *Jobs Act*, di strutturare la misura risarcitorio-compensativa – introdotta a soppiantare quasi integralmente la reintegrazione nel posto di lavoro e la tutela reale del medesimo che la stessa garantiva e, perciò, tale da implicare, anche a fronte dell'illegittimo esercizio del potere datoriale di recesso, la cessazione del rapporto di lavoro – ancorandola ad un unico parametro oggettivo, dato appunto dall'anzianità di servizio, tale da escludere ogni possibilità di personalizzazione del risarcimento spettante.

A ciò si volge, apprezzabilmente nella sua funzione di presidio dei principi costituzionali, il Giudice delle leggi, recuperando l'originaria impostazione concettuale, che aveva segnato l'evoluzione della legislazione lavoristica postcostituzionale, orientata all'obiettivo della stabilità del rapporto.

È appunto da questo concetto che la Corte Costituzionale muove nel motivare la

creto n. 23/2015: one step forward two step back, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, n. 382/2018; A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la Corte Cost. 194/2018*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 228; P. PASSALACQUA, *La tutela contro il licenziamento nelle piccole imprese dopo Corte Cost. n. 194/2018 tra ius conditum e ius condendum*, in questa *Rivista*, 2019, p. 861 ss.; G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti illegittimi dopo le pronunce della Corte Costituzionale*, in questa *Rivista*, 2018, p. 197 ss.; G. SIGILLÒ MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della Corte Costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, in questa *Rivista*, 2018, p. 213 ss.; R. SANTUCCI, *La questione della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale: un ulteriore colpo per un'emarginazione discutibile*, in questa *Rivista*, 2019, 2; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento “de-costituzionalizzato”: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina ma non architetta*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 1, p. 277.

¹⁸ Secondo A. VALLEBONA, *Breve storia delle tutele per il licenziamento ingiustificato*, in questa *Rivista*, 2020, p. 194, “la sentenza è gravemente erronea quando afferma che è “ragionevole” la differenza di trattamento a sfavore dei nuovi assunti perché è “diretta a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato”, senza capire che, dopo il decreto dignità del 2018 emanato prima della sentenza, sono sfavoriti i vecchi assunti la cui indennità massima è di 24 mensilità, mentre per i nuovi assunti è di 36 mensilità”.

propria decisione, tuttavia aggiornandolo in una prospettiva puramente finalistica, che vale ad emanciparlo dal suo porsi quale predicato di un rapporto assistito da tutela reale, così come si era tradizionalmente configurato, per assumerlo quale sintesi terminologica dei limiti posti dall'ordinamento al potere datoriale di recesso, nel senso cioè della sua valenza rappresentativa dell'idoneità di quei limiti a circoscrivere quel potere che sulla base degli stessi ne definisce il legittimo esercizio.

E di questo concetto così aggiornato la Corte Costituzionale si serve per ricondurre il tema della sanzione avverso il licenziamento illegittimo, a prescindere dalla misura in concreto adottata e dalla sua efficacia, reale od obbligatoria, al fondamento stesso del diritto del lavoro, dato dall'intervento correttivo dello squilibrio che, di fatto, caratterizza la posizione delle parti nel rapporto. Ed anzi riconoscendo al tema medesimo, a questi fini, un'assoluta centralità, per porsi, a sua volta, quella sanzione a presidio dello spazio, correlativo all'operare di quei vincoli al legittimo esercizio del potere di recesso, di libera esplicazione, da parte del lavoratore, dei diritti derivanti dal contratto e, in crescendo, dei diritti di libertà e, più in generale, dei diritti fondamentali della persona, secondo una linea ideale, che, nel testo costituzionale, procede dall'art. 35 all'art. 4, in funzione dell'inveramento dei diritti di cittadinanza di cui agli artt. 1, 2 e 3 Cost.

In questo quadro si comprende il rilievo essenziale attribuito dalla Corte Costituzionale alla capacità dissuasiva della tutela apprestata a garanzia di quei limiti, che richiede debba connotare la misura a tal fine adottata, ancorché questa rivesta natura meramente risarcitorio-compositiva, richiamandosi al disposto dell'art. 24 della Carta sociale europea, riguardata come norma interposta rispetto agli artt. 76 e 117, comma 1, Cost., che assume il carattere della dissuasività quale connotato proprio della misura risarcitoria in una con l'idoneità della stessa a consentire il ristoro del concreto pregiudizio sofferto dal lavoratore.

Ancora una volta ciò che rileva nel ragionamento della Corte Costituzionale è l'equilibrio nella posizione delle parti, il bilanciamento tra le esigenze dell'organizzazione e l'interesse del lavoratore all'occupazione. In sintesi, l'equivalenza effettiva del sacrificio del posto di lavoro, imposto al lavoratore in conseguenza dell'applicazione di una tutela per equivalente e l'onere economico che, in relazione ad esso, venga a gravare sul datore di lavoro.

4. La controriforma realizzata

4.1. Nel lavoro privato...

Ma il superamento della disciplina posta dal *Jobs Act* e della stessa logica a quello sottesa diviene di lì a poco definitivo.

La Corte di Cassazione si è incaricata di recuperare l'ipotesi di ricomprensione della condotta invocata quale causa giustificativa dell'intimato licenziamento disciplinare nella casistica individuata in sede collettiva come punibile con una sanzione meramente conservativa, ipotesi considerata ai fini dell'applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro dalla legge n. 92/2012 e, viceversa, espunta dall'art. 3 d.lgs. n. 23/2015, ovviamente nei limiti della sua ordinaria funzione nomofilattica. A partire dall'ordinanza interlocutoria 27 maggio 2021, n. 14777, la Cassazione, cambiando il suo precedente orientamento¹⁹, si è infatti pronunciata per l'ammissibilità, ai predetti fini, della sussunzione per via interpretativa nelle clausole a precepto generico recanti la comminazione di sanzioni conservative contenute nei codici disciplinari dei contratti collettivi di condotte disciplinarmente rilevanti ivi non espressamente contemplate²⁰.

¹⁹ In un primo momento la giurisprudenza ha ritenuto l'accesso alla tutela reintegratoria limitato alle tipizzazioni esplicite da parte del contratto collettivo della sanzione conservativa e subordinato ad una valutazione *ex ante* di proporzionalità tra sanzione conservativa e fatto in addebito tipizzata dalla contrattazione collettiva. Così, in tutti i casi in cui il CCNL conteneva clausole generiche o elastiche, rimettendo al giudice la valutazione *ex post* di una simile proporzionalità, il lavoratore aveva diritto solo alla tutela indennitaria c.d. "forte" di cui al comma 5 dell'art. 18 Stat. lav. con conseguente graduazione della sanzione entro i limiti minimo e massimo ivi previsti (Cass. n. 25534/2018, Cass. n. 12365/2019, Cass. n. 13533/2019, Cass. n. 14248/2019; Cass. n. 21628/2019; Cass. n. 26764/2019, Cass. n. 31529/2019, Cass. n. 14500/2019, Cass. n. 31839/2019, Cass. n. 19578/2019, Cass. n. 1891/2020, Cass. n. 2238/2020; Cass. n. 8621/2020, Cass. n. 11701/2020, Cass. n.16786/2020). V. G. PROIA, *Il regime di tutele e i licenziamenti disciplinari: lo stato della giurisprudenza e osservazioni a margine*, in questa *Rivista*, 2019, p. 128; R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, II, p. 507 ss.

²⁰ La tipizzazione favorevole al lavoratore vincola il giudice per espressa volontà di legge: Cass. nn. 13787/2016, 2288/2019, 36729/2021, 13774/2022. La recente giurisprudenza (Cass. n. 12789/2021, Cass. nn. 13063, 13064, 13065/2022, Cass. n. 11665/2022, Cass. n. 12745/2022, Cass. n. 13774/2022, Cass. n. 19585/2021, Cass. n. 20682/2022, Cass. n. 20780/2022) ritiene di applicare la reintegra di cui al comma 4 anche se il fatto contestato non sia riconducibile agli illeciti tipizzati con sanzione conservativa dal contratto collettivo bensì la condotta sia punita con una sanzione conservativa espressa solo attraverso una clausola generale o elastica (che altro non sono che clausole contenenti previsioni generiche con formule quali, ad esempio, "lieve irregolarità nell'adempimento", "esecuzione del lavoro senza una necessaria diligenza", o "esecuzione con negligenza grave, v. G. PROIA, *La 'riespansione' della tutela reintegratoria*, in *Modulo24 Contenzioso Lavoro*, 29 aprile 2022, n. 2, pp. 3-5). È, pertanto, consentita al giudice la sussunzione della condotta addebitata al lavoratore ed in concreto accertata giudizialmente nella previsione contrattuale che punisca l'illecito con sanzione conservativa anche laddove tale previsione sia espressa attraverso clausole generali o elastiche. Da qui, secondo tale impostazione, la facoltà per il giudice di procedere ad un'interpretazione ed applicazione giudiziale "estensiva" (*recitius*: creativa) delle clausole generali ed elastiche con una conseguente riapertura, con ampia discrezionalità del magistrato, alla tutela reintegratoria, qual era quella preesistente alla riforma Fornero. Cfr. C. PISANI, *La sanzione conservativa non tipizzata e la reintegrazione: quando l'"intenzione" del giudice prevale sull'"intenzione" del legislatore*, in questa *Rivista*, 4, 2022, p. 839 ss., il quale critica tale orientamento ritenendolo non conforme alle finalità del legislatore; secondo A. MARESCA, *Licenziamento disciplinare e reintegrazione: l'irresistibile attrazione del giudice per la valutazione della proporziona-*

Dal canto suo la Corte Costituzionale ha provveduto a smantellare l'impianto sanzionatorio apprestato dalla legge Monti-Fornero a fronte dell'illegittimità dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

In un primo tempo, con la sentenza del 7 aprile 2021, n. 59 il Giudice delle leggi è addivenuto a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), della legge 28 giugno 2012, n. 92 nella parte in cui prevedeva che il giudice, quando avesse accertato la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo "può altresì applicare" – invece che "applica altresì" – la disciplina di cui al medesimo art. 18, comma 4, così sancendo l'obbligatorietà, per il giudice, dell'applicazione nell'ipotesi considerata (all'epoca l'accertata "manifesta" insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo) della sanzione della reintegrazione attenuata²¹.

lità del licenziamento, in *Lav. dir. eur.*, 2, 2023, "l'operazione ermeneutica della sussunzione evocata dall'art. 18, co. 4 implica indefettibilmente ed è, quindi, praticabile soltanto quando la condotta posta in essere dal lavoratore ed a lui contestata dal datore di lavoro è riconducibile all'interno delle previsioni del codice disciplinare che selezionano le infrazioni in astratto punibili per correrle alle sanzioni ad esse applicabili– La sussunzione, quindi, non risulta praticabile in mancanza del presupposto su cui si fonda: l'avvenuta individuazione nel codice disciplinare dell'infrazione punibile con la sanzione conservativa, nella quale ricondurre il fatto oggetto della contestazione"; A. CONTI, *Il revirement della Cassazione in punto di interpretazione dell'art. 18, comma 4, dello Statuto dei lavoratori post riforma 2012*, in questa *Rivista*, 3, 2022, p. 523, che svolge una puntuale ricostruzione critica del recente orientamento giurisprudenziale; P. FERRARI, *Licenziamento disciplinare, reintegrazione e tipizzazione collettiva anche in presenza di clausole generali*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, p. 912 ss.; M. MARAZZA, *La nuova meccanica della sanzione della reintegrazione (l'art. 18, comma 4, legge n. 300 del 1970 dopo Cass. n. 11665/2022)*, in *Giustiziacivile.com*, n. 7/2022. In senso adesivo, cfr. S. GIUBBONI, *Licenziamento disciplinare e sindacato di proporzionalità nella giurisprudenza di legittimità*, in *Lav. dir. eur.*, 2, 2023 per il quale "il giudice non compirebbe un'autonoma valutazione di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto, ma una mera operazione di interpretazione del contratto collettivo e di applicazione della relativa clausola alla fattispecie concreta, sicché rimarrebbe comunque nell'ambito di quella che è stata perspicuamente definita la "proporzionalità sociale" (B. CARUSO, *Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione? La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle decisioni della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, I, p. 304) valutabile *ex ante* alla stregua delle previsioni del contratto collettivo applicabile (seppure espresse nella forma della clausola generale ed elastica), e non della "proporzionalità legale", riempibile di contenuto solo *ex post* in applicazione del canone espresso dall'art. 2106 c.c.; V. SPEZIALE, *La tutela reale nel caso di licenziamento ingiustificato per comportamenti per i quali il contratto collettivo prevede sanzioni conservative*, in *Riv. giur. lav.*, 2022, n. 3, II, p. 262 ss.; V. FERRANTE, *Ancora in tema di licenziamento disciplinare: l'irresistibile pervasività della condanna alla reintegra mette in scacco il legislatore*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, p. 1097 ss.

²¹ In senso conforme Cass. n. 16975/2022 e Cass. n. 17176/2022 e Cass. n. 37949/2022 e già prima Cass. nn. 17528/2017, 7167/2019 affermano che se il fatto è inesistente il giudice deve reintegrare. In dottrina, cfr. C. PISANI, *La riforma dei regimi sanzionatori del licenziamento per mano della Consulta*, in *Dir. rel. ind.*, 2022, p. 522 ss. secondo il quale vi è una differenza "ontologica" tra licenziamento disciplinare e quello per esigenze aziendali che la Corte non ha valutato, eliminando la parola "può" e

In un secondo tempo, con la sentenza del 19 maggio 2022, n. 125, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), della legge 28 giugno 2012, n. 92, limitatamente alla parola "manifesta"²², così venendo a modificare, con una sentenza manipolativa a carattere ablativo

la relativa discrezionalità del giudice (diventata questa volta intrinsecamente irrazionale) la Consulta ha affermato una sua supremazia sul legislatore; A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento per g.m.o. dopo Corte Costituzionale n. 59/21*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2021, p. 187 ss.; A. PRETEROTI, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 59/2021 sull'art. 18 St. lav.: una questione di (inaccettabile) discrezionalità*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2021, p. 1 ss.; G. PELLACANI, *Licenziamento per motivi economici illegittimo, "manifesta insussistenza" e reintegrazione nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: il legislatore scrive "può"*, la Corte Costituzionale sostituisce con "deve", in *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona".IT* – 436/2021, 10; ID., *Le tecniche di tutela nell'età della giurisdizione*, Relazione Aidlass 2022, Torino, spec. 34 ss.; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 st. lav. ratio ed aporie dei concetti normative*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5, p. 800; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 59/2021*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 247; ID., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, p. 563; M. MAGNANI, *Il terribile diritto. Riflessioni sull'attuale regime del licenziamento tra giurisprudenza e legislatore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, p. 169 ss.; R. DEL PUNTA, *Genesi e destini della riforma dell'art. 18*, in *Lav. dir. eur.*, 2, 2022, p. 10.

²²La Corte Costituzionale n. 125/2022 ha dichiarato incostituzionale la parola "manifesta" in quanto lesiva del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost. con il licenziamento disciplinare in cui la predetta parola non c'è (comma 4, art. 18 Stat. lav.) con la conseguenza che ora la "mera sussistenza" delle ragioni determina ormai l'applicazione della tutela reale. La Consulta ha di fatto abolito il regime di tutela indennitaria previsto dal nuovo art. 18 per il giustificato motivo oggettivo di licenziamento ripristinando la tutela reintegratoria generalizzata in relazione alla modalità-motivazione tipica e più diffusa di tale licenziamento, e cioè quella per soppressione del posto. Sembra, quindi, ormai ammettere un solo caso residuo di applicazione della tutela indennitaria ex comma 5, art. 18 Stat. lav. per "mancato rispetto della buona fede e della correttezza che presidiano alla scelta dei lavoratori da licenziare, quando questi appartengono a personale omogeneo e fungibile". Già prima della Consulta si era pronunciata la Cassazione (Cass. n. 14021/2016, Cass. n. 331/2018, Cass. n. 1633/2018, Cass. n. 19732/2018, Cass. n. 181/2019 e Cass. n. 7471/2020 secondo cui se l'inesistenza del fatto non è "manifesta" si deve applicare la tutela indennitaria e non quella reale). Quindi la reintegrazione si presenta come la conseguenza necessaria e costituzionalmente obbligata della insussistenza del fatto di ogni tipo di licenziamento" così C. PISANI, *La Corte Costituzionale elimina il regime di tutela indennitaria previsto dall'art.18 per il motivo oggettivo di licenziamento da soppressione del posto*, in *Arg. dir. lav.*, 2022, n. 4, pp. 721-732. Sul tema, cfr. N. DE MARINIS, *Il regime sanzionatorio del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo Corte Cost. 19.5.2022 n. 125*, in *Lav. dir. eur.*, 2022, n. 3; E. GHERA, *Le tre sentenze della Corte Costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2022, p. 3 ss.; A. PRETEROTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte Costituzionale: nuove soluzioni (applicative) generano nuovi problemi (di sistema)*, in *Lav. dir. eur.*, 3, 2022; V. FERRANTE, *Non c'è alternativa alla reintegra, in caso di manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, p. 509 ss.; V. SPEZIALE, *La illegittimità costituzionale della insussistenza "manifesta" del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Riv. giur. lav.*, n. 4, 2022, II; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: le tutele all'esito delle pronunce di illegittimità costituzionale*, in *Lav. dir. eur.*, n. 2, 2023; da ultimo, R. DE LUCA TAMAJOO, *Il licenziamento per giustificato*

vo, implicante la cancellazione di singole parole contenute nel testo, il contenuto della disposizione predetta introdotta a seguito della riforma Monti-Fornero nella parte in cui prevedeva che affinché trovasse applicazione il regime sanzionatorio della reintegra attenuata di cui al comma 4 del novellato art. 18, in luogo dell'indennità risarcitoria prevista dal successivo comma 5, sia necessario un *quid pluris* dato dalla dimostrazione dell'essere l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, appunto "manifesta"²³.

Anche nella decisione in parola l'illegittimità costituzionale della disposizione è dichiarata per contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza-ragionevolezza, cui il Giudice delle leggi, espressamente richiamandosi alla precedente decisione n. 59/2021, afferma essere il legislatore tenuto, nonostante il ribadito orientamento per cui l'attuazione del diritto "a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente" è stata ricondotta nell'alveo delle valutazioni discrezionali del legislatore, quanto alla scelta dei tempi e dei modi della tutela, anche in ragione della diversa gravità dei vizi e di altri elementi oggettivamente apprezzabili, come, per esempio, le dimensioni dell'impresa, fermo restando che la reintegrazione non rappresenta "l'unico possibile paradigma attuativo" dei principi costituzionali²⁴.

Sennonché vi è un vizio logico nella trasposizione da una decisione all'altra delle medesime argomentazioni: se l'interpretazione del "può" in termini di obbligatorietà dell'applicazione della reintegrazione trova giustificazione nell'originaria formulazione della disposizione – che, non essendo investita dell'eccezione di incostituzionalità nella parte recante il riferimento al termine "manifesta", aveva riguardo appunto alla manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e, così, ad ipotesi di ingiustificatezza aggravata del licenziamento, legittimanti pertanto, l'applicazione della sanzione massima, – l'espunzione dal testo della disposizione del termine "manifesta", che riflette la negazione dell'articolazione delle fattispecie invocate a giustificazione del licenziamento secondo il criterio della gravità connes-

*motivo oggettivo nel diritto "vivente", in Lav. dir. eur., n. 2, 2023, p. 6, per il quale il mancato *repechage* si colloca "tra 'gli altri casi' di carenza di g.m.o. (quelli che danno luogo a una sanzione indennitaria)" e non costituisce "una ipotesi di 'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento'"; di diverso avviso A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento e le Alte Corti*, in *Lav. dir. eur.*, 2, 2023, p. 5 per il quale il *repechage* è un "elemento costitutivo e consustanziale nel percorso logico-conoscitivo della ragione (ex art. 3, legge n. 604/66) che fonda il licenziamento".*

²³ La distinzione all'interno della ingiustificatezza passava necessariamente dal suo essere o no "manifesta", concetto riferito ad un evidente e facilmente verificabile assenza del presupposto giustificativo del licenziamento stesso che consente di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso (Cass. n. 2366/2020). La parola "manifesta" significa evidente, palese e facilmente verificabile sul piano probatorio (Cass. n. 181/2019; Cass. n. 7167/2019; Cass. n. 29105/2019; Cass. n. 30070/2019; Cass. n. 6083/2021; Cass. n. 13643/2021; Cass. n. 28174/2021).

²⁴ In questi termini tra le tante Corte Cost. nn. 45/1965, 194/1970, 129/1976, 189/1980, 46/2000, 303/2011.

sa alla loro insussistenza, non è logicamente sostenibile se riferita al “fatto posto a base del licenziamento”.

L’alternativa secca basata sul binomio sussiste/non sussiste, cui la Corte Costituzionale semplicisticamente riconduce il proprio ragionamento, se può valere relativamente alla legittimità del licenziamento – come, al limite, potrebbe sostenersi con riguardo al problema dell’interpretazione del “può, altresì, applicare”, postulando la ricorrenza dell’ipotesi dell’accertata illegittimità del recesso e, così, del non dover essere del licenziamento l’applicazione della reintegrazione – non è certo riferibile al “fatto posto a base del licenziamento”. In tal caso, infatti, è ravvisabile una ulteriore alternativa, data dall’essere il fatto stesso astrattamente riconducibile alle ragioni giustificative indicate dall’art. 3, legge n. 604/1966, ovvero a “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” ma, in concreto, non idoneo a legittimare l’esercizio del potere di recesso. Alternativa data, in altri termini, dalla configurabilità di un atto dell’imprenditore avente natura gestionale – attinente cioè a circostanze riferibili alla produzione e all’andamento economico dell’azienda, come la perdita di valore o di utilità della prestazione del lavoratore, realmente verificabili anteriormente al licenziamento – ma valutato come insuscettibile di giustificare l’assunzione del provvedimento espulsivo²⁵.

Si tratta con tutta evidenza di un’opzione di principio indotta dalla evidente propensione da parte del giudice delle leggi a riguardare “la reintegrazione nel posto di lavoro del dipendente illegittimamente licenziato quale fattispecie tipica e paradigma speciale dell’inefficacia o dell’invalidità dell’atto datoriale”²⁶.

In questa prospettiva la Corte Costituzionale si è espressa, con la sentenza n. 183 del 22 luglio 2022²⁷, emessa dunque sostanzialmente in sequenza con la richiamata sentenza n. 125/2022, nel senso dell’incongruità del regime sanzionatorio previsto dall’art. 9, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 per i licenziamenti illegittimi nelle piccole imprese è ciò sia con riguardo dell’esiguità dell’intervallo tra l’importo minimo e quello massimo dell’indennità stabilita, sia con riguardo all’ulteriore criterio distintivo individuato dal legislatore e dato dal numero degli occupati.

Si afferma, infatti, che il sistema, strutturato su un limite uniforme ed invalicabile di sei mensilità, che si applica ai datori di lavoro imprenditori e non, opera in riferimento ad attività tra loro eterogenee, accomunate dal dato del numero dei dipendenti occupati, sprovvisto di per sé di una significativa valenza, non attua quell’equilibrato componimento tra opposti interessi, che rappresenta la funzione primaria di un’efficace tutela indennitaria contro i licenziamenti illegittimi.

²⁵ In questi termini E. GHERA, *Le tre sentenze*, cit., p. 20.

²⁶ Così G. AMOROSO, *Art. 18 Statuto dei Lavoratori. Una storia lunga oltre cinquant’anni*, Bari, 2022, “Nota conclusiva”, p. 299 ss.

²⁷ Per un commento v. M. DELFINO, *La Corte Costituzionale e il licenziamento illegittimo nelle piccole imprese: una bussola per il legislatore? Nota a C. cost. sent. N. 183/2022*, in *Osserv. cost.*, 2, 2023, p. 1.

L'esito, peraltro, non è andato nell'occasione oltre la declaratoria di inammissibilità della questione sollevata ma soltanto in quanto il *vulnus* riscontrato non poteva trovare rimedio in una pronunzia della Corte non ravvisandosi una soluzione costituzionalmente adeguata che possa orientare l'intervento correttivo e collocarlo entro un perimetro definito, segnato da grandezze già presenti nel sistema normativo e da punti di riferimento univoci.

Secondo la Corte, a fronte della molteplicità delle soluzioni da tratteggiare sulla base di criteri distintivi più duttili e complessi, che non si appiattiscano sul requisito del numero degli occupati e si raccordino alle differenze tra le varie realtà organizzative e ai contesti economici diversificati in cui esse operano, è il legislatore a doversi esprimere scegliendo i criteri più appropriati. Tuttavia, la Corte non si esime dal rinnovare al legislatore il monito per una revisione complessiva della materia che investa sia i criteri distintivi tra i regimi applicabili ai diversi datori di lavoro, sia la funzione dissuasiva dei rimedi previsti per le disparate fattispecie, con avvertenza che l'ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe più tollerabile ed indurrebbe la Corte, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente al di là delle segnalate difficoltà.

Ma il processo di progressiva erosione della novità legislativa non ha conosciuto sosta.

Come già ricordato, la Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 9530/2023, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale del d.lgs. n. 23/2015, art. 2 comma 1, nella parte in cui limita la reintegrazione ai casi di nullità "espressamente previsti dalla legge", in riferimento all'art 76 Cost., e così per contrasto con la relativa legge delega (legge n. 183/2014, comma 7, lett. c, art. 1) che dispone che il legislatore delegato preveda per le nuove assunzioni la limitazione del diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento ingiustificato.

Nella fattispecie concreta, la Corte di merito aveva ritenuto la tutela reintegratoria non applicabile pur a seguito dell'accertamento della nullità del procedimento disciplinare di un lavoratore assunto dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, in quanto la natura della nullità (di protezione) rilevata non è suscettibile di essere ricompresa nei casi di "nullità espressamente previsti dalla legge" di cui all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015.

L'esito probabile è che la Corte Cost. si pronunzierà per l'incostituzionalità della norma intervenendo ancora una volta con una sentenza manipolativa che, eliminando il termine "espressamente", valga a sancire l'applicazione della tutela reale ad ogni ipotesi di nullità.

4.2. ... nel lavoro pubblico. L'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 165/2001

Per i dipendenti pubblici in caso di licenziamento nullo o annullabile è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro. Prima indicata nell'art. 18 Stat. lav. vecchio

testo²⁸ e poi prevista dall'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 come integrato dall'art. 21 del d.lgs. n. 75/2017²⁹. L'unica differenza riguarda l'indennità per il *medio tempore*, che ora non può essere superiore a 24 mensilità, e il richiamo espresso *all'aliunde perceptum*.

Pertanto i dipendenti pubblici sono molto più protetti dei dipendenti privati e quindi non sono afflitti da timore reverenziale, sicché la prescrizione dei crediti retributivi può decorrere anche durante il rapporto.

5. La controriforma dissimulata

Ma, una volta realizzata la controriforma, si è preferito sottacerla.

È così che si è giunti al pronunciamento della Corte di Cassazione che, consapevolmente negando la rilevanza delle novità indotte dal riassetto giurisprudenziale della disciplina sanzionatoria avverso l'illegittimità dei licenziamenti individuali e così il ripristino del regime di stabilità reale, ha, con la sentenza n. 26246 del 6 settembre 2022, per la prima volta posto in dubbio l'arresto giurisprudenziale – consolidatosi a partire dalla storica sentenza della Corte Costituzionale n. 63/1966 e ribadito dalla stessa Corte con le successive decisioni nn. 143/1969, 86/1971 ed, in particolare, 174/1972³⁰ – per il quale la decorrenza del termine di prescrizione quinquennale dei crediti di lavoro era da individuarsi nella stessa data di insorgenza del diritto, potendo essere lo stesso esercitato senza tema di ritorsione da parte del datore di lavoro ove si fosse trattato di rapporto di lavoro assistito da stabilità, ovvero rientrante nell'ambito di applicazione della tutela reale avverso i licenziamenti illegittimi di cui all'art. 18 legge n. 30/1970 come originariamente formulato.

La Corte di Cassazione giunge a negare quel consolidato orientamento disconoscendo i caratteri di stabilità di qualsiasi rapporto, per quanto assistito dal nuovo regime sanzionatorio, così fissando la decorrenza del termine di prescrizione alla data di cessazione del rapporto.

La motivazione è *tranchant* ed è racchiusa nell'affermazione lapidaria per la quale la reintegrazione nel rinnovato quadro normativo non è più la forma ordinaria

²⁸ Cass. nn. 11868/2016, 16903/2016, 25376/2017.

²⁹ M. NICOLosi, *La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia*, in *Dir. rel. ind.*, n. 4, 2018, p. 1016.

³⁰ La Corte Costituzionale è intervenuta per diverse volte sulla questione della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi. Infatti, prima aveva rilevato la non decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi durante il rapporto essendo in questo periodo il lavoratore affetto da timore reverenziale nei confronti del datore (Corte Cost. n. 63/1966), poi ha affermato l'opposto per i rapporti di lavoro dotati di stabilità ai sensi dell'art. 18 Stat. lav. (Corte Cost. nn. 86/1971, 174/1972, 1151/1975, 40-44/1979, 13/1981).

di tutela contro ogni forma illegittima di risoluzione del rapporto di lavoro con inevitabili effetti sulla caratteristica “resistenza” del rapporto³¹.

La decisione assunta senza una approfondita valutazione dei rinnovati indirizzi interpretativi non può che indurre incertezza sulla correttezza della soluzione accolta.

Alla luce di quanto suesposto, appare di tutta evidenza la necessità di un intervento di riordino legislativo, del resto sollecitato dalla stessa Corte Costituzionale che ha inteso sottolineare “l’urgenza di una razionalizzazione normativa”³². E quindi, per ricordare le parole di Del Punta in uno dei suoi ultimi scritti³³, “la palla dovrebbe tornare, a questo punto, alla politica e al legislatore (...)”³⁴, il cui compito, peraltro, è stato reso più difficile proprio dagli orientamenti che si sono illustrati, nella misura in cui hanno accentuato la distanza tra le due normative delle quali occorrerebbe fare una sintesi. Per tacere delle ulteriori complicazioni che discenderebbero dal rimettere sul piatto anche il regime del licenziamento nelle piccole imprese, del resto già al vaglio della Corte relativamente al d.lgs. n. 23/2015. Sullo sfondo, il dilemma, e in buona sostanza lo stallo, di sempre: reintegrazione o risarcimento?”.

³¹ Cass. n. 26246/2022 e, in senso conforme, Cass. n. 30957/2022 ritengono che la tutela reintegratoria abbia un carattere “recessivo” e che il quadro normativo attuale non assicura “un’adeguata stabilità del rapporto” tale da far decorrere la prescrizione in corso di rapporto. Sul tema, *ex pluribus* cfr. A. VALLEBONA, *La prescrizione della retribuzione durante il rapporto*, in questa *Rivista*, 3, 2022, p. 639; M. DE LUCA, *Stabilità del rapporto di lavoro privato e decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi in costanza di rapporto: dalla tutela reale statutaria alla sua riforma in peius per i lavoratori (finale di partita)*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, n. 1, p. 2 ss.; F. SCARPELLI, *La (non) decorrenza della prescrizione dopo le riforme sui licenziamenti: una soluzione obbligata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, n. 1, p. 41 ss.; A. MARESCA, *Reintegrazione “recessiva” e decorso della prescrizione dei crediti retributivi (si ritorna al 10 giugno 1966)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 2022, p. 445; R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *Labor*, 2022, pp. 155-156; O. MAZZOTTA, *Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: un dibattito antico*, in *Labor*, 2022, p. 141 ss.; P. PASSALAGUA, *La Cassazione supera il regime differenziato di decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Lav. prev. Oggi*, 2022, pp. 11-12; F.M. PUTATURO DONATI, *Sulla decorrenza della prescrizione: c’era una volta la stabilità*, in *Lav. giur.*, 2022, p. 1160; E. BALLETTI, *Prescrizione dei diritti retributivi e stabilità del rapporto di lavoro*, in questa *Rivista*, 4, 2022, p. 763 ss.; A. M. BATTISTI, *Prescrizione dei crediti retributivi: novità*, in questa *Rivista*, 2021, p. 832; M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, p. 11; R. FABOZZI, *L’assenza di certezze in tema di prescrizione dei crediti retributivi*, in questa *Rivista*, 2018, p. 18; E. GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2008, p. 4; A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti da lavoro*, Milano, 1983, p. 171

³² R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel diritto “vivente”*, cit., p. 1 ss. qui p. 7.

³³ R. DEL PUNTA, *Genesi e destini della riforma dell’art. 18*, in *Lav. dir. eur.*, 2, 2022, p. 15.

³⁴ “La Corte è poi tornata sulle disarmonie con la sentenza 183/2022 sulla adeguatezza della normativa applicabile alle piccole imprese. (...) (e) ha affermato che il protrarsi dell’inerzia legislativa in questa materia “non sarebbe tollerabile” e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente, nonostante le difficoltà di una simile scelta”, A. PERULLI, *op. ult. cit.*, pp. 6-7.