



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale

TESI DI LAUREA

Il licenziamento nullo

RELATORE:

Chiar.mo Prof. Pasqualino Albi

CANDIDATO:

Elena Polacci

A.A. 2013/2014

Ai miei genitori.

INDICE

INTRODUZIONE	2
1. ELEMENTI A CONFRONTO: LA PARABOLA EVOLUTIVA DELLA DISCIPLINA DEL LICENZIAMENTO.	9
1.1 <i>I principi costituzionali in tema di licenziamento</i>	9
1.2 <i>Debolezza del lavoratore e disparità contrattuale nel rapporto di lavoro</i>	17
1.3 <i>Le origini del licenziamento: breve storia del recesso</i>	24
1.4 <i>Quadro normativo: il susseguirsi di interventi epocali destinati a rivoluzionare la disciplina del licenziamento e, più in generale, l'intero ambito del diritto del lavoro</i>	30
2. COESISTENZA E INTERFERENZA DI NORME: FLESSIBILITÀ IN USCITA.....	40
2.1 <i>Parallelismo delle tutele</i>	40
2.2 <i>La riforma Fornero e la politica della flexsecurity</i>	48
2.3 <i>Flessibilità in uscita e metamorfosi dell'articolo 18</i>	56
3. LE IPOTESI DEL LICENZIAMENTO NULLO.....	71
3.1 <i>I "tradizionali" vizi</i>	71
3.2 <i>Il licenziamento discriminatorio</i>	75
3.3 <i>Tesi dell'equivalenza tra licenziamento ingiustificato e discriminatorio</i>	84
3.4 <i>Il licenziamento a causa di matrimonio e in violazione delle norme a tutela del sostegno della maternità/paternità</i>	87
3.5 <i>Le ipotesi di licenziamento nullo per motivo illecito determinate ex art. 1345 c.c. Il licenziamento ritorsivo</i>	106
3.6 <i>Il licenziamento nullo nei casi previsti dalla legge</i>	112
3.7 <i>Il licenziamento orale</i>	115
4. DISPOSIZIONI E CONSEGUENZE.....	121
4.1 <i>Le sanzioni: reintegrazione e indennità sostitutiva</i>	121
4.2 <i>[...] segue il risarcimento del danno</i>	128
4.3 <i>L'incoercibilità dell'ordine di reintegrazione: tra "astreintes" e obblighi di fare</i>	140
NOVITÀ E ASPETTATIVE: ACCENNI SUL JOBS ACT	151
CONCLUSIONI	159
BIBLIOGRAFIA:	163
SITOGRAFIA:	169

Introduzione

Il diritto del lavoro studia gli aspetti ed i problemi attinenti alla disciplina del lavoro, del rapporto di lavoro, e di tutte le tematiche ad esso collegate. E' assunto storico che, riconosciuta l'inferiorità socio-economica e funzionale del lavoratore rispetto al datore di lavoro, il legislatore si è preoccupato di intervenire a riequilibrare le posizioni contrattuali, attraverso il *favor laboris* come criterio guida per "supportare" il contraente debole. Tale asimmetria permea e condiziona tutto il diritto del lavoro e lo caratterizza rispetto al diritto civile.

Il complesso di norme del diritto del lavoro è volto a regolamentare il rapporto di lavoro subordinato e a tutelare sia l'interesse economico che la libertà, la dignità e la personalità del lavoratore. La configurabilità del lavoratore come soggetto debole si riscontra sia durante le trattative che il lavoratore deve affrontare per entrare nel mercato del lavoro, altamente concorrenziale, a stretto contatto con l'interazione tra domanda e offerta, che all'interno del rapporto di lavoro. Tale tutela risulta certamente fondamentale in un momento delicato come quello dell'estinzione del rapporto, infatti, la disciplina giuridica del licenziamento assume grande rilevanza sociale e normativa: si riscontra la necessità di garantire sia l'esigenza del lavoratore alla stabilità del reddito, derivante dal rapporto di lavoro, e fonte di sostentamento per se e la sua famiglia, sia quella del datore di lavoro e, in generale, dell'impresa che richiede flessibilità della forza lavoro per l'aspetto quantitativo e qualitativo. Il licenziamento (individuale o collettivo che sia), meglio di tutti gli altri istituti del diritto del lavoro, sintetizza il rapporto di potere tra datore di lavoro e lavoratore, spingendo continuamente il legislatore ad intervenire, di fatto specializzando la normativa, per far fronte alla debolezza contrattuale del

lavoratore, bisognoso di una tutela capace di porre limiti formali e sostanziali al datore di lavoro.

In origine, molte, furono le difficoltà per realizzare e affinare un sistema di regolamentazione del potere di recesso del datore di lavoro. Durante il periodo fascista vigeva un'assoluta liberalizzazione del licenziamento: il datore, in modo arbitrario e illimitato, poteva disporre autonomamente del proprio dipendente, potendo licenziare in ogni momento. La prospettiva fideistica del diritto corporativo tendeva alla valorizzazione del sistema fascista, come garante per la tutela del diritto del lavoro, sostenendo l'inutilità di una specifica tutela e disciplina del licenziamento.

Con l'avvento della carta costituzionale faranno ingresso, nello scenario collettivo, nuovi principi e valori diretti a tutelare la persona e, nello specifico, il lavoratore ritenuto parte debole del rapporto. La Costituzione con la sua portata innovativa e rivoluzionaria si presenta come fonte primaria regolatrice del rapporto di lavoro segnando il primo passo di un lento, ma inesorabile, processo di trasformazione.

Il dettato costituzionale diviene punto di riferimento per ogni regola vigente: il cammino verso una normativa coerente col nuovo dettato costituzionale avanza solo per piccoli passi, infatti, inizialmente i risultati stentano a vedersi. La Costituzione contribuisce in maniera sostanziale alla strutturazione delle basi del nostro diritto del lavoro, introducendo principi che, successivamente, lo Statuto del lavoratori avrebbe fatto propri. La nascente Repubblica "fondata sul lavoro" avrebbe, però, dovuto fare i conti con le molte residue arretratezze ancora presenti nel nostro ordinamento.

Ripercorrendo la disciplina dei licenziamenti e delle tutele rivolte al lavoratore, emergono due principi fondamentali: la progressiva generalizzazione dell'obbligo alla giustificazione del licenziamento, come

elemento costitutivo della struttura causale dell'atto, e l'introduzione di molteplici sistemi di tutela per il lavoratore, in base a diversi criteri soggettivi e oggettivi. Il legislatore ha introdotto nell'ordinamento forme di tutela incidenti sul rapporto di lavoro, oltre alla libera recedibilità, prevista e disciplinata all'art. 2118 c.c., capace di garantire una tutela esclusivamente patrimoniale, e rispetto alle previsioni specifiche della tutela reale di diritto comune che richiama i principi generali sulla normativa dei contratti, definendo un sistema qualificabile come <<parallelismo delle tutele>>, sancito come tale dalla L. 108 del 1990.

La l. 604 del 1966 assume un ruolo centrale, poiché, disciplina e regola, per la prima volta, i licenziamenti individuali: dichiara illegittimo il licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo, influenzando e modificando significativamente la concezione dell'intero ambito del lavoro. Il datore di lavoro non ha più la facoltà di licenziare, in modo libero e arbitrario, in quanto sarà, d'ora in poi, sottoposto a vincoli formali e sostanziali. Inoltre, delinea una disciplina relativa alle conseguenze prodotte dall'accertamento dell'invalidità del recesso: la cd. tutela obbligatoria consiste nell'alternativa, lasciata al datore, tra riassunzione nel posto di lavoro e un'indennità compresa tra le 2,5 e 6 mensilità.

Di non minore rilevanza risulta la l. 300 del 1970, ossia lo Statuto dei lavoratori che rappresenta, ancora oggi, una delle norme fondamentali del diritto del lavoro italiano, capace di apportare, importanti e notevoli, modifiche sia sul piano delle condizioni di lavoro che su quello dei rapporti tra i datori, di lavoro e di retribuzione, i lavoratori e le rappresentanze sindacali, costituendo l'ossatura e la base di molte previsioni in materia di diritto del lavoro in Italia. In particolare, l'art. 18 dello Statuto propone di garantire la stabilità del posto di lavoro attraverso un rimedio forte, prevedendo la cd. tutela reale, ossia l'obbligo

di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, qualora il Giudice ritenga non sussistere, appunto, ne giusta causa ne giustificato motivo del licenziamento.

La portata della l. n. 300 e, più nello specifico dell'articolo 18, è paragonabile ad un vero e proprio 'sisma', data l'idoneità di stravolgere l'assetto normativo del rapporto di lavoro incentrato, inizialmente, sul principio di instabilità. Solo con l'emanazione dello Statuto, modificando radicalmente le tecniche capaci di proteggere giuridicamente l'interesse alla conservazione del posto di lavoro, nonché realizzando a pieno l'obiettivo, avviato con la legge sui licenziamenti individuali, l'ordinamento giuridico italiano riuscirà a dare tutela alla stabilità del rapporto di lavoro: si concretizza quella aspirazione della classe lavoratrice, presente sin dalle origini della rivoluzione industriale, che pur non essendo costituzionalmente imposta è considerata come valore acquisito esplicitato dalla giurisprudenza costituzionale.

Risulta assodata, in dottrina, la sostanziale identificazione della stabilità del rapporto di lavoro con la tutela reale, sancita dall'articolo 18, dato che il potente rimedio della reintegrazione esprime la volontà di intervenire nei rapporti di impresa, riequilibrandoli e impedendo che il datore compia atti volti a ledere importanti interessi del lavoratore ma, soprattutto, di apportare un quadro rimediale capace di ricostruire totalmente il rapporto di lavoro, in caso di abuso del potere di licenziamento, come se non fosse mai stato interrotto. La tutela reale ha la capacità di far sopravvivere il rapporto ad un licenziamento, rimovibile *ex tunc*, e consente la tutela dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro fino a cessazione del comportamento illecito: infatti, in un regime di stabilità risulta importante non solo accertare l'invalidità dell'atto ma, anche, riparare la lesione del diritto. In questo modo la stabilità reale si pone, indubbiamente, in antitesi alla libera recedibilità esprimendo il principio

di conservazione del rapporto di lavoro e, dunque, evidenziando l'importanza di mantenere, il più possibile, in vita il rapporto: ciò andrà, altresì, a sottolineare la sempre più profonda distanza e differenza con la tutela obbligatoria.

L'articolo 18 risulta l'elemento di svolta di un modello giuslavoristico storicamente determinato, nonché prodotto di un delicato equilibrio frutto di compromessi e sintesi. A tale proposito, si pone particolare attenzione a questa norma, da sempre, al centro di innumerevoli dibattiti e dagli sviluppi incerti.

A quanto sinora detto sulla riflessione della disciplina dei licenziamenti, va indubbiamente segnalata la l. n. 92, del 28 giugno 2012, meglio nota come Riforma Fornero. Essa pur confermando l'ambito d'applicazione oggettivo-dimensionale dell'articolo 18 st. lav., come previsto nella versione anteriore alla recente riforma, introduce un ventaglio di conseguenze sanzionatorie per il licenziamento illegittimo. Il nuovo sistema rimediale dell'articolo 18 non si identifica più con la sola tutela reintegratoria e vengono ridefiniti i presupposti giustificativi sostanziali del recesso datoriale facendo riferimento alla 'natura' e 'intensità' della violazione, una graduazione della sanzione applicabile che varia in base alla gravità dei vizi del licenziamento. Si individuano quattro diversi regimi di protezione per il lavoratore ingiustamente licenziato: la tutela reintegratoria piena, quella attenuata, la tutela indennitaria e, infine, la tutela economica dimidiata.

Si realizza un quadro confuso e frammento di fattispecie e conseguenze sanzionatorie risultato di logiche compromissorie che rilevano una intenzione normativa di attuare il tanto bramato modello di flessibilità, soprattutto in uscita: proprio in relazione al dibattito maturato intorno alla riforma del mercato del lavoro del 2012, risultato delle spinte comunitarie, si interviene sull'intera disciplina del rapporto di lavoro

subordinato e sul modello giuslavoristico mirando, inoltre, a tradurre in regola il superamento dell'articolo 18 visto, sempre di più, non come valore ma come costo e ostacolo.

Tra le novità apportate dalla recente riforma, spicca il licenziamento nullo che in particolare riesce, al contrario di tutto il restante impianto, realizzato in modo più tosto caotico, ad ottenere importanti specificazioni. La tutela reintegratoria piena, precisata e ridefinita, non risulta più l'unica soluzione, ma viene inserita all'interno di un'ampia gamma rimediale. Riscuote elevato interesse la disciplina della nullità del licenziamento, poiché, l'ambito di applicazione di tale tutela si identifica con la residuale area in cui continua ad operare la piena tutela reale del vecchio regime dell'art. 18. In continuità al modello previgente trova applicazione, il cd. terribile rimedio previsto dal vecchio articolo 18 st. lav., indipendente dal motivo formalmente addotto e, dal numero dei dipendenti occupati dal datore, anche a favore dei dirigenti, in ipotesi ben precise: in tutti i casi di nullità del licenziamento, perché discriminatorio oppure disposto in costanza di matrimonio o in violazione delle tutele previste in materia di maternità o paternità, oppure, negli altri casi previsti dalla legge, nonché nei casi in cui il licenziamento sia inefficace perché intimato in forma orale. Sembrano acquisire, dunque, centralità, nell'economia dell'apparato sanzionatorio: il licenziamento discriminatorio e quello intimato *ex art. 1345 c.c.* dato che una loro interpretazione estensiva, unita alla previsione, di origine comunitaria, di un onere probatorio semplificato, potrebbe dilatare di molto il numero dei casi in cui verrebbe applicata la tutela reale, nonché l'analisi sul licenziamento nullo che richiama l'attenzione su "vecchi" problemi come il tema della condanna alla reintegrazione e l'enigma della sua eseguibilità.

Proprio sullo speciale caso del licenziamento nullo sarà posta attenzione: infatti, questo elaborato, nello specifico ai capitoli 3 e 4, entrando nel vivo della questione affrontata, cercherà di chiarire ed approfondire tutte quelle diverse ipotesi in cui risulta totalmente assente il potere, del datore, di licenziare delineando, inoltre, la relativa disciplina delle conseguenze prodotte e previste in questi casi. I primi due capitoli, fungendo da introduzione, tenteranno, altresì, di ricostruire il percorso progressivo che ha portato all'assetto attuale delineando, insieme al paragrafo finale, la parabola evolutiva, passata e presente, tra principi, diritti e riforme.

1. Elementi a confronto: la parabola evolutiva della disciplina del licenziamento.

SOMMARIO: _1.1 I principi costituzionali in tema di licenziamento. _1.2 Debolezza del lavoratore e disparità contrattuale nel rapporto di lavoro. _1.3 Le origini del licenziamento: breve storia del recesso. _1.4 Quadro normativo: il susseguirsi di interventi epocali destinati a rivoluzionare la disciplina del licenziamento e, più in generale, l'intero ambito del diritto del lavoro.

1.1 I principi costituzionali in tema di licenziamento.

La Costituzione italiana, approvata il 22/12/1947 e entrata in vigore in data 1/1/1948 segna un momento decisivo di cambiamento generale, dato che, sostituisce la visione corporativistica dello stato fascista (cui è ispirato il codice civile del 1942) con quella democratica e sociale, frutto del compromesso e della sintesi, abilmente raggiunti tra le acquisizioni dell'ideologia liberale, di quella socialista, nonché del portato della dottrina sociale cattolica.

Essa conferisce un rilievo particolare al lavoro, configurando così il principio lavorista ⁽¹⁾ come uno dei principi fondamentali dell'ordinamento, costitutivo e distintivo della forma di Stato e del tipo di democrazia, delineato nella Costituzione italiana; «valore-base,

⁽¹⁾ V. Pupo, *Il principio lavorista*, 2013, in www.forumcostituzionale.it; G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Diritto del lavoro: La Costituzione, il Codice Civile e le leggi speciali*, Milano, 2009, p. 3.

Corte cost. 27 ottobre 1988 n. 998, in GC, 1988, I, 4710: si occupa in particolare dell'implicazione del principio partecipativo al principio lavorista, affermando che "l'occupazione, concepita come bene collettivo in sé e come finalità comprensiva di ogni suo aspetto particolare, è affidata alla responsabilità finale e globale dello stato" e che "si tratta di

informativo dell'ordinamento», «strumento di partecipazione politica (cioè di partecipazione democratica) e primo cardine costituzionale per elevare e commisurare la dignità dell'uomo». L'art. 1, infatti, nel delineare i caratteri del nuovo Stato, connota la Repubblica democratica italiana come “fondata sul lavoro”, indicando chiaramente l'ampiezza della nozione di lavoro e di lavoratore (tale scelta è confermata dall'intero impianto della Costituzione). Ricordiamo che per pochi voti (solo 12), dopo lunghe discussioni, l'Assemblea Costituente preferì l'attuale formula a quella di “repubblica dei lavoratori”, ritenuta troppo classista. Il lavoro a cui si riferisce la formula costituzionale non costituisce quindi, «una prerogativa della classe lavoratrice», poiché è da intendere nel senso di “lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni”, come precisa anche la disposizione all'art. 35 Cost. ed assume valore unitario ed inclusivo, rappresentando «un titolo di appartenenza alla comunità nazionale alla cittadinanza», arrivando a farne un titolo, a certe condizioni di lealtà e stabilità, per l'accesso degli stranieri alla cittadinanza; il riferimento al lavoro assume, pertanto, una centralità antropologica ed egualitaria, etica ed economica. Tale articolo è la prima espressione dell'incontro di varie correnti di pensiero sotteso alla Carta costituzionale, tale sforzo diretto a trovare una giusta coesione per realizzare tutele e garanzie comuni è un punto di arrivo, comune alle costituzioni dei paesi più avanzati, di un percorso cominciato nel sec. XIX, con l'arrivo dell'era industriale: il lavoro, identificato come “valore etico su cui poggia lo stato” (2), ha costituito, da subito, il necessario interlocutore dei possessori di capitale e delle strutture produttive, e via via, un soggetto sempre più al centro dell'attenzione in quanto protagonista della questione sociale; divenendo, dopo le drammatiche esperienze belliche del 900, vero motore propulsore

un obiettivo tale da caratterizzare la forma di stato propria di una democrazia fondata sul lavoro”.

della ricostruzione economico-sociale, e anche culturale del paese. La socialità è in primo piano intesa come apporto di ciascuno alla società; assumendo il lavoro come mezzo di espressione della persona, un bene primario ed essenziale, con cui il soggetto acquista gli strumenti necessari per collocarsi nella sfera delle relazioni giuridiche, definendo la propria posizione sociale e partecipando attivamente alle dinamiche sociali. L'art. 2 della Cost. concorre ad illuminare il senso e il contenuto dell'art. 1, ponendo al centro dell'ordinamento giuridico la persona e i suoi valori. Il lavoro ha quindi una valenza sociale, ma anche un importante rilievo individuale, come essenziale momento di espressione della persona.

Le due dimensioni, individuale e sociale, trovano ulteriore riscontro nell'art. 4 della Carta costituzionale, che riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e contempla il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società; diritto espressamente inserito nell'enunciazione dei Principi fondamentali della Costituzione, che attribuisce alla Repubblica il compito di promuovere le condizioni che rendano effettivo tale diritto.

Tale articolo sarebbe infatti, sinteticamente frazionabile in tre profili: il diritto di libertà, poiché ogni individuo è libero di scegliere la propria professione o attività lavorativa, senza subire interferenze da parte dello Stato; il diritto sociale, che richiama il dovere, posto a carico dei pubblici poteri, di creare le condizioni idonee a consentire a ogni cittadino di svolgere un'attività lavorativa e, infine, il diritto di lavorare, che include il dovere di contribuire al progresso della società. La giurisprudenza costituzionale ha, peraltro, più volte affermato che, “il diritto al lavoro non comporta il diritto al posto né il diritto alla (sua) conservazione”, poiché “la garanzia (offerta dal dettato costituzionale)

⁽²⁾ C. Mortati, *Articolo 1*, in *Commentario della Costituzione della Repubblica*, a cura di G.

non provoca una diretta e incondizionata tutela del posto di lavoro e spetta alla discrezionalità del legislatore la scelta di tempi e modi di attuazione” (3). Si evidenzia come l'art. 4 Cost., oltre a sancire il diritto al conseguimento di un'occupazione ed il diritto al suo mantenimento, imponga in materia di disciplina relativa ai casi, tempi e modi di irrogazione dei licenziamenti, che questa sia conforme al principio di eguaglianza. La norma deve essere letta, infatti, in connessione con l'art. 3, c. 2, che afferma il principio dell'uguaglianza sostanziale. Questa va intesa come obiettivo da raggiungere mediante l'impegno e l'utilizzo di tutti gli organi operanti in seno allo Stato, per rimuovere quegli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono alla realizzazione dell'effettiva eguaglianza ed alla piena partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Si tratta di un parametro costituzionale importante per la valutazione del buon andamento, rivolgendo l'attenzione all'attività generale della politica di Governo. A dire il vero sulla portata di siffatti articoli, che ponevano le basi per una seria realizzazione e affermazione di tali diritti e valori, si è sempre molto discusso (4), oggi più che mai è attuale la questione in quanto tali diritti sono messi di fatto in discussione come si evince, dagli scenari drammatici, contraddistinti dagli alti tassi di disoccupazione, ormai strutturale, con il rischio di crescente delegittimazione e vanificazione del dettato costituzionale. Comunque resta ferma e non intaccata la generale valenza sociale e individuale del lavoro: cardine del funzionamento della società ed essenziale momento di espressione della persona. Il riferimento al lavoro ed ai lavoratori, e sempre nell'ottica della loro tutela a livello costituzionale, non è riscontrabile soltanto nelle

Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 10.

(3) Corte cost., 13 ottobre del 2000, n. 419, in FI, 2001, I, 1087.

(4) Cfr. per tutti, F. Mancini, *Principi fondamentali. Art. 4*, in Branca Gius. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 199.

disposizioni di apertura, attinenti ai principi fondamentali, ma lo si rinviene in diverse altre norme del Titolo III (artt. 35 e ss.), relativo ai “Rapporti economici” (5).

La portata rivoluzionaria e innovativa delle norme costituzionali rispetto all'apparato normativo preesistente ha reso indispensabile una fase di transizione, non facilitata dalla dottrina del tempo (6) e dovuta all'ormai consolidata applicazione delle norme codicistiche del libro V <<del lavoro>>, molto vicine all'ideologia socialistico-corporativa al contrario delle previsioni costituzionali. Si comprende che il flusso dei valori va esaltato e controllato, ciò è il segno di un lento e inesorabile passo verso la considerazione delle norme costituzionali e in particolare dei diritti fondamentali, come principi (7). Tali principi, ossia criteri o direttive di interpretazione capaci di esprimere decisioni obiettive di

(5) Gli artt. 35 e ss. della Cost. affermano che: la Repubblica tutela il lavoro e la libertà di emigrazione (art. 35); il diritto al giusto salario (art. 36), la massima della giornata lavorativa (art. 36, 2° comma), il diritto dovere al riposo settimanale (art. 36, 3° comma); il lavoro femminile e minorile (art. 37); i lavoratori invalidi, malati, anziani o disoccupati (art. 38); la libertà di organizzazione sindacale (art. 39); il diritto di sciopero (art. 40); la libertà di iniziativa economica (art. 41); la proprietà (art. 42); la possibilità ed i limiti all'espropriazione (art. 43); la proprietà terriera (art. 44); le cooperative e l'artigianato (art. 45); la collaborazione tra lavoratori (art. 46); il risparmio (art. 47).

(6) Furono diverse le polemiche “concettuali” riguardanti la Costituzione e le sue norme, in particolare ricordiamo quella riguardante la natura precettiva o programmatica dei criteri costituzionali, che ha diviso i giuslavoristi. Il ritenere programmatica una norma equivaleva a privarla della forza cogente, vanificando la realizzazione del programma stesso. Ciò non toglie che, comunque, tale norma abbia in ogni caso efficacia impeditiva di tipo difensivo, opponendosi all'introduzione di certi modelli. Il nucleo normativo costituzionale fungerà come punto di riferimento e criterio guida per orientare il Giudice e il legislatore, quest'ultimo, infatti, non può disporre in maniera difforme rispetto ai precetti costituzionali, anche se programmatici. È quindi inutile cercare di privare, circoscrivere e reprimere alcune norme costituzionali di una efficacia e forza precettiva, che in realtà non può venire meno, né essere ridotta ad una mera espressione linguistica. Ciò ha rallentato il processo d'attuazione e ha attenuato la forza dirompente della Costituzione sul sistema civilistico d'origine corporativa che, ha continuato a dominare la scena per almeno altri venti anni, fino al 1970 quando, con la legge n. 300 (Statuto dei Lavoratori), hanno ottenuto adeguato riconoscimento e tutela i diritti fondamentali dei lavoratori in aderenza ai principi e norme costituzionali in materia. Da qui in poi, la Costituzione, vista prima come una fonte suppletiva e sussidiaria, viene anche in questa materia considerata come fonte primaria, regolatrice del rapporto di lavoro, che si avvale dell'ausilio di regole civilistiche che siano compatibili con la Carta costituzionale.

(7) Mengoni 1997, parla di una terza categoria, quella dei principi, che si forma accanto ai semplici programmi (indirizzati al solo legislatore e privi quindi di precettività) e alle vere proprie regole invocabili in giudizio, che comprendono sia l'art. 41, che l'art 4 e in generale gli artt. 2 e 3 e tutti i diritti della persona.

valore, in relazione all'obbligo di protezione dei diritti fondamentali, raggiungono anche i rapporti interprivati, pur essendo diversi rispetto alla situazione giuridica in cui si trova il cittadino dinanzi all'autorità statale; ciò prende forma dalla raggiunta consapevolezza che nei rapporti interprivati le parti che possono invocare diritti fondamentali sono almeno due. Oggi i principi costituzionali si irradiano nella totalità del sistema positivo, e tutte le regole vincolanti sono soggette a un'interpretazione di conformità e bilanciamento rispetto all'intero corpo normativo.

Proprio le norme costituzionali, in tema di licenziamento attribuiscono al lavoratore posizioni soggettive direttamente azionabili in giudizio, facendo riferimento all'art. 1374 c.c. ⁽⁸⁾, che le incorpora nel regolamento contrattuale del rapporto di lavoro. In particolare, è d'obbligo individuare e fare riferimento ai limiti che, il legislatore incontra quando si accinge ad intervenire nell'apparato sanzionatorio del licenziamento, utilizzando come riferimento prevalente gli orientamenti in materia espressi dalla Corte costituzionale ⁽⁹⁾.

Il potere di licenziamento trova il proprio referente costituzionale, nella libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 c. 1 ⁽¹⁰⁾. Essa

⁽⁸⁾ L'integrazione del contratto, sancisce che: "il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche, a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o in mancanza, secondo gli usi e l'equità".

La norma si riferisce: innanzitutto alle disposizioni cd. suppletive che disciplinano il rapporto contrattuale in mancanza di un'espressa previsione delle parti; ma anche alle disposizioni cogenti, che si applicano direttamente al contratto nonostante, la diversa previsione delle parti.

⁽⁹⁾ L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali*, in AIDLASS (a cura di); *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Venezia 25-26 Maggio 2007, Milano, 2008.

⁽¹⁰⁾ Prima dell'entrata in vigore della nostra Costituzione, il recesso era ricondotto al principio di non perpetuità dei vincoli obbligatori, consacrato nell'art. 1628 del codice civile del 1865 secondo il quale nessuno poteva porsi «all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa». L'esigenza di porre l'accento sulla necessaria temporaneità dei vincoli obbligatori era particolarmente sentita nell'ordinamento liberale prefascista come «ovvia affermazione di libertà in contrapposizione al lavoro servile e secondo la logica della grande rivoluzione borghese che spezza i vincoli di origine feudale». Così O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, V ed., in G. Iudica, P. Zatti (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013.

riveste un ruolo di centralità non solo per quanto riguarda i rapporti economici, ma anche quelli politici e sociali; ma nonostante ciò, la norma, espressione della sintesi compromissoria, è stata oggetto di difficoltà interpretative ⁽¹¹⁾, dovute alla caratterizzante indeterminatezza ma anche, al difficile rapporto che la stessa norma pone tra la libertà riconosciuta e i limiti apponibili a quest'ultima nonché, dalla relazione concettuale con gli altri diritti di libertà contemplati dalla Costituzione. Prima di procedere, è necessario evidenziare come il fondamento costituzionale del potere di licenziamento, non sia ricondotto al diritto fondamentale della libertà personale, da cui si ricavava inizialmente la necessaria temporaneità dei rapporti obbligatori. Questa impostazione venne superata nella fase post-costituzionale, risultando ben evidente che, mentre il lavoratore impiega nel rapporto lavorativo la propria persona, il datore partecipa con il proprio patrimonio, ed è quest'ultimo elemento che attua il riferimento al principio di libertà di iniziativa economica. Tale norma si estende “alle attività inerenti la vita e lo svolgimento dell'impresa”, esprimendo la massima ampiezza della libertà dell'imprenditore e delle sue scelte organizzative. L'imprenditore ha infatti la libertà di iniziare, ma anche ridurre e far cessare un'attività ⁽¹²⁾; naturalmente con dei limiti: infatti se al primo comma il costituente attribuisce una libertà, ne determina al secondo i necessari correttivi. Il secondo comma fornisce un criterio di bilanciamento, attribuendo a valori fondamentali come l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà, la dignità umana, prevalenza sulla libertà di iniziativa economica ⁽¹³⁾. Quindi si

⁽¹¹⁾ C. Mortati, *Iniziativa privata ed imponibile di manodopera*, in GC, 1958; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, 1191, 9, p. 177.

⁽¹²⁾ O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, IV ed., in G. Iudica, P. Zatti (a cura di) *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, p. 13.

⁽¹³⁾ Il bilanciamento costituzionale sembra richiamare, due ordini di limiti: da una parte, i limiti espressamente individuati dall'art. 41, c. 2 Cost. nell'utilità sociale, nella libertà, nella dignità e nella sicurezza dei lavoratori, dall'altra, i limiti ricavabili dall'art. 4 Cost. La distinzione tra queste due categorie di limiti è stata individuata dalla Corte costituzionale a

deduce che in caso di licenziamento discriminatorio ⁽¹⁴⁾, la sanzione sarà “piena” (reintegra), poiché il fattore di discriminazione è direttamente riconducibile ai limiti previsti al c.2 e diretti a realizzare una tutela dei valori primari riguardanti la persona umana: lungi dall’essere meramente mancante dei presupposti di validità, il potere di recesso non sussiste in radice e il rapporto deve poter essere ricostituito come se il licenziamento non fosse mai avvenuto. La tutela della sfera personale del prestatore, implicata nell’obbligazione lavorativa, ha però dato seguito all’esigenza di un controllo sui poteri del datore di lavoro ⁽¹⁵⁾ e, correlatamente, della configurazione di limiti entro i quali contenere l’esercizio, così da impedire che degeneri in mero arbitrio. Quindi, al fine di configurare la portata, in relazione alle diverse esigenze da tutelarsi, è necessaria l’individuazione di quei valori costituzionali ⁽¹⁶⁾, che sono destinati a prevalere, nel bilanciamento con l’iniziativa economica privata e si ritiene comunque che, sia demandato al legislatore il compito di individuare e enucleare in concreto i limiti esterni e le esigenze atte a costituire un limite all’iniziativa e al potere direttivo, a presidio dei diritti fondamentali del lavoratore, data l’ampiezza dell’ambito.

partire dalla nota sent. n. 45 del 1965, nella quale è stata affermata l’estraneità dell’art. 4 c. 1 Cost. rispetto ai limiti sanciti dall’art. 41 c. 2 Cost., smentendo le ricostruzioni che pretendevano di far confluire nel c. 2, tutti diritti economici costituzionalmente riconosciuti al lavoratore. In particolare, l’utilità sociale risulta, non la porta d’accesso dell’art. 4 Cost. nell’art. 41 Cost., bensì uno specifico riferimento in tema di recesso dal rapporto di lavoro, al rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità; la sicurezza è rivolta alla tutela dell’integrità fisica del lavoratore e infine, i limiti della libertà e la dignità fanno riferimento al coinvolgimento della persona umana nel rapporto di lavoro.

⁽¹⁴⁾ Art. 3 della legge 108/90.

⁽¹⁵⁾ Il limite della dignità umana è stato utilizzato dalla Corte costituzionale per stabilire anche dei criteri di forma del licenziamento.

⁽¹⁶⁾ Tra i quali: i diritti inviolabili della persona (art. 2 cost.); il diritto al lavoro (artt. 4 e 35 cost.); il diritto alla salute (art. 32 cost.); la libertà personale (art. 13 cost.); la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 cost.).

1.2 Debolezza del lavoratore e disparità contrattuale nel rapporto di lavoro.

“Se tutti gli altri contratti riguardano l'aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l'aver per l'imprenditore, ma l'essere per il lavoratore”, con queste parole F. Santoro Passarelli, riesce a cogliere la vera essenza del rapporto e del contratto di lavoro, dove il lavoratore impegna e affida tutto se stesso.

Il diritto del lavoro cerca, con il suo complesso di norme, di disciplinare il rapporto di lavoro subordinato e di tutelare, sia l'interesse economico, che la libertà, la dignità e la personalità del lavoratore. Tale tutela sicuramente è necessaria in un momento delicato come quello dell'estinzione del rapporto, infatti, il licenziamento riveste una grande rilevanza dal punto di vista sociale e normativo ed è proprio nel rapporto di lavoro, che si presenta una stridente e obbiettiva disparità tra le parti. La configurabilità dei lavoratori come soggetti deboli viene in rilievo, con riferimento all'affermazione costituzionale del diritto al lavoro oltre che, nella disciplina dei rapporti sussistenti tra lavoratore e datore di lavoro anche, in relazione all'attività sindacale.

A tutela di tutto ciò agiscono i pubblici poteri, chiamati ad una serie di interventi che danno corpo ai principi avanzati dal *welfare state* ⁽¹⁷⁾.

Diverse norme costituzionali tutelando la dignità personale del lavoratore, e il lavoro, e garantendo una sufficiente e proporzionata

⁽¹⁷⁾ Complesso di politiche pubbliche messe in atto da uno stato che, interviene in un'economia di mercato, per garantire l'assistenza e il benessere dei cittadini, modificando in modo deliberato e regolamentato la distribuzione dei redditi generata dalle forze pubbliche del mercato stesso. La nascita del *welfare*, che coincide con la visione dello “stato di benessere”, come insieme di interventi di protezione sociale a carattere tendenzialmente universale in favore dei cittadini, si ha in Gran Bretagna attraverso un apposita legislazione del 1946 e del 1948, e si impose come modello per gli altri paesi industriali; esso comprendeva: disoccupazione, invalidità, perdita di mezzi di sussistenza, collocamento, bisogni della vita coniugale (per le donne: matrimonio, maternità, vedovanza, separazione), spese funerarie, sussidi all'infanzia, malattia fisica o incapacità.

retribuzione, incidono nel campo dei rapporti di lavoro, consentendo e imponendo al legislatore di emanare norme in tal senso ⁽¹⁸⁾.

L'uguaglianza è il motore del sistema giuslavoristico. Tale principio che conosce le due accezioni, l'uguaglianza formale e quella sostanziale, comporta la possibilità di trattare in modo diverso situazioni eguali (non potremo, così, qui affermare che c'è una differenza tra chi ha perso il lavoro e chi, invece, non lo ha). Il sistema giuslavoristico e previdenziale si è concentrato solo sulla tutela di chi aveva un lavoro e lo ha perso: si tratta di un'impostazione che appare in contrasto con gli artt. 3 e 2 Cost., in quanto frutto di una visione parziale; mentre l'eguaglianza e la solidarietà devono essere intese in senso universale.

Un richiamo, va fatto a tal proposito all'art. 38 Cost., che evoca un sistema definibile “di sicurezza sociale”, cosa ben diversa dalla “previdenza sociale”, che riflette un'ottica di categoria, richiedendo una certa qualità del soggetto destinatario per includerlo in tale sistema selettivo di tutela normativa. Insita nell'articolo da ultimo citato, c'è l'ambizione di realizzare un sistema sociale, anche se il legislatore ordinario è stato capace di fornire tutela solo ad alcune categorie ben individuate; il nostro pertanto è un sistema chiuso ⁽¹⁹⁾ e come tale inaccettabile, perché estraneo alla matrice culturale e politica della Costituzione ⁽²⁰⁾. Non è necessario dilungarsi oltre, stante la chiara ratio dell'art. 38 Cost. che, esalta il principio di solidarietà: non si possono creare, ulteriori barriere tra gli esseri umani. Benefico, rispetto alla sicurezza sociale, intesa in chiave universalistica, è stato l'intervento del diritto comunitario, che opera sulla libertà di circolazione delle imprese

⁽¹⁸⁾ Corte cost. n. 45 del 1965, in GC, 1965, I, 663.

⁽¹⁹⁾ Gli studiosi “stranieri” ci fanno notare come, tale sistema non realizzi l'elemento chiave della sicurezza sociale, ossia l'inclusione sociale; il nostro sistema infatti non è in grado di includere tutti dentro di sé, proteggere e tutelare “tutti” coloro che sono in uno stato di bisogno.

ma anche delle persone, puntando a rimuovere le barriere che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, in un'ottica che permette al singolo di sentirsi parte di un sistema più grande, quello della comunità europea.

Da sempre si è cercato di correggere gli squilibri insiti nel rapporto di lavoro che, in particolare, possiamo cogliere in diverse norme codicistiche in materia di lavoro subordinato. Il lavoratore collabora nell'impresa prestando la propria opera “alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore” (art. 2094 c.c.), che è “capo dell'impresa” (art. 2086 c.c.), dal quale “dipendono gerarchicamente” i lavoratori. Fondamentale è il requisito della subordinazione come chiave d'accesso al diritto del lavoro, che appresta maggiori tutele e garanzie ⁽²¹⁾. La debolezza del lavoratore è correlata al fatto che, il suo reddito è la fonte esclusiva o prevalente di sostentamento per lui e la sua famiglia, e questo lo spinge necessariamente a trovare un posto retribuito: ciò lo pone in uno stato di inferiorità (socio-economica), nel momento in cui si trova a dover discutere e trattare di condizioni e termini legati all'assunzione, muovendosi all'interno di un mercato altamente concorrenziale. Tale debolezza del lavoratore presente nel mercato del lavoro, si protrae anche,

⁽²⁰⁾ L'universalità si riscontra anche nell'accezione di “cittadinanza”, intesa come persona umana, che ha diritto a tutti i necessari mezzi di assistenza e previdenza in grado di proteggere dalle situazioni di bisogno.

⁽²¹⁾ Storicamente, il diritto del lavoro trova applicazione nel lavoro subordinato che è il riferimento generale della materia; a tal proposito, viene distinto dal lavoro autonomo e da altre tipologie di rapporti. L'elemento della subordinazione che caratterizza il contatto di lavoro subordinato e lo distingue da quello autonomo si identifica nel, particolare, vincolo di natura personale che assoggetta il prestatore d'opera ad un potere direttivo del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua libertà, che inerisce alle concrete modalità di svolgimento dell'attività lavorativa e non si risolve in direttive di carattere generale, volte a delineare l'organizzazione o il funzionamento dell'impresa. La giurisprudenza ha, però, anche affermato che: “se è vero che, il rapporto di lavoro subordinato ai sensi degli artt. 2094 e 2086 c.c. si caratterizza per, la sottoposizione del lavoratore al potere gerarchico e disciplinare del datore e dell'imprenditore, è anche vero che, quando il carattere della subordinazione non è immediatamente apprezzabile per la particolarità delle mansioni svolte e per il concreto atteggiarsi del rapporto, può farsi riferimento a criteri complementari e sussidiari che, pur essendo di per se privi di valore decisivo possono essere valutati globalmente, come indizi del

all'interno del rapporto caratterizzato da un assoggettamento al datore di lavoro e al suo potere direttivo e disciplinare. La configurazione tradizionale del rapporto di lavoro attribuisce al datore una posizione attiva e di preminenza, rispetto alla posizione passiva di soggezione del prestatore: si tratta di poteri giuridici propriamente intesi, esercitabili in modo discrezionale per la tutela di un interesse proprio, e difficile è stato conformarli al rispetto dei principi costituzionali in materia, rimasti disattesi per diverso tempo (fino allo Statuto dei Lavoratori) ⁽²²⁾, prevalendo l'orientamento interpretativo secondo cui i principi non operassero come limite ai poteri privati.

La modifica dell'impostazione tradizionale sopra citata si è realizzata, anche se non risulta essere sufficiente, sia con la Costituzione, prima fondamentale presa di coscienza istituzionale della situazione oggettivamente e ingiustamente passiva del lavoratore, con la conseguente legittimazione dell'intervento dell'ordinamento nei rapporti interprivati, ma anche con la differente posizione occupata dal lavoratore nella società civile, articolata in classi, categorie e gruppi di interessi contrastanti ⁽²³⁾. Necessario è restituire al lavoratore il suo potere

rapporto subordinato” (Cass., Sez. VI, 19 ottobre del 2011, n. 21689, in *Il civilista* 2011, 12, 20).

⁽²²⁾ R. Scognamiglio, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995, p. 1262 e ss. In particolare, dagli anni '60 si afferma una legislazione caratterizzata da un accentuato spirito garantistico, che mira a consolidare i risultati già raggiunti e conseguire di nuovi, soddisfacendo interessi, personali e sindacali, dei lavoratori fino a raggiungere un livello di maggior garanzia, attraverso l'emanazione dello statuto dei lavoratori, che estende e rafforza la tutela degli interessi in gioco.

Cfr. M.V. Ballestrero, G. De Simone, *Diritto del lavoro*, Torino, 2012, p. 93 e ss.

Una nuova fase del diritto del lavoro è stata segnata dallo Statuto dei Lavoratori, nel quale domina la riconsiderazione del lavoratore subordinato, come titolare di diritti fondamentali della persona. Lo Statuto può essere, infatti, considerato come una Carta di diritti fondamentali e indisponibili, garantiti a tutti i lavoratori; esso ridistribuisce all'interno del contratto di scambio, poteri e obblighi, e garantisce diritti al lavoratore determinando la tutela della persona, la cui libertà e dignità devono restare al riparo dall'esercizio dei poteri datoriali.

⁽²³⁾ Si hanno disposizioni generali, come per esempio, l'art. 3, 1° e 2° comma Cost., in cui si vuole garantire sia l'uguaglianza di fronte alla legge, ma anche l'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli per realizzare un effettiva uguaglianza, anche sul piano economico-sociale tra i cittadini; ma anche disposizioni più specifiche, nelle quali è sancita la garanzia di

contrattuale, effettivo e competitivo, compensando la debolezza dovuta a ragioni economiche, sociali, culturali e inerenti alle condizioni del mercato del lavoro. Un rimedio, senza intaccare l'autonomia individuale, si può trovare attraverso l'intervento pubblico a sostegno della domanda di lavoro, riequilibrando il mercato, oppure cercando di dotare il lavoratore di mezzi necessari per stare sul mercato. Restano, tuttavia, valide le tradizionali forme di tutela giuridica che operano nel rapporto, così come accade per i rapporti giuridici che vedono da una parte i contraenti deboli, come il consumatore o il risparmiatore, dove la norma codicistica interviene, correggendo le condizioni che governano lo scambio sul mercato e con l'imposizione da parte del legislatore, di obblighi e diritti, capaci di delineare un modello comune minimo da rispettare e soprattutto in grado di impedire che la tutela dell'interesse di una parte (forte) avvenga ad eccessivo discapito dell'altra parte (debole). La sfera datoriale, come ambito di espressione di un potere privato, viene in molti casi compressa e limitata, con l'uso di diverse tecniche normative, vale a dire con la creazione di norme sostanziali quali, ad es., quelle di tutela antidiscriminatoria, (v. art. 4 l. 604/1966, gli artt. 15 e 16 dello Statuto, art. 3 l. 108/1990; nonché l. 903/1977 e 125/1991, sulla protezione femminile), o che, ad es., ancorano il potere di licenziamento alla sussistenza di precisi presupposti (cause di giustificazione) e con la procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali, cioè con la creazione di precise regole processuali da seguire per il corretto esercizio dei poteri da parte del datore di lavoro. Nel diritto del lavoro il senso protettivo, attribuito alle norme lavoristiche, riveste un ruolo diretto e rilevante in chiave interpretativa. Proprio per tutelare il prestatore di lavoro da trattamenti peggiorativi, si arriva a parlare di norme inderogabili, data l'esistenza di un principio del “*favor*” del lavoratore, dotato della capacità

determinati istituti del diritto del lavoro, come per esempio, l'art. 37 Cost., che si occupa di

derogatoria dell'ordine gerarchico delle fonti. Tutto il diritto del lavoro è tradizionalmente contraddistinto da questa tecnica. Si ha l'esigenza di interventi protettivi immodificabili dall'autonomia privata ⁽²⁴⁾.

L'inderogabilità è elemento su cui si fonda tutto il sistema giuslavoristico ⁽²⁵⁾. Alla base di essa possiamo riassumere che diverse sono le ragioni e i connotati, come la debolezza contrattuale del lavoratore subordinato, la situazione di disparità sostanziale dei contraenti, l'esigenza di interventi protettivi immodificabili dall'autonomia privata (tanto individuale quanto collettiva). La legge diviene fonte eteronoma di *standard* di tutela non riducibili dalle parti, anche se modificabili in senso migliorativo per il lavoratore, e il diritto del lavoro appare contraddistinto da una fase di rigido garantismo, che caratterizza le norme del codice civile e delle leggi *post* costituzionali.

parità retributiva, tra uomo e donna, e tutela del lavoro minorile e femminile.

⁽²⁴⁾ Il nostro ordinamento è democratico e considera liberi i singoli individui. I privati agiscono in una sfera di "autonomia", nel senso che possono decidere da sé come regolare i propri interessi, ottenendo dalla legge che gli atti posti in essere siano vincolanti e imperativi. Con la dichiarazione della propria volontà, gli individui indicano gli effetti che intendono conseguire e l'accordo raggiunto, con il negozio giuridico gli obblighi tra le parti. Nell'autonomia privata rientrano, sia l'autonomia contrattuale, cioè la libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto, sia l'autonomia collettiva, cioè la libertà dei gruppi di organizzarsi, di regolare la propria associazione e di agire per la propria tutela dei propri interessi. L'autonomia privata, contrattuale e collettiva, non sono illimitate, e a tal proposito, il legislatore stabilisce obblighi allo scopo di equilibrare tutte le situazioni che, ritiene meritevoli di tutela. In particolare come abbiamo visto, nel diritto del lavoro, l'autonomia contrattuale, intesa come potere delle parti di determinare il regolamento dei propri interessi attraverso il reciproco accordo, è ripartita in modo diseguale a causa dell'inferiorità della posizione economica del lavoratore: alla correzione di tale squilibrio sono finalizzate non solo l'organizzazione e l'azione del sindacato, ossia l'autonomia collettiva, come potere di autoregolazione dei gruppi professionali organizzati, ma anche la limitazione dell'autonomia privata imposta dalla disciplina inderogabile legale.

⁽²⁵⁾ Diverse sono le norme inderogabili: una delle prime previsioni di inderogabilità della disciplina lavoristica riguardava: la legge sull'impiego privato del 1924, le cui norme avrebbero dovuto osservarsi, malgrado ogni patto contrario, salvo il caso di particolari convenzioni o di usi più favorevoli all'impiegato e salvo il caso che il decreto ne consentisse la deroga consensuale; divieto di mutamento unilaterale in pejus delle mansioni del lavoratore (art. 2103 c.c.), diritto alla sospensione del rapporto di lavoro nei periodi di malattia, gravidanza, pauperio, servizio militare (artt. 2110-2111 c.c.); la norma per eccellenza è poi l'art. 2113 c.c., che afferma l'invalidità delle rinunce o transazioni aventi ad oggetto, diritti del prestatore di lavoro, derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi, concernenti i rapporti di lavoro subordinato, oppure, autonomo ed associato.

Bisogna porre attenzione ad elementi come la diversificazione regolativa e l'esigenza di flessibilità, il rinvio al d.lgs. 276/2003 e alla l. 150/2009 e il riferimento alla contrattazione integrativa in funzione di deroga peggiorativa, che hanno messo in crisi concetti fondamentali come quello dell'inderogabilità. La dimensione organizzativa dell'impresa ed i poteri correlati sembrano tendere nuovamente verso la prospettiva unilaterale come in passato ⁽²⁶⁾. A soccorso dei lavoratori resta tuttavia, la Carta costituzionale, rispetto alla quale il contratto deve riflettere situazioni di interesse e poteri dei datori di lavoro in funzione della promozione dei valori costituzionali di dignità e libertà. È inevitabile il carattere compromissorio del diritto del lavoro: da sempre il lavoratore si scontra con il modello fortemente centrato sull'impresa, come sede privilegiata di creazione di beni e servizi ed al tempo stesso di occupazione, sia pure con costante dialettica, espressa nella contrattazione collettiva e nella costante evoluzione della legislazione lavoristica. Infatti, pur riconoscendo che, il diritto del lavoro è innanzitutto una tecnica protettiva di un soggetto debole, soprattutto sul piano socio-economico e, quindi, un diritto distributivo di garanzie e di risorse, non si può tralasciare che esso è un diritto della produzione, una disciplina dei ruoli e delle modalità di produrre in una società sviluppata.

⁽²⁶⁾ Già negli anni '70, a causa della crisi petrolifera che investì l'economia mondiale, si ebbe la necessità di aumentare la competitività del sistema italiano, con politiche volte alla destrutturizzazione delle grandi imprese, portando all'affermazione delle medie e piccole imprese e alla frammentazione successiva. La concezione normativa restava comunque incentrata sul lavoro subordinato, ma si attuò la prima flessibilizzazione del mercato del lavoro, e dato che la disciplina giuridica era tutt'altro che duttile, si manifestò come modifica strutturale, che portò alla crescita esponenziale di ammortizzatori sociali, dei prepensionamenti, degli esuberanti, per non parlare del mercato del lavoro 'parallelo' sommerso. Si raggiunse un fragile equilibrio solo alla fine degli anni '80, ma già agli inizi degli anni '90, il mercato fu caratterizzato dalla polverizzazione del tessuto imprenditoriale, dalla forte estensione del lavoro autonomo, dall'aumento del lavoro sommerso e dalle nuove tipologie di lavoro che, non rientrano nella titolarità delle garanzie previste per i lavoratori subordinati. A metà degli anni '90, la globalizzazione portò ad una vera e propria fusione delle economie

1.3 Le origini del licenziamento: breve storia del recesso.

Il rapporto di lavoro, come ogni altro rapporto giuridico di durata, è soggetto ad alcune vicende modificative, tra cui anche l'estinzione ⁽²⁷⁾. Diverse sono le cause di estinzione: quelle generali previste dal codice civile, ossia mutuo dissenso e l'accordo tra le parti e quelle invece riferite alla natura personale del rapporto, come la morte del prestatore.

In particolare, parlando delle eventuali tipologie di estinzione del rapporto di lavoro, la più importante e frequente è il licenziamento ⁽²⁸⁾. Si tratta di un istituto, del diritto del lavoro, i cui principi e ramificazioni hanno subito profondi cambiamenti legati all'affermarsi della rivoluzione industriale; infatti le forti esigenze della nascente economia industriale si sono dovute, in qualche modo, adeguare alla nuova realtà socio-economica e ai nuovi strumenti di produzione e organizzazione aziendale. La disciplina giuridica del licenziamento è tenuta a riparare all'originaria disparità del potere contrattuale esistente tra datore (contraente forte) e lavoratore (contraente debole) e affrontare due esigenze contrastanti: da un lato, si ha la stabilità, derivante dal rapporto di lavoro, a cui ambisce il lavoratore; dall'altra, la flessibilità nell'impiego della forza lavoro sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo, che il datore cerca di raggiungere e

mondiali, comportando la necessità per il nostro paese di doversi adeguare a tali cambiamenti, aumentando di nuovo la flessibilità del mercato del lavoro.

⁽²⁷⁾ O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, IV ed., 2011, cit., p. 651 e ss. Cfr. G. Falasca, *Manuale di diritto del lavoro*, IV ed., Gruppo 24 Ore, 2012, p. 277.

⁽²⁸⁾ Il licenziamento è l'atto con il quale il datore di lavoro recede unilateralmente dal contratto di lavoro con un suo lavoratore dipendente; si contrappone pertanto alle dimissioni, ossia il recesso unilaterale dal contratto di lavoro da parte del dipendente. Può essere individuale o collettivo: il primo ha subito una profonda evoluzione, sia a livello legislativo che della contrattazione collettiva ed è regolato dagli artt. 2118 e 2119 c.c., dalla l. 604/66, successivamente modificata che, pone vincoli formali e sostanziali al potere datore richiamando requisiti specifici dallo Statuto dei lavoratori dalla l. 108/1990 e dalla l. 92/2012; il secondo riguarda una pluralità di dipendenti ed è regolamentato dalla l. 223/91 dove, nello specifico, all'art. 24 si individua il campo di applicazione, affermando che, tale procedura di informazione e consultazione sindacale, verrà avviata, qualora, l'imprenditore intenda procedere, ad almeno, cinque licenziamenti nei successivi centoventi giorni ponendo, quindi, attenzione alle circostanze afferenti la riorganizzazione dell'impresa.

imporre. La prima esigenza richiede una decisa limitazione alla libertà di licenziamento, sul piano sostanziale e formale, la seconda spinge verso la più ampia libertà di licenziamento. Nell'ordinamento italiano, come in molti altri ordinamenti vigenti, la libertà di licenziamento non è assoluta ma sottoposta a limitazioni più o meno incisive.

L'attuale normativa sul licenziamento, dunque è, ad oggi, il frutto di un'evoluzione storica che prevede gradi di tutela diversi: pochi sono, infatti, adesso i casi dove si è mantenuto il regime di libera recedibilità, mentre è divenuta regola generale, il regime vincolistico dell'obbligo di motivazione con conseguente necessità di giusta causa o giustificato motivo.

Facendo un passo indietro, bisogna tener presente, parlando del licenziamento, che esso può essere ricondotto alla categoria del recesso ovvero a quella della risoluzione; siamo di fronte a una mistificazione, poiché la cultura giuridica ha inteso ricondurre il licenziamento alla categoria del recesso, evocando questo atto negoziale, sostanzialmente a-causale, attraverso il quale si pone fine al rapporto giuridico, ignorando la risoluzione che, al contrario, è capace di estinguere il vincolo, ma sulla base di un fondamento giustificativo (art. 1453 c.c. e ss.). Centocinquanta anni di storia giuridica hanno portato a concludere che il licenziamento è riconducibile al recesso ⁽²⁹⁾, dando seguito alla richiesta e all'esigenza

⁽²⁹⁾ È un atto di una autonomia privata avente natura negoziale che, secondo le idee prevalenti, costituisce l'alternativa giuridica alla cd. perpetuità dei vincoli obbligatori (Carnelutti, 1911; Mancini, 1962), ricordiamo che il codice civile del 1865, aveva in tal senso operato un'importante conquista di civiltà, la fine d'asservimento e segno di presa di distanza rispetto le idee feudali, sancendo che nessun rapporto giuridico poteva essere perpetuo. Teniamo presente anche che, la distinzione tra recesso ordinario e straordinario, rispecchia in pieno, il fondamentale principio appena citato, in base al quale il rapporto di lavoro non poteva essere concepito come "perpetuo", e dove il lavoratore non poteva obbligarsi *sine die* nei confronti di un unico datore. Pur restando in dubbio la riconducibilità all'autonomia privata del potere di recesso, è necessario sottolineare la rilevanza di tale acquisita natura sul piano delle conseguenze giuridiche e ricordarne le principali caratteristiche di: irretroattività, dove l'effetto estintivo collegato alla sua comunicazione non può che prodursi successivamente alla manifestazione della volontà; unilateralità e recettività, poiché produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della persona alla quale è destinato. È però inoltre, necessario sottolineare che, tale principio calato in un contesto economico industriale, in cui vi è un

dell'imprenditore di avere un ampio spazio di manovra e libertà. Si mette in atto una vocazione liberale, propria delle origini della nascita del diritto del lavoro (fine '800), diretta ad affermare la libertà del licenziamento, sostenendo che il diritto del lavoro non ha bisogno di una propria specificità, poiché esso altro non è che la proiezione di regole generali del diritto civile. Ciò, dà una giustificazione ad un assetto regolativo dei rapporti economici che pretende libertà: il datore non vuole giustificarsi ne essere soggetto a limiti.

Nei decenni successivi, il Codice Civile del 1942, ribadendo tale vocazione liberista e pur non evocando la figura del licenziamento e riferendosi indistintamente alla posizione dei due protagonisti del lavoro (³⁰), regola l'estinzione del rapporto di lavoro, con gli artt. 2118 e 2119 c.c

L'art. 2118 c.c. prevede che ciascuna delle due parti del contratto di lavoro possa recedere dal vincolo contrattuale dando preavviso all'altra, ribadendo che il recesso è, appunto, libero; una libertà che riguarda sia il lavoratore, che può dimettersi, che il datore di lavoro, che può licenziare liberamente, dando un semplice preavviso, in tempi ragionevoli, al prestatore. Se il contratto è a tempo determinato, il datore può risolvere il rapporto alla scadenza del termine apposto. Anche l'art. 2119 prevede e disciplina il recesso, ma per giusta causa, cioè per una causa che non

enorme numero di lavoratori disponibili a lavorare, anche a condizioni minime di sopravvivenza, si presta alla facile obiezione di garantire una libertà, solo apparente, ed una solo formale parità delle parti agli effetti della cessazione del vincolo obbligatorio. Una regola del genere si presta ad avvantaggiare in maniera notevole il datore di lavoro che offre sul mercato un bene (l'occupazione) meno disponibile e fungibile del lavoro messo in campo dal prestatore d'opera.

(³⁰) Si dà per scontato che, nel rapporto di lavoro le iniziative prese in seno al contratto, anche estintive, fossero rimesse alla volontà delle parti, sulla base di una presunta parità dei contraenti (gli artt. 2118 e 2119 c.c. disciplinano unitariamente l'istituto del recesso nel rapporto di lavoro). Tale presunzione di parità, formale e sostanziale, tipica di ogni rapporto obbligatorio, si rivela inadeguata nel rapporto di lavoro e evidenzia invece una debolezza contrattuale del lavoratore, dove spesso si sostituisce alla recedibilità incondizionata a quella arbitraria.

consente la prosecuzione, neanche provvisoria del rapporto di lavoro ⁽³¹⁾ e, in questo caso, nello specifico, non è dovuto il preavviso (il recesso causale si pone in termini di eccezione, rispetto al recesso *ad nutum*;). L'originaria intenzione del codice civile del '42, salvo ciò che accadrà nei decenni successivi, era quella di utilizzare l'art. 2119 c.c., esclusivamente per distinguere il recesso con preavviso da quello senza il preavviso. Questo modo di vedere le cose, rispecchia in pieno la prospettiva fideistica del diritto corporativo, che valorizza il sistema fascista come garante del lavoro, sottolineando quindi l'inutilità di una tutela contro il licenziamento. Tale prospettiva di "libertà" si troverà poi, a fare i conti con l'evoluzione del diritto del lavoro, soprattutto nella fase *post* costituzionale, quando si metteva coerentemente sotto accusa la libertà di licenziamento, sentendo la necessità di rivisitare la regola del cd. licenziamento *ad nutum*.

Si apriva poi, sulla base degli artt. 4 e 41 c. 2, un ampio dibattito, perché venisse affermato un generale divieto di licenziamento immotivato e si finiva per prendere le distanze, in modo definitivo, dai canoni del diritto corporativo.

Dopo l'emergenza dell'immediato dopoguerra che, aveva aperto la parentesi del cd. blocco dei licenziamenti, le parti sociali si resero attive

⁽³¹⁾ Si tratta di una lesione del vincolo fiduciario, che sta alla base del rapporto, lesione che può derivare anche da comportamenti *extra* lavorativi, che inducono a far ritenere che il lavoratore non sia idoneo alla prestazione lavorativa. Si fa riferimento alla violazione del vincolo fiduciario anche quando questo non si concretizzi in un danno per il datore di lavoro: in proposito, "ritiene legittimo il licenziamento per giusta causa, intimato al dipendente di un istituto di credito, a prescindere dalla sussistenza di un danno effettivo per il datore di lavoro, dal momento che l'idoneità del comportamento contestato, a ledere irrimediabilmente il rapporto fiduciario deve essere valutata con particolare rigore, rilevando la lesione dell'affidamento che, non solo il datore di lavoro, ma anche il pubblico, ripongono nella lealtà e correttezza dei funzionari" (Cass., Sez. Lav., 16 giugno 2008, n. 16207, in FI, 2008, 9, 2451). Inoltre, già la Cassazione aveva affermato che la condotta inerente alla vita privata del lavoratore, di norma irrilevante ai fini della lesione del rapporto fiduciario tra dipendente e datore, assume rilevanza a tale fine e può integrare la giusta causa, qualora fatti e comportamenti, estranei alla sfera del contratto, siano tali, per la loro gravità e natura, da far venire meno quella fiducia, presupposto essenziale della collaborazione (Cass., Sez. Lav., 22 agosto 1997, n. 7884, in DL, 1998, II, 166).
G. Falasca, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., p. 280.

sul terreno della limitazione del potere di licenziamento; furono decisivi, diversi Accordi Interconfederali del settore industriale, stipulati nel secondo dopoguerra, tra cui quello del 7 agosto del 1947, con alcune limitazioni ai licenziamenti nell'industria, rinnovato da accordi del 18 ottobre 1950 (reso *erga omnes*, per effetto della legge Vigorelli, con d.p.r. 14 luglio 1960 n. 1011) e da accordi successivi del 1965; contestualmente, omologhe fonti collettive, regolavano la materia dei licenziamenti collettivi. Con questi accordi, l'autonomia collettiva introduceva il principio della necessaria giustificazione del licenziamento, dando al lavoratore la possibilità di impugnarlo mediante il ricorso a procedure conciliative o arbitrali, all'esito delle quali poteva essere emanata una pronuncia secondo equità che, imponeva al datore di riassumere o in alternativa di pagare una penale risarcitoria commisurata al numero di mensilità, di retribuzione e alle dimensioni dell'impresa. Per la prima volta, si pone un limite al potere datoriale e alla sua posizione di effettiva superiorità giuridica e politica all'interno del rapporto di lavoro, marginalizzando e evitando licenziamenti privi di motivi, riguardanti il comportamento del lavoratore o esigenze aziendali. Ciò è il risultato di richieste, sia da parte della dottrina, che dall'intero mondo del lavoro, di maggiori tutele del lavoratore; sono comunque evidenti i limiti dell'intervento, dato che, comunque la regola generale del licenziamento restava di fatto quella sancita dall'art. 2118 c.c. Inoltre la regolamentazione pattizia è ristretta solo all'ambito industriale e riguarda nella sostanza una tutela solo obbligatoria, manca un effettiva tutela dell'occupazione tendendo ad una monetizzazione della perdita dell'occasione di lavoro e una verifica della legittimità del licenziamento.

La svolta decisiva si ha con la l. 604/66, che introduce la prima disciplina legislativa vincolistica che, mantenendo intatta la libertà di dimissione, regolamentò i licenziamenti individuali, dichiarando

illegittimo il licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo. Ulteriore passo in avanti è compiuto con la l. 300/70, lo Statuto dei Lavoratori, dove all'art. 18, si prevede la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, quando il Giudice ritenga non sussistere appunto, ne giusta causa ne giustificato motivo del licenziamento. Fondamentale è inoltre la l. 108/90 che, propone un nuovo assetto della disciplina dei licenziamenti, innovando la l. 604/66 e modificando l'art. 18 st. lav., nello specifico, estende la tutela contro i licenziamenti illegittimi, in termini di riassunzione o indennità, anche ai lavoratori dipendenti da imprese di piccola dimensione.

Si delinea così nel nostro ordinamento una compresenza di tutele ⁽³²⁾: una prima zona di rilevanza del licenziamento *ad nutum*, (dal latino *nutus* che significa “cenno”, e per traslato “comando”, allude figurativamente al potere del datore di risolvere il rapporto senza scomodarsi tanto, “con un solo cenno del capo”), ossia l'ipotesi di recesso del datore di lavoro senza necessità di alcuna motivazione, ne condizionato da oneri di forma e quindi libera recedibilità, che resterà possibile in alcuni casi specifici. È il caso: del soggetto che svolge un periodo di prova, entro il limite massimo di sei mesi dall'assunzione; lavoratori domestici, dirigenti (salvi limiti previsti dal contratto collettivo), e lavoratori che si trovano in determinate situazioni come ad esempio ultrasessantenni che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto. Una seconda sfera, nella quale ha vigore una tutela meramente obbligatoria che, consiste nell'alternativa per il datore fra la riassunzione ed il pagamento di una penale risarcitoria, che si applica alle imprese fino a quindici dipendenti ovvero ai datori che occupano fino a sessanta dipendenti e che contempla oneri di forma ed obblighi di motivazione del recesso. Infine un'ultima area, che comprende quei casi che non rientrano

⁽³²⁾ La questione sarà approfondita nel paragrafo 2.1.

nella precedente, nella quale all'invalidità del licenziamento per violazione delle regole formali e sostanziali consegue il diritto per il lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro, oltre alla ricostruzione del rapporto per il periodo tra il licenziamento e la sentenza. Questo è un quadro d'insieme che tralascia speciali situazioni e peculiari regolamentazioni, che riceve per esempio il licenziamento discriminatorio o categorie cd. di tendenza.

1.4 Quadro normativo: il susseguirsi di interventi epocali destinati a rivoluzionare la disciplina del licenziamento e, più in generale, l'intero ambito del diritto del lavoro.

Senza dubbio, la Costituzione svolse un ruolo fondamentale nel sollevare, sia la questione fortemente nebulosa che, riguardava l'ambito del licenziamento e del libero recesso, sia il contrasto tra il Codice di stampo corporativo che, portava avanti l'idea di parità formale e sostanziale tra datore di lavoro e lavoratore sul versante dell'estinzione del rapporto, e i nuovi valori introdotti nella carta fondamentale.

Diverse furono le linee di pensiero, i filoni che, percorsero gli anni '50 e che facendo leva sui principi della Costituzione, in particolare sul principio del diritto al lavoro sancito dall'art. 4, puntavano al superamento della regola del recesso *ad nutum* ⁽³³⁾. Verso la metà degli anni '60

⁽³³⁾ La dottrina cerca come può, di porre rimedio all'assenza legislativa e cerca di creare teorie di licenziamento con una base diversa rispetto alla libera recedibilità, a tal proposito sul fine giustificativo del licenziamento, ci si domanda se alla luce della disciplina legale operante sulla base del codice civile del 42, il datore sia totalmente libero di intimare il licenziamento, anche se i riferimenti sembrano non lasciare altre interpretazioni. Diversi sono gli interventi, chiavi di lettura della disciplina dei licenziamenti, in particolare ne ricordiamo alcuni: Mortati, 1954, che da buon costituzionalista fondò il superamento sul presupposto che la norma costituzionale alludesse al diritto a mantenere il posto di lavoro, da cui discende l'illegittimità di un atto di recesso che limitasse quel diritto, senza un presupposto giustificativo ragionevole e controllabile; nella dottrina e nella giurisprudenza prevalente, tra cui Mancini, 1962, prevalse l'opinione secondo cui la disposizione (programmatica) della Carta introduceva un impegno della Repubblica a garantire la piena occupazione e, dunque, la creazione di nuovi posti di

cominciò ad avvertirsi l'esigenza di cambiare quel sistema ancorato all'assoluta libertà dei licenziamenti e ben presto, si pose la questione di fronte alla Corte costituzionale, mettendo in evidenza il contrasto tra l'art. 2118 c.c. e i principi costituzionali. La sent. 45/1965 della Corte, dichiarò l'art. 2118 c.c. costituzionalmente legittimo, affermò che il potere di recesso del datore di lavoro non costituiva più un principio generale ed era necessario l'intervento legislativo per regolamentare nello specifico la materia (ciò lo si evinceva già dall'art. 4 Cost.). Tale esortazione fu accolta con la l. 604/1966, che cambiò definitivamente tale assetto. Questa disciplina afferma molto chiaramente che, il potere del datore di lavoro di licenziare non è libero, ma soggetto a vincoli formali e sostanziali; affermazione molto forte, destinata a produrre grandi effetti, dato che, muta completamente la visione di vedere l'intero ambito del lavoro.

In particolare l'art. 2, c. 1, l. 604/1966 ⁽³⁴⁾, sancisce l'obbligo per il datore di lavoro di comunicare per iscritto il licenziamento, a pena di inefficacia del recesso. Il licenziamento, dunque, è un negozio unilaterale recettizio a forma vincolata che, si perfeziona nel momento in cui la dichiarazione di volontà del recedente giunge a conoscenza del

lavoro; infine c'è il tentativo di Natoli, dove afferma che una limitazione al potere di licenziamento poteva discendere dalla sussistenza di motivo illecito unico e determinante, art. 1345 c.c., così, il licenziamento risulta nullo, privo di effetti.

⁽³⁴⁾ G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Diritto del lavoro*, vol. II, IV ed., Milano, 2009, p. 1405 e ss. "Il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro. Il prestatore di lavoro può chiedere, entro quindici giorni dalla comunicazione, i motivi che hanno determinato il recesso: in tal caso il datore di lavoro deve, nei sette giorni dalla richiesta, comunicarli per iscritto. Il licenziamento intimato senza l'osservanza delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 è inefficace. Le disposizioni di cui al c. 1 e di cui all'art. 9 si applicano anche ai dirigenti".

La forma è richiesta *ad substantiam* (Cass., S.U., 18 ottobre 1982, n. 5394, in DL, 1984, II, 31); inoltre è stato recentemente precisato (Cass., 13 agosto 2007, n. 17652, in Gciv. Mass., 2007, 9), che in tema di forma scritta del licenziamento, non sussiste per il datore l'onere di adoperare formule sacramentali e la volontà di licenziare può essere comunicata al lavoratore anche in forma indiretta, purché chiara.

La motivazione del recesso è posta a garanzia del lavoratore licenziato consentendogli, attraverso la conoscenza delle ragioni poste alla base del provvedimento espulsivo, una valutazione del fondamento di tali ragioni e dell'eventuale opportunità di contestarle (Cass., 27 maggio 1986, n. 3564, in Gciv. Mass., 1986, fasc. 5).

destinatario, acquistando così l'idoneità necessaria alla produzione dell'effetto voluto. La forma scritta per l'intimazione del recesso da parte del datore di lavoro è richiesta dalla legge, *ad substantiam* (riguarda sia quelli individuali che quelli collettivi anche se la loro disciplina è stata caratterizzata da vicende evolutive enormemente differenti). Ne consegue che, il licenziamento individuale intimato senza l'osservanza della forma scritta è nullo e, quindi, improduttivo di effetti giuridici, per difetto di forma (la forma orale sarà, poi, ammessa solamente nelle ipotesi di licenziamento *ad nutum*, con eccezione dei dirigenti). È il primo atto di responsabilità e certezza che, impone al soggetto recedente, una posizione chiara rispetto alla propria decisione. L'articolo, poi, continua con un altro importante requisito, quello dell'obbligo della motivazione: il testo originario prevede una soluzione articolata poiché, si afferma che, il lavoratore che riceve la lettera di licenziamento, ha la facoltà di richiedere i motivi del licenziamento e, se il lavoratore esercita tale facoltà, il datore ha poi l'obbligo di comunicare tali motivi, il tutto nel rispetto dei termini indicati dall'articolo (in particolare, qualora il datore non risponde o non lo fa entro il termine, il licenziamento risulta inefficace). Questo aspetto verrà poi modificato dalla legge Fornero ⁽³⁵⁾, dove si prevede che la motivazione debba essere contestuale, prendendo atto della necessaria unificazione dell'atto di recesso, nel quale devono essere contestualmente indicati i motivi.

La l. 604 si fa poi carico di individuare il fondamento sostanziale del licenziamento: all'art. 3 ⁽³⁶⁾, si prevede che il licenziamento possa

⁽³⁵⁾ Si riporta per comodità la norma. Art. 2, c. 2° della legge 604/1966 *post-riforma*: “la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato”.

⁽³⁶⁾ G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Diritto del lavoro*, vol. II, IV ed., cit., p. 1430 e ss. “Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.” In giurisprudenza e in dottrina è prevalente l'orientamento secondo cui tra le due fattispecie, giusta causa (gravissimo inadempimento) e giustificato motivo soggettivo (notevole

essere intimato per giustificato motivo soggettivo o per giustificato motivo oggettivo. Siamo, qui, di fronte a clausole generali, molto diverse tra loro: infatti con giustificato motivo soggettivo, parleremo di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, mentre con giustificato motivo oggettivo intenderemo far riferimento alle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa. Al suo interno questa legge, frutto di un duro compromesso e mediazione tra le forze politiche, presenta diverse omissioni, necessarie forse, per arrivare a compiere un passo in avanti: è il caso della giusta causa, che non muta la sua definizione, ma subisce una sorta di “metamorfosi”. La giusta causa, infatti, fino al 1966, aveva la sola funzione di distinguere il recesso senza preavviso, da quello con preavviso; dopo la l. 604 le cose cambiano, l'art. 2119 c.c. viene riletto

inadempimento), non esisterebbero differenze qualitative, ma solo quantitative, relative all'intensità dell'inadempimento di un obbligo contrattuale del lavoratore; ciò risulta, sia pure implicitamente, posta alla base di moltissime decisioni della S.C. e, in particolare, tale distinzione, ricordiamo, ha una ricaduta pratica relativa appunto al preavviso (Cass., 25 luglio 1990, n. 7520, in GI, 1991, I, 1, 1466). Tale senso pratico, ha perso di significato, con la legge Fornero, che ha previsto, parlando di licenziamento disciplinare, un suo effetto retroattivo, ossia produrrà effetto dal momento in cui il procedimento disciplinare è stato avviato; va infine aggiunto che, è ormai acquisito in giurisprudenza, che il preavviso, che caratterizza, in generale, il licenziamento può essere sostituito immediatamente con l'indennità di preavviso. Si deduce che pur essendo importante, la distinzione tra giusta causa e giustificato motivo soggettivo, non ha effetti travolgenti dal punto di vista degli effetti e, inoltre, essa serve a poco quando si osserva la giurisprudenza perché, comunque, si ha poca chiarezza e stabilità, a meno che non si abbia a che fare con casi estremi in cui è facile ricavare le differenze; ciò è molto difficile e complicato, poiché, tutto ruota intorno allo spazio discrezionale dell'interpretazione, non si tratta di una scienza esatta, non è una caratteristica del diritto. Poi c'è il giustificato motivo oggettivo, che riguarda l'organizzazione/riorganizzazione dell'attività d'impresa del datore del lavoro, scelte che comportano di conseguenza il licenziamento individuale, che attribuiscono rilievo ad una situazione obiettiva, che può anche essere del tutto estranea alle vicende del rapporto di lavoro. Rientrano in tale categoria quei licenziamenti determinati dalla necessità di procedere alla soppressione del posto di lavoro ovvero del reparto cui è addetto il singolo lavoratore.

Ciò va distinto dalla fattispecie prevista dalla l. 23 luglio 1991 n. 223, che disciplina i licenziamenti collettivi, caratterizzati da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale. Ricordiamo, inoltre, il principio espresso Cassazione, secondo cui l'esigenza di ridurre il numero dei dipendenti, di una o più unità produttive, per ragioni legate all'attività produttiva, qualora dia luogo a ipotesi di licenziamento collettivo può concretizzarsi in un giustificato motivo oggettivo di licenziamento individuale, pur rispettando le regole di correttezza per la scelta del lavoratore da licenziare (Cass., 11 giugno 2004, n. 11124, in Gciv. Mass., 2004, 6, e 21 novembre 2001, n. 14663, in DL, 2002, II, 23)
M.V. Ballestrero, *I licenziamenti*, Milano, 1975, p. 329.

alla luce della stessa legge, e si arriverà a dire che la giusta causa, oltre ad essere elemento capace di distinguere il recesso libero con preavviso rispetto a quello senza preavviso, è anch'essa una fattispecie che può giustificare il licenziamento, al pari del giustificato motivo soggettivo e oggettivo. All'alba della l. 604/66, abbiamo di fronte una triade: giusta causa, giustificato motivo soggettivo e giustificato motivo oggettivo; tre fattispecie che hanno lo scopo di essere osservate come fondamenti giustificativi del potere di licenziare, così come previsto dall'art. 1 della legge del '66. Si procede verso una regolamentazione legale della disciplina dei licenziamenti individuali, mentre l'autoregolamentazione dei singoli e delle organizzazioni sindacali conservano la gestione dei soli licenziamenti collettivi.

La novità fondamentale è, come abbiamo visto, l'introduzione dell'obbligo incondizionato della giustificazione del licenziamento, quale reale limitazione del potere datoriale di recesso, con la conseguente riduzione dell'ambito di operatività del recesso *ad nutum*, applicabile solo in relazione a determinate categorie di lavoratori (37). Oltre alla necessaria giustificazione del licenziamento, con la l. 604, si pongono delle migliorie rispetto la disciplina relativa alle conseguenze prodotte dall'accertamento dell'invalidità del recesso, con l'introduzione della riassunzione in servizio, con efficacia *ex nunc*, in alternativa a quella sanzionatoria. In tale ipotesi però, l'atto illecito, pur potendo essere ingiustificato, risulta comunque valido ed efficace, in quanto comporta in ogni caso l'estinzione del rapporto ed in nessun caso, ne determina la ricostituzione *ex tunc*, ma al massimo, come detto, l'instaurazione di un nuovo rapporto tra le stesse parti, ovvero l'irrogazione di una sanzione.

In particolare, è necessario richiamare l'art. 8 della stessa legge, che fissa la disciplina della *tutela obbligatoria*, nei confronti del

licenziamento illegittimo. Esso lascia dei dubbi riguardo l'effettività della tutela, in relazione, sia alla capacità volta a soddisfare tutti i danni subiti dal lavoratore, in caso di licenziamento invalido, sia sul dare effettiva applicazione all'art. 4 Cost.; l'incertezza permane anche in ordine alla perdita di importanza rispetto alla distinzione delle categorie di licenziamento e in ordine alla gravità del vizio di invalidità, perché comunque, in ogni caso si sarebbero applicate le medesime tutele previste per il licenziamento annullabile. Diversi sono gli apprezzamenti rivolti all'intervento legislativo del 1966 che, di fatto ha introdotto un limite oggettivo al potere di recesso, ma non poche sono le critiche rivolte principalmente al fatto di non aver eliminato del tutto la fattispecie del recesso *ad nutum* e sull'impossibilità di fondare su di essa un'effettiva limitazione del potere di licenziamento e una soddisfacente tutela per il lavoratore ⁽³⁸⁾.

Proprio a tal proposito il legislatore deciderà di rivedere la disciplina del recesso dal rapporto di lavoro e le relative tutele rivolte al lavoratore, "approdando" ad uno dei momenti più importanti della storia delle relazioni industriali del nostro paese. La l. 300/1970 arrivò all'indomani di un periodo di forti tensioni sociali e politiche che, toccarono il vertice nel 1968 e nel così detto "autunno caldo" del 1969, momenti che, ancora oggi lasciano aperto, nel bene e nel male, un vivace dibattito. La prima data fa riferimento alle lotte studentesche che aprirono la strada, ad un periodo di evoluzione sociale, mentre la seconda si rifà ad un contesto più specificamente legato alla nostra realtà nazionale caratterizzata in quel momento da un duro, prolungato confronto sociale, accompagnato da scioperi e mobilitazioni frequenti. In questo scenario prende forma una norma che sarebbe rimasta, l'esempio più importante

⁽³⁷⁾ M. Miscione, *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, in F. Carinci, *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91*, vol. I, Napoli, 1991.

⁽³⁸⁾ M. V. Ballestrero, *I licenziamenti*, cit., p. 80 e ss.

della legislazione italiana nella materia dei rapporti fra l'imprenditore e i lavoratori: lo Statuto dei Lavoratori. Alcuni suoi passaggi sono stati modificati negli anni dal legislatore e altri trasformati in condizioni di miglior favore attraverso le norme dei singoli contratti collettivi, ma della legge resta ancora oggi invariato il proprio valore fondamentale. Tale intervento legislativo investe un ambito molto vasto e articolato: quarantuno articoli divisi in sei titoli. Necessario è soffermarsi sull'art. 18 che introduce la cd. *tutela reale*, riducendo l'applicazione del recesso *ad nutum* ai minimi termini e prevedendo un sistema di tutele "forte", rispetto a quella "debole" prevista dalla l. 604 ⁽³⁹⁾.

Come avremo modo di approfondire in seguito, in questo nuovo modello di tutela si fa prevalere: sia l'elemento della dannosità del licenziamento a cui si vuole rimediare, riconoscendo al lavoratore il diritto al risarcimento del danno e alle retribuzioni, sia il pregiudizio irreparabile creatosi dall'abuso del potere economico, determinato nella sfera personalistica del lavoratore, che richiama un intervento di tipo reintegratorio/inibitorio dato che, il rapporto non risulta essere validamente interrotto, a cui si cerca di sopperire, mediante l'ordine giudiziale e ponendo fine all'illecita estromissione. A differenza di ciò che avviene in ambito di tutela obbligatoria, ove l'atto illecito pur essendo ingiustificato risulta, comunque, valido e efficace e non comporta la ricostruzione del rapporto, nella tutela reale il provvedimento datoriale non incide sulla continuità giuridica del rapporto e il provvedimento giudiziale funge quindi come meccanismo per la riaffermazione del vincolo *ex contractu*; siamo di fronte non solo ad un atto negoziale ma anche, ad un diritto potestativo, che richiama presupposti sostanziali o

⁽³⁹⁾ Tale distinzione, non dà luogo alla contrapposizione tra una legislazione specifica, in materia di licenziamento e le regole di diritto comune, ma a due paralleli microsistemi normativi del licenziamento illegittimo. L'inconsueto raddoppiamento italiano delle discipline specifiche del licenziamento è stato e in parte lo è ancora, fattore moltiplicatorio di contraddizioni dissonante, che enfatizzano le disparità di trattamento tra le due.

formali previsti dalla legge, per considerare valide modifiche dirette alla sfera giuridica altrui. Anche se, alla luce dei lavori preparatori dello Statuto, non si era manifestata alcuna necessità, nello specifico, di riformare la fattispecie dei licenziamenti, così prevista nel '66, in seguito, ad un'indagine promossa dal senato e compiuta dalla X Commissione ⁽⁴⁰⁾, verrà introdotta la <<tutela della reintegrazione nel posto di lavoro>>, dapprima per i soli licenziamenti discriminatori e di rappresaglia, poi per tutte le fattispecie invalidanti, prescindendo dal vizio sottostante ⁽⁴¹⁾. Tale intervento circoscrive ulteriormente il potere del datore di lavoro di licenziare, rafforzando i rimedi a disposizione del lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato; innova profondamente il regime sanzionatorio connesso alla violazione della regola e completa il quadro previsto dalla l. del '66, superando definitivamente la logica strettamente liberale e affermando il principio di stabilità del rapporto. Il quadro normativo viene infine perfezionato, dalla l. 11 maggio 1990, n. 108 ⁽⁴²⁾, infatti dopo un ventennio dalla promulgazione dello Statuto, e a seguito

⁽⁴⁰⁾ Disegno di legge n. 738, del 24 giugno del 1969.

⁽⁴¹⁾ Si assiste ad una progressiva estensione, avallata dalla Corte cost. delle tutele sub art. 18 st. lav. (sent. 30 novembre del 1982, n. 204, in FI, 1983, I, 1, 1040, e 22 gennaio del 1987, n. 17, GC, 1987, I, 188)

⁽⁴²⁾ A. Zambelli; *Guida pratica licenziamenti e sanzioni disciplinari*, il Sole 24 Ore, 2012, p. 69. Prima della l. 108, la Cassazione aveva bene riassunto gli ambiti di applicazione dei diversi regimi, affermando che aveva diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, il lavoratore illegittimamente licenziato da impresa (industriale o commerciale) che, pur non superando complessivamente la dimensione numerica di trentacinque dipendenti, ne occupasse più di quindici nell'unica unità produttiva in cui era organizzata (Cass., 15 ottobre 1985, n. 5050, in FI, 1985, I, 2876). Formalmente, dopo l'intervento della l. 108, rimane il sistema tripartito (tutela reale, obbligatoria e art. 2118 c.c.), tuttavia per effetto del combinato disposto dall'art. 1 della l. 108, che delimita il campo di applicazione dell'art. 18 st. lav., dell'art. 2 della l. 108, che ridisegna il campo di applicabilità della l. 604/66, e del successivo art. 6 della l. 108, che abroga l'art. 11, c. 1 della l. 604, il controllo delle ragioni di licenziamento è stato esteso anche alle piccole imprese e tendenzialmente a qualsiasi datore di lavoro, rimanendo del tutto marginale l'area di libera recedibilità (si eliminano ogni soglia dimensionale, in precedenza prevista, per l'applicabilità della tutela obbligatoria, che conseguentemente e anche allo stato attuale, opera in tutte le ipotesi in cui non trova applicazione la tutela reale). Adesso la tutela della l. 604/1966, che come già sappiamo si applicava solo alle imprese oltre i trentacinque dipendenti, è stata estesa alle imprese occupanti fino a quindici dipendenti, quindi di piccola dimensione e la tutela dell'art. 18 l. 300/1970 si applica ai lavoratori delle imprese con più di quindici addetti.

Cfr. G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, *Diritto del lavoro*, vol. II, IV ed., cit., p. 1694.

del diffondersi di ulteriori critiche al testo normativo, dovute alla difficile applicazione dei principi sanciti dall'art. 18 st. lav., si torna sull'argomento attraverso un intervento di carattere abrogativo. La norma amplia ulteriormente la tutela in favore del lavoratore, e consacra definitivamente il principio della necessaria giustificazione, portando a compimento quel processo, avviato dagli Accordi Interconfederali degli anni '50/'60 e proseguito con le leggi 604 e 300. A distanza di poco più di un anno dalla promulgazione della n. 108, nonostante la Comunità europea fosse intervenuta sulla fattispecie dei licenziamenti collettivi già nel 1975, il legislatore emanava la l. del 23 luglio 1991, n. 223. Nessuna norma, infatti, fino ad allora aveva regolato la fattispecie del licenziamento collettivo, anzi espressamente esclusa dai propri campi di applicazione pertanto, restava orfana di una regolamentazione legale e, continuava ad essere disciplinata dalle regole contenute nell'accordo interconfederale del '65 e in quello del '50, recepito nella l. 741 del 1959. La l. 223, sottraeva alla regolamentazione pattizia, la fattispecie del licenziamento collettivo, e recuperava dalla disciplina dei licenziamenti individuali alcuni principi cardine. Così, attraverso una rigida procedimentalizzazione dei poteri datoriali e con l'attribuzione alle organizzazioni sindacali di un reale potere di controllo *ex ante*, si estende ad essi, da un lato, il generale obbligo di giustificazione dei licenziamenti, nei limiti della insindacabilità nel merito delle scelte datoriali e dall'altro lato, l'applicazione di tutte le tutele sub art. 18, nell'ipotesi di violazione della procedura stabilita *ex art. 4* e dei criteri di scelta *ex art. 5*, oltre che, nel caso di violazione degli obblighi formali.

Per concludere, non si può non fare riferimento alla l. n. 92, del 28 giugno 2012, la cd. riforma Fornero, che distingue il sopra menzionato sistema sanzionatorio, e effettua una suddivisione della tutela, in ragione

della gravità del caso accertato dal Giudice, al quale attribuisce non pochi poteri di valutazione.

Ciò ci fa riflettere, di quanto questo Giudice sia lontano dalla funzione di “*bouche de la loi*” introdotta da Montesquieu, fautore della teoria della separazione dei poteri dello stato.

2. Coesistenza e interferenza di norme: flessibilità in uscita.

SOMMARIO: _2.1 Parallelismo delle tutele. _2.2 La riforma Fornero e la politica della *flexsecurity*. _2.3 Flessibilità in uscita e metamorfosi dell'articolo 18.

2.1 Parallelismo delle tutele.

Approfondendo e ricostruendo la disciplina dei licenziamenti e delle tutele rivolte al lavoratore, emergono due principi fondamentali: la progressiva generalizzazione dell'obbligo alla giustificazione del licenziamento, come elemento costitutivo della struttura causale dell'atto (con la riduzione al minimo dell'applicazione del recesso *ad nutum*) e l'introduzione di molteplici sistemi di tutela per il lavoratore illegittimamente licenziato, in base a diversi criteri soggettivi e oggettivi. Il legislatore ha introdotto nell'ordinamento forme di tutela incidenti sul rapporto di lavoro, oltre alla libera recedibilità (che si contrappone alla figura del recesso causale) prevista e disciplinata all'art. 2118 c.c., capace di garantire una tutela esclusivamente patrimoniale (indennità sostitutiva del preavviso e indennità di anzianità). Nell'ambito del licenziamento (individuale) causale vengono, infatti, disegnati due distinti regimi di tutela: il primo, previsto all'art. 8 della l. 604/66, appresta una garanzia debole (cd. tutela obbligatoria) e prevede la cessazione del rapporto e l'eventuale costituzione di uno nuovo, rimesso esclusivamente al volere del datore; il secondo (cd. tutela reale), all'art. 18 st. lav., garantisce al

lavoratore, attraverso una garanzia forte, la conservazione del ‘vecchio’ rapporto di lavoro che, di fatto, non viene mai risolto, incidendo sulla funzionalità del rapporto. Si va definendo un sistema di tutela del lavoro in materia di licenziamenti, qualificabile come <<parallelismo delle tutele>>.

La dottrina delle tutele parallele è sancita definitivamente dalla l. 108/90 ⁽⁴³⁾ ed è la risultante di un serrato dibattito giurisprudenziale ⁽⁴⁴⁾ e dottrinario ⁽⁴⁵⁾, che aveva visto fronteggiarsi diverse opinioni: essa si

⁽⁴³⁾ O. Mazzotta, *Il recesso La giustificazione da licenziamento La tutela reale*, vol. I, Milano, 2005, p 326 e ss. La l. 108 fu emanata a seguito della proposta referendaria avanzata da Democrazia Proletaria del 90. Aveva come obiettivo l'abrogazione dell'art. 35 dello Statuto e l'estensione della tutela reale, unica soluzione capace di dare la giusta "protezione" al lavoratore illegittimamente licenziato. Tale proposta, che ha il merito di aver sbloccato una situazione di stallo, fu però disattesa poiché, la l. 108 conferma e rafforza il sistema delle tutele parallele. Bisogna, inoltre, ricordare, come già detto, che la l. 11 maggio 1990 n. 108 interviene modificando la disciplina dei licenziamenti individuali. In particolare: l'art. 1 interviene sul campo di applicazione dell'art. 18, estendendo l'applicazione della tutela reale su due direttrici, oggettiva (per i datori che occupano più di sessanta dipendenti complessivamente) e soggettiva (si elimina lo sbarramento della qualità di imprenditore); l'art. 2 ridisegna il campo di operatività della l. 604 e l'art. 6 abroga l'art. 11 c. 1 della l. 604. Da questa combinazione emerge una quasi completa generalizzazione della possibilità di controllo giudiziale della "giustificatazza" del licenziamento individuale con la conseguente "marginalizzazione" del regime di libera recidibilità. Dai tre regimi (libero recesso, tutela obbligatoria e reale) discende che, il secondo costituisce la regola, tale che, è per la deroga ad esso - sia in *melius* verso il regime forte della tutela reale, che eccezionalmente in *pejus* verso il regime non garantista del recesso *ad nutum* - che sono previsti specifici requisiti.

⁽⁴⁴⁾ Ricordiamo diversi interventi delle Sezioni Unite sulla distinta identificazione dei diversi requisiti dimensionali, prima dell'importante e decisivo intervento della l. 108. In un primo intervento (Cass., 7 novembre 1978, n. 5058, in OGL, 1979, 339) affermarono che l'art. 18 trovava applicazione nell'ipotesi di impresa che occupasse almeno sedici dipendenti nel suo unico stabilimento anche se meno di trentasei complessivamente, ma non anche se l'impresa pur occupando almeno trentasei dipendenti, avesse gli stessi dislocati secondo criteri diversi da quelli indicati dall'art. 35. Presto si ebbe però un secondo intervento in senso contrario (Cass., 17 ottobre 1983, n. 6068, in RGL 1984, II, 99) dove si affermava che, per applicarsi la tutela reale prevista dall'art. 18, non era sufficiente che nell'unità produttiva vi fossero almeno quindici dipendenti (così come affermato nel 78), ma era anche necessario, oltre a ciò, che il datore occupasse, nel complesso, non meno di trentacinque dipendenti. Tale conflitto di giurisprudenza fu subito composto da una successiva terza pronuncia, che tornò nella direzione della formulazione del '78. Si affermò che la tutela reale trovava applicazione nelle imprese industriali e commerciali che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo, ovvero nell'ambito dello stesso comune, occupino più di quindici dipendenti, quale che sia la loro dimensione complessiva; in difetto di tali presupposti, ed inoltre nel caso di datore di lavoro non imprenditore, è operante la tutela obbligatoria, ove sussista il requisito numerico dell'occupazione complessiva di almeno trentasei dipendenti, stabilito dall'articolo 11 l. 604/66; mancando, infine, anche quest'ultimo requisito, il licenziamento rimane disciplinato dall'art. 2118 c.c. (Cass., 15 ottobre 1985, n. 5050, in FI, 1985, I, 2876).

⁽⁴⁵⁾ F. Mazziotti, *I licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Torino 16/17 maggio 1987.

colloca lungo una linea mediana e di concreto equilibrio tra le due interpretazioni possibili che comportavano, rispettivamente, un più esteso o un più limitato ambito di applicazione della tutela reale. Una parte della dottrina riteneva che l'unica sanzione del licenziamento illegittimo fosse da rinvenire, in ogni caso, nell'art. 18, considerando abrogato l'art. 8 l. 604/66, cioè il regime della tutela obbligatoria; l'altra parte richiedeva la ricorrenza dei diversi presupposti dimensionali (sia dell'art. 35 st. lav. che dell'art. 11 l. 604). Tale parallelismo stava a significare che i presupposti di applicabilità di un regime piuttosto che di un altro dovevano essere valutati distintamente senza sovrapposizione degli uni sugli altri: ogni regime di tutela aveva i suoi presupposti di accesso. Inoltre, l'applicazione di tali garanzie dipendeva dalla natura del vizio del licenziamento e da requisiti di carattere soggettivo (in relazione alla categoria dei soggetti coinvolti ovvero di tipologie contrattuali utilizzate) e oggettivo (dalle dimensioni dell'unità produttiva o dell'intera impresa, dalla capacità economica, dall'attività svolta) ⁽⁴⁶⁾.

Esaminando, nello specifico, la pluralità dei regimi di tutela per il lavoratore illegittimamente licenziato, possiamo individuarne quattro ⁽⁴⁷⁾: la tutela cd. reale, in virtù di quanto previsto dall'art. 18 della l. n. 300/70, modificato dalla legge n. 108/90; la tutela cd. obbligatoria, ai sensi dell'art. 8 della l. n. 604, anch'esso modificato dalla l. n. 108; l'area, ormai residuale, di permanenza della libera recedibilità *ex art. 2118 c.c.*; infine, la cd. tutela reale di diritto comune, che fa leva sui principi generali della normativa in materia di contratti.

⁽⁴⁶⁾ Proprio requisiti come quello numerico ed economico, nonché quello fiduciario, fanno la differenza nel rapporto di lavoro nelle piccole, medie e grandi imprese, e giustificano tale sistema delle tutele parallele sostenuto anche, dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione; poiché è necessario tutelare le esigenze delle diverse "tipologie" d'impresa, con disparità di trattamento, pur in presenza di fattispecie estintive identiche e mantenendo l'attenzione sia alla conservazione del posto di lavoro sia sulla necessità di flessibilità occupazionale della piccola impresa.

⁽⁴⁷⁾ Ricordiamo che tale assetto è precedente alla riforma Fornero: quest'ultima stravolgerà come vedremo tale assetto.

La *tutela reale* si applica in caso di invalidità del recesso: a tutti i datori, imprenditori e non, che occupano più di quindici dipendenti nella singola unità produttiva o nell'ambito dello stesso comune (ridotto a cinque per le imprese agricole), ovvero più di sessanta dipendenti nel complesso; al licenziamento disciplinare viziato nel procedimento, (art.7 st. lav.) adottato dal datore che rientra nell'ambito della tutela reale; all'ipotesi di licenziamento discriminatorio o illecito, indipendentemente dal requisito dimensionale (art. 15, legge n. 300 del 1970; art. 4, legge n. 108 del 1990; art. 4, legge n. 216 del 2003); ai licenziamenti collettivi (artt. 4-5, legge n. 223 del 1991); ai dipendenti di pubblici contrattualizzati (art. 51, c. 2 del d.lgs. 165 del 2001). In tali ipotesi, è prevista la doppia tutela, della reintegrazione nel posto di lavoro (ossia la ripresa della medesima attività lavorativa con azzeramento, quindi, degli effetti del recesso) e del risarcimento del danno (pari alle retribuzioni maturate e/o maturande dal licenziamento alla reintegra); infine, in sostituzione della reintegra, il lavoratore può richiedere la corresponsione di quindici mensilità della retribuzione globale di fatto.

La *tutela obbligatoria*, invece, ha un carattere meramente residuale, in quanto si applica a tutte quelle fattispecie non rientranti nella disciplina dell'art. 18, sia per difetto del requisito numerico (aziende che occupano meno di sedici dipendenti) sia sotto il profilo tipologico (le organizzazioni di tendenza ai sensi dell'art. 4 della legge n. 108). La tutela in questione consiste nella riassunzione in servizio (e, quindi, nella stipulazione di un nuovo contratto) o, in alternativa, nel pagamento di un'indennità (variabile tra le sei e le 2,5 mensilità di retribuzione globale, esse possono essere aumentate in relazione all'anzianità di servizio, comunque, non si va mai oltre le nove mensilità).

Esiste, poi, la cd. *tutela reale di diritto comune*, che si applica, in via residuale, a particolari fattispecie sottratte alle suddette tutele,

attraverso il rinvio ai principi generali del diritto dei contratti. In essa rientrano il licenziamento della lavoratrice madre o lavoratore padre (art. 54, d.lgs. 151 del 2001); il licenziamento per causa di matrimonio (art. 1, legge n. 7 del 1963, confluito nell'art. 35, d.lgs. n. 198 del 2006); il recesso durante il periodo di sospensione del rapporto con diritto alla conservazione del posto di lavoro (licenziamento in periodo di malattia o di gravidanza e puerperio); il licenziamento, secondo una parte della dottrina, adottato in violazione delle regole formali e procedurali non rientranti nell'ambito di applicazione della tutela reale. Tali fattispecie rappresentano autonome ipotesi di radicale nullità del licenziamento. Tale tutela comportava (come nel caso della tutela reale) che l'atto di recesso risultasse inidoneo a risolvere il rapporto ed il datore restasse obbligato al pagamento della retribuzione ⁽⁴⁸⁾. A differenza della tutela reale, manca: l'ordine di reintegrazione, che ha l'effetto di ricostruire *de jure e de facto* il rapporto peculiare, con la conseguenza dell'irripetibilità delle somme che il datore deve corrispondere a partire dall'ordine suddetto; la facoltà per il lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione; la soglia minima del danno risarcibile, pari a cinque mensilità di retribuzione; infine, nell'ordinaria disciplina della nullità non trova applicazione l'automatica risoluzione del rapporto, per il mancato rispetto del termine di trenta giorni per riprendere il servizio.

Da subito, con l'emanazione dello Statuto, la dottrina ha cominciato ad interrogarsi sulla generale applicabilità della tutela reale alle conseguenze dei licenziamenti invalidi o se fosse necessario individuare un sistema protezionistico diverso per i recessi affetti da vizi più gravi. A tale proposito non possiamo fare a meno di ricordare la tendenza dell'art. 18 a proporre una *unificazione regolativa* dei vizi del negozio (nullità, inefficacia e annullabilità), almeno con riferimento a quelle fattispecie

⁽⁴⁸⁾ Cass., Sez. Lav., 1° marzo 1996, n. 1596, in Gciv. Mass., 1996, 277.

che rientrano nel suo ambito di applicazione. Bisogna, però, precisare che l'art. 18 non trova applicazione con riferimento a tutte le fattispecie in astratto rientranti nel suo ambito di applicazione, soprattutto quando è la stessa legge ad escluderlo o a prevedere una tutela diversa. È evidente, pertanto, il richiamo della tutela reale di diritto comune, che risulta, inoltre, necessaria per sopperire alle lacune contenute nell'art. 18, là dove viene prevista una tutela in ogni caso "forte" in favore di quei recessi viziati da nullità o inefficacia che, non rientrando nell'ambito di applicazione dell'art. 18, avrebbero dovuto essere sanzionati con quella "debole" ex art. 8, creando, in quel caso, una discutibile omogeneità di trattamento tra il licenziamento annullato e quello nullo o inefficace. Resta però la capacità "espansiva" (49) dell'art. 18, ritenuta idonea a regolare anche fattispecie diverse da quelle prefigurate sottraendole così al regime di invalidità di diritto comune. Il diritto del lavoro, nella sua evoluzione e, soprattutto, nella sua interpretazione giurisprudenziale, non si limita a recepire passivamente i principi generali in tema di contratti o a rinviare ad essi per le ipotesi non diversamente disciplinate ma li elabora, li modella a sua immagine e somiglianza, fino a discostarsi da essi. È scontato e innegabile il legame tra diritto civile e quello del lavoro (quest'ultimo nasce e si sviluppa con e dal diritto civile), così come è evidente, pertanto, che si potrà parlare di un rapporto di specialità tra il diritto del lavoro e il diritto dei contratti, dove il primo carpisce dal secondo una serie di principi generali, che vengono applicati, però, in maniera diversa, in base alle proprie esigenze. Forte è la tendenza

(49) Tale capacità espansiva è sostenuta dalla Corte costituzionale e di cassazione (Corte cost. 24 marzo del 1988, n. 338, in DL 1988, II, 244 e Cass., 11 maggio 1990, n. 4072, in NGL 1990, 684). Si tratta di *dicta* (sia pur autorevoli) ma a cui la giurisprudenza successiva non sempre ha deciso di sviluppare o coltivare. Molti ritengono che le fattispecie, in esame, a cui si applicano la tutela reale di diritto comune, si sarebbero ben potute ricondurre alla previsione di cui all'articolo 3 della legge n. 108/1990, non già per via di una interpretazione estensiva, bensì per il fatto che, trattandosi di discriminazioni in ragione del sesso, esse erano già ricomprese nell'elenco predisposto dalla norma. Acceso è il dibattito in merito all'utilizzo/richiamo o meno di tale capacità.

legislativa ad ampliare l'ambito di rilevanza della tutela reale; tale previsione è stata oggi confermata dal legislatore, con la l. 92 del 2012. Nel nuovo testo dell'art. 18 c. 1, della legge Fornero (come vedremo nel paragrafo 2.3), vengono assoggettate alla sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, oltre alle varie specie di licenziamento discriminatorio, ulteriori situazioni in precedenza sanzionate dal diritto comune. Si può definitivamente ritenere superata l'applicazione al licenziamento nullo delle sanzioni di diritto comune, sanzioni integralmente assorbite dalla tutela reintegrata così come formulate dal nuovo testo.

Infine, non va dimenticato il *recesso ad nutum*, il cui ambito di applicazione è, ormai, ridotto ai minimi termini, anche se non del tutto eliminato, in quanto possono essere licenziati liberamente, col solo obbligo del preavviso, i lavoratori domestici e gli sportivi professionisti e, senza il predetto obbligo, i lavoratori in prova e gli ultra sessantenni in possesso dei requisiti pensionistici. Per essi l'unica tutela riconosciuta è quella del preavviso o dell'eventuale indennità sostitutiva di esso, essendo venuta meno anche l'indennità di anzianità, sostituita dal trattamento di fine rapporto, riconosciuto a tutti i lavoratori alla cessazione di esso, indipendentemente dalla tipologia o dalla causa dell'estinzione.

Una particolare situazione, è quella che riguarda i dirigenti. Per questi, infatti, dopo l'iniziale assoggettamento al *recesso ad nutum*, sono state previste alcune tutele che hanno allontanato tale categoria dall'ambito di applicazione della libera recedibilità pura, approntando un particolare regime garantistico che rappresenta una via di mezzo tra quelli finora descritti: l'obbligo della "giustificatezza" del licenziamento e il pagamento dell'indennità supplementare in caso di illegittimità del *recesso*, oltre al divieto di licenziamento discriminatorio, rappresentano,

infatti, quasi un autonomo regime di tutela che potrebbe affiancarsi ai quattro sin qui citati.

In ultima battuta, può essere interessante fare un'ulteriore riflessione sull'art. 18 e il suo apparato sanzionatorio. La distinzione fra le tipologie di tutela presuppone una diversità di garanzie offerte dal legislatore al lavoratore licenziato. La tutela reale, in particolare, viene definita “forte”, in quanto garantisce, almeno teoricamente, la “stabilità” del posto di lavoro. Il lavoratore illegittimamente licenziato ha diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e alla garanzia del ristoro integrale delle retribuzioni maturate, relative all'invalido recesso (ciò aveva creato non pochi problemi di natura applicativa), in quanto il recesso adottato in tale ambito non produce effetti estintivi del rapporto, sospendendone soltanto la funzionalità di fatto. L'interesse degli interpreti, da sempre, è rivolto verso la garanzia della stabilità del posto di lavoro e la sua concreta effettività. La stabilità implica un concetto di continuità, spesso collegato al contratto ordinario di lavoro, quello subordinato a tempo indeterminato che, appunto, non ammette interruzioni; è un valore-principio di natura sociale, come riconosciuto a livello comunitario ma, soprattutto, un diritto soggettivo del lavoratore, costituzionalmente sancito e garantito, attraverso il quale si tutela la dignità della persona. Poiché non esiste nell'ordinamento italiano una norma che definisca, la Cassazione è intervenuta con un'importante pronuncia ⁽⁵⁰⁾, secondo la quale “deve ritenersi stabile ogni rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al Giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo”.

⁽⁵⁰⁾ Cass. 12 aprile del 1976, n. 1268, in FI, 1976, I, 915.

È evidente l'interazione tra stabilità e licenziamento: è stabile ogni rapporto dal quale il datore può recedere soltanto in presenza di determinate condizioni, sostanziali e processuali, in assenza delle quali il lavoratore può pretendere la stabilità del proprio posto di lavoro (diritto soggettivo relativo, poiché esercitato e rivendicato nel rispetto dei diritti altrui e, nello specifico, del diritto del datore alla libertà dell'iniziativa economica). Tale diritto è in antitesi al principio di libera recedibilità e deve, inoltre, essere bilanciato con la libertà d'iniziativa economica. Proprio il valore della stabilità è da tempo messo alla prova, sia a livello nazionale che comunitario e spesso preferito a quello della cd. flessibilità del mercato del lavoro.

L'art. 18 ha, quindi, due possibili tipologie di lettura: una positiva, volta alla tutela del diritto del lavoro; l'altra negativa, vista come opposizione netta alla flessibilità e alla crescita del livello occupazionale.

La domanda sorge spontanea: l'articolo 18 riuscirà a mantenere viva la tutela alla stabilità del posto di lavoro o le modifiche delle quali è oggetto (e sarà oggetto) ne stravolgeranno la portata?

2.2 La riforma Fornero e la politica della *flexsecurity*.

Ogni provvedimento legislativo trova le propria ragion d'essere nel contesto storico, politico, sociale ed economico in cui vede la luce. Necessaria è la considerazione di tali fattori che risultano ancor più importanti nell'affrontare l'analisi delle modifiche apportate all'apparato sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi dalla legge 28 giugno 2012 n. 92.

La riforma, infatti, sorge in un periodo travagliato per l'economia italiana non che globale. Sotto la pressione di un pesante debito pubblico,

con una bassa crescita e una consueta tendenza all'instabilità politica, il nostro Paese resta esposto alla "crisi dei debiti".

In tale situazione, si ricorre ad urgenti riforme strutturali: da un lato, volte a risanare i conti pubblici, dall'altro, volte ad invertire il *trend* recessivo e a favorire la ripresa economica. Proprio in relazione al raggiungimento di tali obiettivi, decisivo, per la politica economica italiana e, non solo (dato che l'Europa non avrebbe potuto sopportare un eventuale default del nostro Paese), fu l'invito esplicito che l'Europa presentò al Governo italiano nel 2011, con la lettera della Banca Centrale Europea dei primi di agosto, e ancor prima, con la Raccomandazione, del Consiglio europeo di metà luglio, di intervenire sul mercato del lavoro e, in special modo, sulla disciplina dei licenziamenti, individuata come ostacolo alla crescita e al dinamismo dell'attività imprenditoriale. In particolare, si sollecitava “un'accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione della disoccupazione e un insieme di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi”⁽⁵¹⁾. Cercando di porre rimedio al continuo aumento dello spread e alla perdita, inesorabile, della fiducia dei mercati nei confronti delle capacità dell'Italia di onorare il suo debito pubblico e, quindi, affrontando la sfida della modernizzazione, dell'adattamento alla globalizzazione e del superamento della grave crisi che ci affliggeva, e che, purtroppo, tuttora ci affligge, l'Italia realizzò un Governo tecnico⁽⁵²⁾. Venne, così, elaborata la riforma

⁽⁵¹⁾ F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, relazione tenuta al Convegno La riforma del mercato del lavoro*, Roma, 13 Aprile 2012.

⁽⁵²⁾ Il Governo Monti (XVI Legislatura) in carica dal 16/11/2011 al 27/04/2013, arriva dopo la fine del Governo Berlusconi, ormai giunto al capolinea per un progressivo sgretolamento della sua maggioranza, che lo aveva costretto a passare la mano al Presidente della Repubblica, evitando, con un ultimo scatto d'orgoglio, di farlo a seguito di un voto di sfiducia. Monti si sente responsabile rispetto ad un Presidente della Repubblica, che è garante dell'impegno del bel Paese sul difficile e tormentato cammino di un riscatto segnato da un

Fornero (dal cognome dell'allora ministro del lavoro e delle politiche sociali Elsa Fornero), che mirava a conseguire e attuare il dettagliato elenco di richieste avanzate, sperimentando, nello specifico, la cd. *flexsecurity* o flessicurezza (infatti la richiesta non riguardava la mera politica e la semplice riduzione della rigidità, in uscita, a cominciare dalla "reintegra", ma una politica del lavoro riecheggiante proprio la *flexsecurity*) (53). Necessario era un intervento concreto volto a dare effettiva attuazione alle richieste provenienti dall'Europa: rispetto di impegni, vincoli e parametri di bilancio e soprattutto la realizzazione di nuove riforme economiche strutturali.

pareggio del deficit, entro il 2012, e da un dimezzamento del debito, entro un ventennio: per questo cerca di introdurre in Italia un progetto che cerca di conciliare l'alta competitività ed equità, affrontando in particolare il problema di come le giovani generazioni fossero penalizzate e precarie rispetto al mondo del lavoro (obbiettivi e parole quanto mai attuali). La riforma Fornero è una delle grandi riforme strutturali (articolata in 4 articoli: disposizioni generali, tipologie contrattuali e disciplina in tema di flessibilità in uscita e tutele del lavoratori; ammortizzatori sociali; tutele in costanza di rapporti di lavoro; ulteriori disposizioni in materia di rapporto di lavoro) che ambisce al superamento di quel dualismo, sottolineato anche da Mario Draghi, ossia la presenza di una flessibilità in entrata ai limiti del precariato e una forte rigidità in uscita. Si cerca, poi, di assicurare l'Europa, inseguendo e garantendo una via d'uscita, facendo di necessità virtù, ossia traendo dalla necessità internazionale, oltre che interna, l'occasione di toccare l'intoccabile art. 18 e riportare al centro del sistema un po' di quella flessibilità che era stata confinata ai margini del medesimo, oltre che per disegnare un sistema di ammortizzatori sociali più universale ed esclusivo.

Cfr. F. Carinci, *Complimenti*, cit., 2012; Carinci F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP CSDLE "Massimo D'Antona" .IT-172/2013, in <http://csdle.lex.unict.it>

(53) Tale concetto figura nel Libro Verde della Commissione Europea (è una comunicazione con la quale la Commissione Europea illustra lo stato di un determinato settore da disciplinare e chiarisce il suo punto di vista in ordine a certi problemi; fa parte dei cosiddetti "atti atipici". In particolare, il Libro Verde della Commissione Europea scrive, infatti, che "nel contesto della globalizzazione, del processo di ristrutturazione e della progressione verso un'economia fondata sulla conoscenza, i mercati del lavoro europeo devono essere al tempo stesso più inclusivi e più reattivi all'innovazione e al cambiamento. I lavoratori potenzialmente vulnerabili devono avere la possibilità di progredire socialmente per migliorare la mobilità e affrontare con successo le loro transizioni sul mercato del lavoro. Le norme giuridiche che sottendono il rapporto di lavoro tradizionale non danno forse un sufficiente margine di manovra ai lavoratori reclutati sulla base di contratti di durata indeterminata standard per esplorare le opportunità di una maggiore flessibilità su lavoro e non li incoraggiano ad agire in questo senso. La corretta gestione dell'innovazione e del cambiamento implica che i mercati del lavoro prendano in considerazione tre aspetti principali: la flessibilità, la sicurezza nell'occupazione e la segmentazione"

Da tenere, sempre, ben presente è, infatti, l'adeguamento del diritto e delle politiche interne all'*acquis communautaire* ⁽⁵⁴⁾, requisito fondamentale per l'ingresso e la permanenza nell'Unione europea, in virtù delle necessità di una integrazione europea efficace. L'obiettivo è quello di avere uno sviluppo armonico, equilibrato e sostenibile delle attività economiche; un alto livello di occupazione; protezione sociale e pari opportunità tra donne e uomini; una crescita non inflazionistica; giusta competitività e convergenza dei risultati economici; protezione e miglioramento della qualità dell'ambiente e della vita, con coesione economica e sociale e di solidarietà tra gli Stati membri.

Ogni stato membro, di fatto, può decidere liberamente le modalità con cui raggiungere e realizzare tali "manovre": in concreto, sembra riscuotere particolare interesse il modello della *flexsecurity* alla danese.

Tale concetto risale a un dibattito politico avvenuto, nei Paesi Bassi, nei primi anni '90. In quest'area si era adoperata una deregolamentazione del mercato del lavoro, con un ottimo risultato, poiché era diminuito considerevolmente il tasso di disoccupazione (dal 10,1% nel 1993 è diminuito al 4,3% nel 2001), soprattutto, si era sviluppato un mercato di lavoro flessibile senza generare emarginazione sociale. Olanda e Danimarca praticano con successo il bilanciamento tra flessibilità e sicurezza (elementi ritenuti complementari), riassumendo avremo: sia una maggiore libertà concessa agli imprenditori in materia di assunzioni temporanee e di licenziamenti (flessibilità in entrata e in uscita), sia una serie di servizi e di strumenti di protezione diretti ad agevolare i lavoratori nel trovare una nuova occupazione (sistema di protezione

⁽⁵⁴⁾ Si tratta dell'insieme dei diritti, degli obblighi giuridici e degli obiettivi politici che accomunano e vincolano gli stati membri dell'UE e che devono essere accolti senza riserve dai paesi che vogliono entrare a farne parte. L'Unione mantiene integro tale "nucleo" Comunitario e tende a svilupparlo ulteriormente. Ci sono, tuttavia, per alcuni Paesi delle deroghe, eccezionali e limitate: per es. alcuni Paesi (Svezia, Regno Unito e Danimarca) non hanno adottato l'euro, riservandosi di farlo eventualmente in seguito.

sociale generoso e universale; politiche di attivazione del mercato del lavoro).

Diversi, comunque, restano i dubbi (così come emerge in una relazione pubblicata dall'OIL) ⁽⁵⁵⁾, riguardo all'erosione dei diritti dei lavoratori in aree fondamentali come la sicurezza economica. Particolarmente critici per la replicabilità sono, in generale: la sostenibilità fiscale, la capacità di progettare e implementare efficaci politiche attive (servizi di orientamento, addestramento, istruzione, collocamento ecc...), sistema di relazioni industriali imperniato sull'innovazione tecnologica e una pubblica amministrazione efficace e efficiente. Nello specifico, per quanto riguarda l'Italia, diversi sono i fattori che ostacolano l'importazione del modello desiderato: la carenza di un clima di fiducia reciproco tra le parti sociali ed autorità locali; la forte disomogeneità territoriale; l'elevata diffusione dell'economia sommersa; il tipo di specializzazione produttiva nettamente differente da quello tipico del modello danese: mentre in Danimarca la specializzazione produttiva è orientata verso la continua formazione e riqualificazione, in Italia il ruolo delle politiche di formazione sul posto di lavoro è assai limitato.

La situazione critica è stata più volte messa in risalto, con diversi elaborati, dalle istituzioni internazionali, volti a fornire indicazioni sull'andamento delle economie dei singoli stati, nonché dalle indicazioni provenienti dalla Banca Centrale Europea, dall'OCSE ⁽⁵⁶⁾ e dalla

⁽⁵⁵⁾ Acronimo non ufficiale di: Organizzazione Internazionale del Lavoro (conosciuta come ILO in inglese, OIT in francese). È un'agenzia specializzata delle Nazioni Unite che si occupa di promuovere la giustizia sociale e i diritti umani internazionalmente riconosciuti, con particolare riferimento a quelli riguardanti il lavoro in tutti i suoi aspetti.

⁽⁵⁶⁾ L'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa è un'organizzazione internazionale per la promozione della pace, del dialogo politico, della giustizia e della cooperazione in Europa che conta, attualmente, 57 paesi membri. Gli obiettivi dell'OCSE sono di sostenere la crescita economica sostenibile, aumentare l'occupazione, innalzare il tenore di vita, mantenere la stabilità finanziaria, assistere lo sviluppo delle economie dei Paesi non membri, contribuire alla crescita del commercio internazionale. Grazie alle attività dell'OCSE,

Commissione Europea. Queste critiche rivolte, prevalentemente, al nostro mercato del lavoro tendono a evidenziare una produttività del lavoro molto bassa, una forte distinzione tra lavoratori iper-protetti e sotto-protetti, nonché una scarsa possibilità di ricollocazione nel mercato dei lavoratori che abbiano perso il proprio posto. Con la *flexsecurity* si intende assicurare che i cittadini dell'Unione europea possano realizzare e quindi beneficiare di una situazione in cui flessibilità e sicurezza si rafforzino reciprocamente. È una strategia politica che tenta di attuare una migliore flessibilità dei mercati del lavoro, dell'organizzazione e dei rapporti di lavoro; ma anche di incidere positivamente sulla sicurezza sociale e dell'occupazione, in particolare, a vantaggio dei gruppi deboli dentro e fuori il mercato del lavoro. Infatti, l'aumento della flessibilità, in entrata e in uscita, che avrebbe come conseguenza una sempre minore sicurezza lavorativa e idoneità ai benefici sociali, è controbilanciato dalle norme (sicurezza) di più incisiva tutela delle parti deboli. Maggiore libertà per le imprese e maggiori risposte efficaci ai nuovi bisogni e alle nuove capacità richieste dalla produzione; ma anche fornire competenze alle persone consentendogli di far fronte a cambiamenti rapidi, riducendo i periodi di disoccupazione e agevolando la transizione verso nuovi posti di lavoro (garantire una sicurezza nel mercato) ed, infine, disporre un adeguato supporto al reddito, incoraggiando l'occupazione, facilitando la mobilità sul mercato del lavoro e diminuendo il rischio sociale per i lavoratori.

È tenendo, ben, presente tale prospettiva che l'art. 1 della l. n. 92 (intitolata non a caso: «Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita») prevede “misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla

i Paesi membri possono comparare le differenti esperienze, cercare risposta ai problemi

crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione”. Le modifiche apportate dalla riforma, in estrema sintesi, sembrano poggiare sulla ricerca di un equilibrio di fondo: aumentare la flessibilità in uscita ⁽⁵⁷⁾, ovvero la possibilità datoriale di licenziare con più facilità, ma al tempo stesso riducendo quella in entrata ⁽⁵⁸⁾, ossia rivisitando ed irrigidendo la disciplina delle tipologie di contratto di lavoro diverse dal contratto a tempo indeterminato.

In definitiva, si può affermare che la l. n. 92/2012, pur costituendo un importante passo in avanti verso la *flexsecurity* europea, risulta una formula non del tutto appropriata e, in ogni caso, l’equilibrio raggiunto è imperfetto anche a seguito dei molti compromessi intercorsi prima e nel corso dell’iter legislativo, tuttavia, la direzione è quella di una modernizzazione del mercato del lavoro italiano in grado di migliorare la condizione occupazionale e rilanciare la competitività del nostro Paese.

Ad oggi, però, risulta che il modello della riforma Fornero, che mirava proprio a modificare gli equilibri tra flessibilità in entrata e in uscita, attraverso una razionalizzazione della prima ed un ampliamento della seconda, non si è tradotto nel testo normativo; infatti, l’aspetto relativo alla protezione sociale (di tipo universale) non si è minimamente concretizzato, al contrario si è operato un taglio complessivo delle pensioni e l’intervento volto a rendere più “accessibili e facili” i

comuni, identificare le *best practices* e coordinare le politiche nazionali ed internazionali

⁽⁵⁷⁾ F. Carinci, *Complimenti*, 2012, cit. Si afferma che: “occorre far corrispondere alla stretta sulla flessibilità in entrata una apertura sulla flessibilità in uscita, onde rendere le due tipologie privilegiate sufficientemente appetibili per l’imprenditoria e almeno parzialmente funzionali ad una mobilità fra insiders ed outsider”.

⁽⁵⁸⁾ Per quanto riguarda la flessibilità in entrata, l’intento del Governo è di favorire “l’instaurazione di rapporti di lavoro più stabili, attraverso la conferma del contratto di lavoro a tempo indeterminato come contratto prevalente e meccanismi di valorizzazione e premialità per la stabilizzazione dei contratti di apprendistato e a termine”(Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, Comunicato stampa: La riforma del mercato del lavoro è legge, 27 giugno 2012), razionalizzando le tipologie contrattuali vigenti per impedire l’uso improprio della flessibilità e favorire quella sana. I contratti c.d. flessibili non vengono eliminati, ma vengono resi più onerosi per il datore e sottoposti a vincoli più stringenti.

licenziamenti ⁽⁵⁹⁾. La riforma, inoltre, non sembra aver sortito l'effetto auspicato, in termini di riduzione del tasso di disoccupazione e di attrazione di investitori stranieri (l'eccessiva rigidità del mercato del lavoro italiano, di cui la tutela in materia di licenziamenti sarebbe la massima espressione, scoraggerebbe, da sempre, gli investimenti esteri nel nostro paese, ponendolo agli ultimi posti nelle graduatorie internazionali per la capacità competitiva di attrarre investitori stranieri) ⁽⁶⁰⁾. Osservando la riforma con sguardo disincantato, possiamo sicuramente affermare che non tutti gli obiettivi conclamati sembrano essere stati perseguiti e che quelli raggiunti lo sono stati non sempre con mezzi idonei allo scopo. In particolare, come vedremo, la risposta sanzionatoria elaborata dalla riforma esprime scelte che suscitano molte perplessità, sia per il metodo poco coerente con il quale si decide di escludere determinate fattispecie di recesso dall'area della tutela reintegratoria, sia per le enormi difficoltà di individuazione delle fattispecie incluse. Sembra, inoltre, essere venuta meno l'idea di un diritto del lavoro capace di fungere da "perno" degli equilibri costituzionali e di costituire elemento regolatore del bilanciamento tra le diverse esigenze dei mercati, intraprendendo il definitivo percorso di mercificazione del lavoro e il tentativo sempre più diretto a rovesciare il senso del titolo III della parte I dello Carta costituzionale, dedicato ai rapporti economici.

⁽⁵⁹⁾ Con l'utilizzo della sanzione meramente risarcitoria, alla quale si lascerebbero ampi spazi a discapito di quella ripristinatoria, si 'esalta' il potere del datore del lavoro, infatti, ciò consentirebbe a quest'ultimo di produrre l'effetto estintivo del rapporto di lavoro. Si ha un ritorno alla valorizzazione del 'principio di autorità' all'interno delle aziende. Da questo non emerge né, la compensazione e l'equilibrio tra l'interesse del lavoratore alla continuità dell'occupazione e l'iniziativa economica, né una opportuna valorizzazione del ruolo della mediazione collettiva ed una sistema promozionale di politiche negoziali, volte, a costruire sostenibili modalità di protezione della stabilità occupazionale, che può esprimersi sia nel mantenimento in vita del rapporto, sia nel sostegno alla ricerca di una nuova occupazione.

⁽⁶⁰⁾ V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in RIDL, 2012, p. 523 e ss.

2.3 Flessibilità in uscita e metamorfosi dell'articolo 18.

Necessario è approfondire l'ambito della flessibilità in uscita e, in particolare, la modifica dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, uno dei punti più controversi della riforma. La materia dei licenziamenti e le sue prospettive di riforma sono esposte ad un sovraccarico politico e mediatico che certo non ha aiutato una serena discussione sulla opportunità, non scontata, di un intervento legislativo sui suoi contenuti. Non poteva andare diversamente: l'articolo 18 rappresenta, da sempre, la norma-simbolo della legge del diritto del lavoro italiano, sulla quale discussioni e drammatizzazioni sono sempre state molto accese, soprattutto attorno alla questione vessata delle conseguenze economiche.

Si sono, da sempre, impiegate molte, forse troppe, parole sull'art. 18 st. lav. (lo Statuto è una delle norme principali del diritto del lavoro italiano, redatta da una commissione voluta da Giacomo Brodolini guidata da Gino Giugni, che custodisce buona parte delle regole più importanti per il diritto del lavoro in Italia e su queste, negli anni, sono state costruite molte delle tipologie dei rapporti lavorativi) e sul suo contenuto, ma è necessario ben comprendere cos'è e cosa comporta nella realtà, dato il rilevante peso che ha assunto e che, tutt'ora, assume nell'ambito delle dinamiche dei rapporti di lavoro.

L'articolo 18, originariamente, rubricato "*reintegrazione nel posto di lavoro*" ⁽⁶¹⁾ (modificato dalla riforma Fornero "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo"), nasce con l'intento di disciplinare le conseguenze in caso di licenziamento controverso, ad esempio, effettuato senza comunicazione dei motivi, perché ritenuto ingiustificato o perché ritenuto discriminatorio. Specifica quali sono i diritti e i limiti che il

⁽⁶¹⁾ G. Amoroso, V. Di Cerbo A. Maresca, *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Milano, 2009. Cfr. A. Lex e Kenton, *Articolodiciotto*, in informazione pura <http://lundici.it>; <http://www.rassegna.it>

lavoratore, dopo essere stato licenziato, può invocare e rivendicare, nonché le modalità per ricorrere al Giudice al fine di ottenerne il riconoscimento e la tutela, assicurandosi, innanzitutto, la reintegrazione nel posto di lavoro. Esso non mette in discussione il potere del datore di licenziare un dipendente, che resta fermo: in presenza di validi motivi l'imprenditore potrà, sempre e giustamente, licenziare.

Il suo scopo è quello di proteggere da un comportamento datoriale illegittimo e lo fa con una tutela certamente molto forte, il *maximum* sul piano rimediabile: il lavoratore di un'impresa di medie-grandi dimensioni (l'articolo 18 non si applica ad aziende che occupano fino a quindici dipendenti) ha diritto di riprendere il proprio posto di lavoro così come lo aveva lasciato, senza perdere l'anzianità di servizio e i diritti acquisiti col contratto in essere, oltre alle retribuzioni che non aveva percepito nel periodo fra il licenziamento e la reintegra, oppure, a sua scelta, di ricevere un'indennità economica (quindici mensilità: sono più alte di quindici mesi di stipendio, perché in ognuna c'è il rateo di tredicesima ecc...). La tutela, inutile dirlo, spesso avvertita ingente e ingombrante dalla classe imprenditoriale, è una scelta normativa importante che mira a valorizzare il diritto al lavoro e la stabilità reale, rivestendo un rilevante potere deterrente: dissuade, infatti, l'imprenditore dall'attuare un licenziamento illegittimo, sottoponendolo al rischio, non solo, di dover corrispondere delle somme non indifferenti, ma soprattutto di doverlo ricollocare nel suo posto in azienda.

Si tratta di una delle norme più discusse della nostra legislazione, che vede schierarsi, su fronti opposti molteplici strenui sostenitori e altrettanti numerosi detentori. I primi convinti che la sanzione in esso contenuta garantisca l'effettività dei diritti dei lavoratori, protetti dalla reintegrazione che agisce in caso di licenziamento per i quali il datore di lavoro non riesca a dimostrare in giudizio (l'onere della prova è a carico

del datore), l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo (valorizzando, quindi, la capacità di riequilibrare la disparità di forza contrattuale esistente tra lavoratore e datore di lavoro). I secondi intenzionati, invece, a considerare l'art. 18 inadeguato sia da un punto di vista culturale, perché la sanzione della reintegrazione priverebbe il datore di lavoro della fondamentale libertà di "selezionare" i suoi collaboratori, dopo la scadenza del forse troppo breve periodo di prova, che da un punto di vista economico, in ragione dell'estrema aleatorietà del suo impatto sui conti dell'impresa (a tale elemento prestano grande attenzione gli investitori stranieri abituati nei loro paesi a predeterminare i costi del licenziamento prima di prendere la decisione di risolvere un rapporto di lavoro). In particolare, molto dibattuto è stato il limite dei quindici dipendenti: per anni, al centro di grandi discussioni tra chi si occupa del mercato del lavoro, i sindacati e gli ambienti politici ⁽⁶²⁾. A tal proposito, tutt'oggi, alcuni ritengono che detto limite andrebbe diminuito, se non addirittura tolto, rendendo effettivo l'articolo 18 anche per i lavoratori delle aziende con meno di quindici dipendenti, per tutelare la loro posizione lavorativa. Altri al contrario, invece, pensano che sarebbe opportuno rivedere o eliminare del tutto l'articolo 18, facilitando i meccanismi per i licenziamenti e le nuove assunzioni. Semplificando, chi è favorevole alla sua revisione/abolizione sostiene che l'articolo 18 costituisca un freno per nuove assunzioni e per l'espansione delle aziende. Molte imprese, infatti, preferiscono rimanere al di sotto dei

⁽⁶²⁾ Il 15 e 16 giugno del 2003, dopo mesi di intenso dibattito, si celebrò il referendum sull'art. 18 st. lav. Nella storia recente italiana il referendum è stato spesso utilizzato per approvare importanti riforme in ambito sociale e politico. Il quesito puntava, tramite la cancellazione del riferimento alla soglia dei 15 dipendenti nel testo dell'art. 18 della l. 300, ad estendere la cd. "tutela reale" a tutti i lavoratori dipendenti in caso di licenziamento senza giusta causa o giustificato motivo, ovvero ad estendere a tutti i lavoratori, indipendentemente dalla dimensione d'impresa, il diritto alla reintegrazione in caso di licenziamento ingiustificato. Fu, da subito, chiaro che il referendum non avrebbe prodotto alcun risultato legislativo, dato il mancato raggiungimento del quorum necessario per la validità. Già nel 2000, l'art. 18 fu oggetto di un primo quesito referendario, di segno e senso opposto rispetto a quello del 2003: si chiedeva, infatti, di eliminare l'articolo liberalizzando i licenziamenti.

quindici dipendenti per evitare di essere soggette a questa particolare norma e ad altri vincoli imposti dello Statuto ⁽⁶³⁾. Ciò comporta, la riduzione delle possibilità di ampliamento delle imprese, cosa che almeno in parte spiega l'attuale assetto produttivo del nostro paese: in Italia operano poche grandi aziende e una infinità di piccole e medie imprese. Nello specifico, l'applicazione dell'art. 18 nella sua vecchia formulazione comporta, per i detrattori, una serie di effetti collaterali che contribuiscono a rallentare il sistema economico italiano. Esso è la causa primaria del dualismo del mercato del lavoro, che costituisce un fattore grave di inefficienza e di scarsa trasparenza, quindi di chiusura agli investimenti stranieri; dualismo che, in un periodo di crisi grave come questo, era destinato ad aggravarsi: gli imprenditori sono tanto più riluttanti ad assumere con contratto di lavoro regolare a tempo indeterminato, quanto più è rigida la protezione della stabilità dei lavoratori regolari e quanto maggiore è l'incertezza circa il futuro prossimo. Di conseguenza le imprese preferiscono avvalersi di rapporti di lavoro temporanei per evitare i rischi del contratto a tempo indeterminato, dovuti dall'incertezza sui costi che l'impresa dovrebbe affrontare in caso di estinzione del rapporto di lavoro.

Al contrario, chi è per il mantenimento dell'art. 18, o addirittura per la sua estensione, alle aziende con meno di quindici dipendenti, considera la norma come essenziale e irrinunciabile strumento di garanzia del posto di lavoro. I sindacati, in particolare la CGIL, difendono con convinzione l'articolo 18 e sono sostanzialmente contrari a qualsiasi tipo di confronto che possa portare alla modifica, ma, nonostante la resistenza di quest'ultimi e dei lavoratori, la tendenza degli ultimi venti anni è stata quella di rendere sempre più flessibile il mercato del lavoro. È dal

⁽⁶³⁾ Altri inasprimenti normativi, non soltanto il regime più vincolistico di protezione dei licenziamenti, dipendono dalla soglia dei 15 dipendenti: per es. la costituzione di

contemperamento di queste due opposte letture ⁽⁶⁴⁾ che scaturisce, seppur nell'ambito della più complessiva riforma del lavoro ed un presunto equilibrio con le novità in materia d'ingresso al lavoro, la riformulazione, di quanto disposto dall'articolo 18, proposta dal disegno di legge governativo n. 3249 dell'aprile del 2012 (futura legge Fornero).

È risaputo che la carica ideologica anima i dibattiti ed è costruita sugli opposti, ma necessario, spesso, è trovare un compromesso per poter attuare un intervento normativo (ma a quale prezzo?!). La matrice compromissoria (diffusamente riconosciuta), ritenuta connotato distintivo del dettato normativo ⁽⁶⁵⁾ (del resto, anche, con lo Statuto dei Lavoratori, la ricerca di reciproche concessioni, fu un'importante presenza e svolse un decisivo ruolo favorendo i lavoratori, al contrario del compromesso odierno), pervade l'intera riforma. Tale compromesso dipende dagli interessi in conflitto: sia della "strana" maggioranza, nella quale convivevano "portatori di interessi in contrasto" che, sostenendo il governo, ha reso possibile la legge; sia dall'influenza esercitata dalle contrapposte parti sociali, nonostante il palese ridimensionamento del loro coinvolgimento: in sede di consultazione, piuttosto, che di concertazione. Ovvio, pertanto, che le proposte di riforma si trovino a coniugare linee di politica del diritto eterogenee e portino insieme scelte, talora, contraddittorie fra di loro che si riflettono in un testo particolarmente elaborato e complesso. Il testo normativo, nel suo insieme, risulta di difficile lettura, così come le singole disposizioni che lo compongono; ciò costringe l'interprete a procedere ad una puntuale e severa ricognizione delle imprecisioni, contraddizioni e lacune, così, da

Rappresentanze Sindacali Aziendali (con i diritti sindacali connessi al Titolo III dello Statuto), l'obbligo di assumere uno o più dipendenti tra le categorie protette.

⁽⁶⁴⁾ M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, <http://csdle.lex.unict.it>

⁽⁶⁵⁾ Cfr. M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, WP CSDLE "Massimo D'Antona" .IT-164/2012, in <http://csdle.lex.unict.it>; F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" art. 18*, cit.

poter meglio comprendere e utilizzare la norma. Nel tentativo di comprendere la portata della norma la dottrina sembra, spesso, far riferimento ad una mera interpretazione letterale, pur tenendo, sempre, ben presente l'intenzione del legislatore, (non si prospetta, purtroppo, di aiuto né, il riferimento al panorama degli ordinamenti sovranazionali, né quello alle norme costituzionali), limitandosi ai soli testi normativi introdotti della riforma, trascurando e tralasciando l'esigenza di coordinamento e adeguamento con altre norme regolanti la materia (l'interpretazione del nuovo sistema di tutela reale, infatti, non può esser limitata alla sola lettura dell'art. 18, trascurando le altre norme sul licenziamento individuale che, pur, concorrendo ad integrare il sistema di tutela non hanno subito, tuttavia, alcuna modifica). La riscrittura dell'art. 18 deve essere letta, insomma, nel quadro di un intervento finalizzato, per la prima volta nella storia recente del diritto del lavoro italiano, a modificare il *set* delle convenienze imprenditoriali, restituendo una dose di flessibilità, e quindi di appetibilità, al contratto cd. *standard* (a tempo indeterminato), e nel contempo applicando ai contratti flessibili restrizioni e disincentivi di varia natura ⁽⁶⁶⁾.

Il Governo Monti esprime, immediatamente, sin dal suo insediamento, la volontà di riformare l'art. 18 inserendo tale importante modifica nell'ambito di un più vasto disegno di complessiva innovazione della disciplina del mercato del lavoro, nel quale, comunque, la riforma delle regole sulla reintegra nel posto di lavoro svolge un ruolo essenziale.

⁽⁶⁶⁾ All'art. 1, ddl. n. 3249, approvato dal Senato il 31 maggio, risulta che la finalità dell'intervento legislativo è quella di incrementare la crescita qualitativa e quantitativa, favorendo l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili, con la valorizzazione del rapporto a tempo indeterminato, come contratto dominante, e la riduzione permanente del tasso di disoccupazione. Obiettivi raggiungibili con la riduzione della flessibilità in entrata e adeguando, contestualmente, alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento (il capo del Governo e il Ministro confermano, in sede di presentazione del disegno di legge, come la riduzione delle rigidità in tema di licenziamenti avrebbe consentito di superare il dualismo tra "garantiti", ossia protetti dall'art. 18, e tutti gli altri lavoratori, contribuendo alla creazione di un mercato del lavoro dinamico e inclusivo, incentivando, anche, gli investimenti esteri).

L'intervento riformatore sul nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi è disomogeneo e volto a incidere, sostanzialmente, sulla tutela reale: la riforma ne sostituisce larga parte della disciplina specifica (di cui ai primi sei commi dell'articolo 18 st. lav., nel testo previgente). Le norme sui licenziamenti individuali (l. n. 604 del 1966), che ne recano le regole generali sono modificate, infatti, soltanto nella parte che risulta funzionale alla tutela reale riformata.

A questo punto, è necessario ribadire alcuni concetti che ruotano attorno alla trasformazione dell'art. 18. La precedente versione dell'art. 18 prevedeva la cd. tutela reale: a seguito della sentenza con la quale il Giudice dichiarava il licenziamento illegittimo, il datore era obbligato a reintegrare il lavoratore; solo quest'ultimo poteva scegliere, in alternativa alla reintegra, il pagamento di un'indennità pari a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto. In aggiunta e non in sostituzione, il datore doveva risarcire il danno subito dal lavoratore per un importo commisurato "alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione", nonché provvedere "al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali" (67). A fronte, quindi, di un licenziamento dichiarato dal Giudice

(67) Art. 18, legge n. 300 del 20 maggio 1970 (vecchio testo), per comodità si riporta la norma: "ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il Giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'articolo 2 della legge predetta o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro. Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno subito per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità a norma del comma precedente. In ogni caso, la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione, determinata secondo i criteri di cui all'articolo 2121 del codice civile. Il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al comma precedente è tenuto inoltre a corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovutegli in virtù del rapporto di lavoro dalla data della sentenza stessa fino a quella della reintegrazione. Se il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso servizio, il rapporto si intende risolto. La sentenza pronunciata nel giudizio di cui al primo comma è provvisoriamente esecutiva. Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, su istanza congiunta del lavoratore e del sindacato cui questi aderisce o conferisca mandato, il Giudice, in ogni stato e grado del giudizio di merito, può disporre con ordinanza, quando ritenga irrilevanti o insufficienti gli elementi di prova forniti dal datore di lavoro, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. L'ordinanza di cui al comma

illegittimo il datore non aveva scelta: l'unico rimedio era la reintegrazione, indipendentemente dalla gravità della violazione datoriale ⁽⁶⁸⁾.

“La riforma della disciplina dei licenziamenti introdotta dalla l. 92/2012, impone più di una riflessione sul tema del campo d'applicazione del nuovo art. 18, giacché, se è confermato l'ambito oggettivo-dimensionale previsto dal testo di tale ultima disposizione nella sua versione anteriore alla recente riforma, quest'ultimo prevede una articolazione interna delle conseguenze sanzionatorie per il licenziamento illegittimo: il campo di applicazione dell'art. 18 st. lav., non coincide più con il campo di applicazione della tutela reintegratoria. Come si avrà modo di osservare, dunque, il sistema rimediabile nel nuovo testo dell'art. 18 st. lav. non si identifica con l'ambito oggettivo-dimensionale: la tutela reintegratoria contro il licenziamento illegittimo si lega alla “natura” e alla “intensità” della violazione delle regole normative che abilitano il legittimo esercizio del potere di recesso del datore di lavoro” ⁽⁶⁹⁾. La

precedente può essere impugnata con reclamo immediato al Giudice medesimo che l'ha pronunciata. Si applicano le disposizioni dell'articolo 178, terzo, quarto, quinto e sesto comma del codice di procedura civile. L'ordinanza può essere revocata con la sentenza che decide la causa. Nell'ipotesi di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 22, il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al primo comma ovvero all'ordinanza di cui al quarto comma, non impugnata o confermata dal Giudice che l'ha pronunciata, è tenuto anche, per ogni giorno di ritardo, al pagamento a favore del Fondo adeguamento pensioni di una somma pari all'importo della retribuzione dovuta al lavoratore.”

⁽⁶⁸⁾ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in RIDL, n. 2/2012. In un sistema di questo tipo “si trascura, ad esempio, la diversità oggettivamente riscontrabile, pur nel doveroso contrasto al licenziamento illegittimo, tra il comportamento del datore di lavoro che licenzia il dipendente, ad esempio, per ritorsione o quello che, incorrendo in un errore nell'espletamento della procedura prevista dall'art. 7 st. lav., licenzia un lavoratore pur colpevole di una grave infrazione disciplinare. Oppure tra un licenziamento discriminatorio ed un licenziamento collettivo adottato senza il puntuale rispetto della procedura preventiva di informazione e consultazione sindacale, anche quando l'impresa ha, poi, concluso tale procedura raggiungendo un accordo con le organizzazioni sindacali. [...] Questi esempi sembrano sufficienti ad evidenziare un profilo di indubbio rilievo che riguarda il disvalore attribuibile in misura assai diversa ai comportamenti del datore di lavoro, tra loro anche molto variegati, che violano le norme poste a tutela del licenziamento. Un disvalore che ben può incidere sul tipo di sanzione applicabile, con l'effetto di modulare la reazione del legislatore [...]”.

⁽⁶⁹⁾ P. Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie ed effetti sulle garanzie per i*

riforma non introduce rilevanti innovazioni: il nuovo art. 18, c.8, prevede che le disposizioni dei commi dal 4° al 7°, si applichino ai datori, anche non imprenditori, che occupano più di quindici dipendenti (cinque in caso di imprese agricole) nell'unità produttiva. Come unità produttiva, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, si intende "ogni articolazione autonoma dell'impresa, avente sotto il profilo funzionale e finalistico idoneità ad esplicare, in tutto in parte, l'attività di produzione di beni o servizi dell'impresa medesima, della quale costituisce elemento organizzativo" (70). Ricordiamo che per evitare, poi, che il datore occupi un numero elevato di dipendenti in diverse unità produttive e in una di queste con meno di quindici addetti possa eludere il regime di tutela reale, la norma prevede altri due criteri. Il primo è un criterio territoriale, quindi il regime si applica a tutti i datori che nello stesso comune occupano più di quindici dipendenti (cinque in caso di imprese agricole). Il secondo prevede un criterio economico-organizzativo, perciò la tutela reale è prevista in ogni caso quando il datore occupa complessivamente più di sessanta dipendenti, indipendentemente dalle unità produttive e dalla loro ubicazione territoriale. Per quanto riguarda il computo degli addetti, il comma 9 del nuovo testo dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori ripropone le precedenti modalità e, nello specifico, dispone che "si tiene conto dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale. Il computo dei limiti occupazionali di cui al c.8 non incide su norme o istituti che prevedono

diritti, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutela nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, p. 381 e ss.

(70) Cass., Sez. Lav., 25 maggio 2007, n. 12054, in *Guida al Diritto*, 2007, 28, 48.

agevolazioni fiscali o creditizie” (71). È, altresì, mantenuta la linea di confine, fra campo di applicazione dell’art. 18 e dell’art. 8 l. 604/66.

Il legislatore, usufruendo della discrezionalità che la Costituzione lascia in materia di sanzioni (72), è intervenuto con la medesima legge Fornero, apportando al c. 42 lett. b) dell’art. 1, profonde modifiche all’apparato sanzionatorio dei licenziamenti previsto dell’art. 18.

L’art. 1 c. 42, della l. 92/2012 sostituisce sia la rubrica dell’art. 18 della l. 20 maggio 1970 n. 300, sia i primi sei commi di tale norma con dieci altri commi. Si circoscrive la tutela "reale" a situazioni determinate (all’art. 18 c. 1-3, si nota, anzitutto, che per il licenziamento nullo (73) - rispetto al quale la riforma, pur in continuità con il regime precedente, introduce alcune importanti specificazioni - opera la tutela reintegratoria piena, non ponendosi, in tal caso, alcuna questione concernente i requisiti oggettivo-dimensionali) e la si sostituisce, negli altri casi, con una tutela di tipo indennitario o economico che lascia in essere l’efficacia estintiva del licenziamento, pur ritenuto illegittimo dal Giudice (74). La disciplina unitaria del licenziamento illegittimo è soppiantata da una disciplina differenziata, in quattro tipi e livelli di conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo, attribuendo, inoltre, alle diverse ipotesi di illegittimità legate alle causali del licenziamento medesimo uno, e talora più livelli di tutela (75). Il più elevato grado di tutela, è disciplinato dai nuovi primi tre commi dell’art. 18 e corrisponde alla tutela reale 'piena'

(71) Art. 18, c. 9, st. lav.

(72) L. Nogler; *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit.; O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, IV ed., 2011, cit., p.13.

(73) Le diverse fattispecie ricondotte alla nullità verranno approfondite nel cap. 3.

(74) La contrapposizione tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente, non rappresenta solo la scelta tra due tecniche sanzionatorie; rappresenta la contrapposizione tra due modi di intendere la funzione del diritto del lavoro: l’una legata alla tutela dei diritti e dei valori della persona che nel rapporto di lavoro trovano la loro realizzazione; l’altra legata ad una concezione della regolamentazione in ambito lavoristico, come volta ad assecondare una ricerca della competitività nei mercati. Si potrebbe dire che la reintegrazione ha a che fare con l’effettività; l’indennizzo pecuniario avrebbe a che fare con l’efficienza.

(tutela reale "*old stile*", così come prevista precedentemente dall'art 18 originario), nel suo profilo reintegratorio e nelle sue conseguenze risarcitorie (tali sanzioni verranno, ulteriormente, approfondite al cap. 4). Essa trova applicazione, indipendentemente dal motivo addotto e dal numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro, in caso di licenziamento nullo per ragioni discriminatorie, per causa di matrimonio oppure intimato in violazione dei divieti connessi alla condizione di maternità della donna lavoratrice. A queste ipotesi si aggiunge il licenziamento genericamente nullo "perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c." e quello inefficace poiché comunicato oralmente.

Il secondo regime sanzionatorio è invece rappresentato dalla tutela reale 'attenuata' (art. 18, c. 4, nuovo testo), dove la reintegrazione non viene meno, ma si ha una riduzione sia, delle conseguenze risarcitorie a beneficio del lavoratore che, degli oneri a carico del datore in caso di licenziamento. È prevista per il licenziamento annullabile ed applicabile ad alcune ipotesi specifiche: in caso di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo illegittimo per insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra in una delle condotte punibili con sanzione conservativa sulla base delle previsioni contenute nella contrattazione collettiva. Il medesimo regime sanzionatorio trova applicazione in ipotesi di assenza di giustificato motivo oggettivo ⁽⁷⁶⁾, se

⁽⁷⁵⁾ F. Carinci, *Ripensando*, cit., p. 305; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale*, cit.

⁽⁷⁶⁾ Nello specifico, il c.7 dell'art. 18 tratta delle ipotesi in cui il Giudice accerti "il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile. Può altresì applicare la predetta disciplina nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo". In particolare, l'art. 4 comma 4 della legge n. 68/1999 parla di quei lavoratori divenuti inabili allo svolgimento della prestazione nel corso del rapporto di lavoro, non rientranti nella quota di

il fatto è manifestamente infondato. La tutela reintegratoria 'attenuata' consiste nella condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria del danno subito dal lavoratore, commisurata all'ultima retribuzione di fatto dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione. Il carattere "attenuato" di questa tutela, deriva dal fatto che, a differenza della tutela reintegratoria 'piena', non è prevista una soglia minima, quella delle cinque mensilità. A ciò si aggiunge la previsione di un limite massimo dell'indennità, fissato a dodici mensilità (minimizzando il costo dell'atto illegittimo, anche pesantemente illegittimo, del datore di lavoro, compromettendo interessi "vitali" del lavoratore e interferendo sulla lunghezza del processo e sulla situazione del mercato locale in funzione della rioccupabilità) e le necessità di dedurre dalla somma, non solo, di quanto il lavoratore ha effettivamente percepito svolgendo altre attività lavorative (*l'aliunde perceptum*), ma anche, (*l'aliunde percipiendum*) quanto "avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione" (l'intervento è chiaro, tuttavia, resta aperto il problema di capire cosa significhi tale enunciato, data l'inevitabile discrezionalità nell'individuare sia gli strumenti che le modalità di ricerca della nuova occupazione). Rimane fermo il pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali e la possibilità, per il lavoratore, di optare per un'indennità sostitutiva della reintegrazione ⁽⁷⁷⁾.

riserva, che avrebbero potuto essere adibiti a mansioni equivalenti o inferiori; l'art. 10 comma 3 della medesima legge prende in considerazione i lavoratori disabili che, pur avendo subito un aggravamento delle condizioni di salute, avrebbero potuto essere reinseriti in azienda a seguito di opportuni adattamenti nell'organizzazione del lavoro; infine, il comma secondo dell'art. 2110 del codice civile punisce il licenziamento dei lavoratori assenti per infortunio o malattia che non abbiano superato il periodo di comporto. Si tratta perciò di tutelare quei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo che non possono essere considerati economici perché non legati all'attività produttiva, ma riguardanti il lavoratore e la sua persona, non una sua inadempienza. Secondo la norma in questo caso di licenziamento disciplinare occulto è opportuno garantire le tutele previste per il licenziamento disciplinare illegittimo, piuttosto che quelle relative al giustificato motivo oggettivo.

⁽⁷⁷⁾ Il comma 4 dell'art. 18 afferma che il datore tenuto al "versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino al quello della effettiva

Il terzo regime sanzionatorio è rappresentato dalla tutela economica indennitaria prevista per “altre ipotesi” di licenziamento annullabile (art. 18, c. 5, nuovo testo). Rientrano nel suo ambito di applicazione tutti i casi di assenza di giusta causa, giustificato motivo soggettivo e oggettivo diversi da quelli rispetto ai quali trova applicazione la tutela reintegratoria 'attenuata'. In queste ipotesi, il Giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro (come se il licenziamento fosse improduttivo di effetti fino alla sentenza e come se solo quest'ultima potesse conferirgli efficacia estintiva; tale risoluzione, o meglio cessazione, del rapporto dipende dalla volontà, pur non sorretta da giustificazione, del datore di lavoro) con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità. In particolare, in caso di licenziamento illegittimo per carenza di giustificato motivo soggettivo, il Giudice dovrà tenere conto dell'anzianità di servizio del lavoratore, dei dipendenti occupati nell'impresa, delle dimensioni dell'attività economica e del comportamento delle parti. In caso di licenziamento illegittimo, per carenza di giustificato motivo oggettivo, oltre ai criteri già elencati, il Giudice prenderà in considerazione le iniziative assunte dal lavoratore alla ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura preventiva al licenziamento di cui all'art. 7, l. n. 604/1966.

Infine, l'ultimo regime sanzionatorio è rappresentato dalla tutela economica dimidiata o 'debole' (art. 18, c. 6, nuovo testo), applicabile al

reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. In quest'ultimo caso, qualora i contributi afferiscano ad altra gestione previdenziale, essi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro”. La reintegrazione, in altre parole, “non viene toccata, mentre la riduzione concerne, da un lato, le

licenziamento inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, l. n. 604/1966; per omissione della procedura, in caso di licenziamento disciplinare, di cui all'art. 7 st. lav. e per violazione della nuova procedura obbligatoria introdotta all'art. 7. l. n. 604/1966 per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. In queste ipotesi il Giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria onnicomprensiva tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità, da determinarsi sulla base di alcuni parametri, tra cui rientra la gravità della violazione formale e procedurale commessa dal datore di lavoro.

Questa nuova disciplina tende a svalutare, in modo determinante, il principio del contraddittorio, di conoscibilità e immutabilità del licenziamento. Si viene, inoltre, ad ampliare notevolmente la discrezionalità del Giudice: non solo a causa di formulazioni ambigue nella legge (peraltro, inevitabili se si considera la necessità di dover conciliare opzioni di politica del diritto antitetiche), ma anche, perché lo stesso art. 18, attribuisce al magistrato il compito di valutare le specifiche situazioni a lui sottoposte al fine di graduare la sanzione: accanto alla ordinaria funzione qualificatoria della fattispecie, quella ulteriore e conseguente della determinazione del regime sanzionatorio. Tramonta la logica binaria legittimità/illegittimità, legata alla verifica della sussistenza/insussistenza dei presupposti formali, procedurali e sostanziali del recesso: il controllo sulla giustificazione richiede, ora, un doppio sforzo (o salto mortale) perché vale a delineare, oltre alla legittimità, anche il modello di tutela applicabile. In sostanza, l'applicabilità dell'una o dell'altra tutela è legata ad una serie di variabili connesse anche ai presupposti giustificativi del recesso ed alla loro consistenza. La conseguenza sanzionatoria dipende dalla "natura" e alla

conseguenze risarcitorie a beneficio del lavoratore e, dall'altro lato, gli ulteriori oneri a carico

“intensità” della violazione e il giudizio è affidato *ex post* alla variabilità degli esiti.

Nel vecchio testo dell’art. 18 st. lav., posto ed individuato dalla legge il campo di applicazione della tutela reintegratoria, l’accertamento giudiziale riguardava la sussistenza/insussistenza dei presupposti formali, procedurali e sostanziali del recesso: il datore riusciva a definire preventivamente (*ex ante*) il campo di applicazione e di conseguenza l’esito sanzionatorio, il requisito dimensionale determinava l’applicazione della tutela reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo. Nel nuovo testo è proprio l’accertamento concernente la sussistenza/insussistenza dei presupposti formali, procedurali e sostanziali del recesso che consente di individuare il campo di applicazione della tutela reintegratoria: suddetta tutela ha subito una significativa restrizione ad un prezzo piuttosto alto, dato che non si può più definire in modo preventivo dove si collochi l’area di estensione del ‘terribile’ rimedio.

del datore di lavoro in caso di licenziamento illegittimo”.

3. Le ipotesi del licenziamento nullo.

SOMMARIO: _3.1 I “tradizionali” vizi. _3.2 Il licenziamento discriminatorio. _3.3 Tesi dell’equivalenza tra il licenziamento ingiustificato e discriminatorio. _3.4 Il licenziamento a causa di matrimonio e in violazione delle norme a tutela del sostegno della maternità/paternità. _3.5 Le ipotesi di licenziamento nullo per motivo illecito determinate *ex art.* 1345 c.c. Il licenziamento ritorsivo. _3.6 Il licenziamento nullo nei casi previsti dalla legge. _3.7 Il licenziamento orale.

3.1 I “tradizionali” vizi.

“L’ordinamento giuridico, pur riconoscendo ai privati il potere di porre in essere dichiarazioni negoziali (autonomia privata), attribuisce ad esse valore ed effetto giuridico, in quanto rientrano nei limiti che l’ordinamento stesso stabilisce per l’attuazione dell’autonomia privata. Se questi limiti sono sorpassati o violati o inosservati, la sanzione che colpisce è l’invalidità. Il negozio giuridico è, perciò, invalido quando, per l’inosservanza dei limiti stessi, il negozio non produce i suoi effetti”; essa, in particolare, “assume due aspetti, da tenere ben distinti: la nullità e l’annullabilità” (78).

Da quanto, appena, detto sopra se ne deduce che: i vizi tipici che possono colpire un negozio giuridico sono inefficacia, nullità e annullabilità.

(78) A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, VII ed., Milano, 1968, p. 240.

Il negozio inefficace ⁽⁷⁹⁾ non è idoneo, a mettere in atto gli effetti che gli sarebbero propri e per quanto concerne il licenziamento, l'inefficacia è espressamente disciplinata dall'art. 2, legge n. 604/1966: il vizio sussiste quando il datore di lavoro comunica il licenziamento in forma orale ovvero quando, all'interno della lettera di licenziamento, non specifica i motivi del recesso.

Il negozio affetto, invece, da nullità è inidoneo a produrre gli effetti che gli spetterebbero (art. 1418 c.c.) per una carenza strutturale, o se risulta privo di un elemento costitutivo o del requisito legale di efficacia, o ancora è nullo per illiceità della causa o dei motivi (art. 1345 c.c.) ⁽⁸⁰⁾; o infine, per avversità rispetto alle norme imperative ⁽⁸¹⁾. Altre fattispecie di nullità sono sanzionate dalla stessa legge.

In particolare, per i licenziamenti la sanzione della nullità si applica nelle situazioni in cui il recesso è intimato per un motivo di carattere discriminatorio: così, espressamente qualificato come nullo dall'art. 15 st. lav. e dall'art. 4 della legge n. 604/1966, e successivamente ribadito dall'art 3 l. 108 (estende la tutela garantita dallo Statuto alle imprese rientranti nell'ambito della tutela obbligatoria per il solo licenziamento determinato da ragioni discriminatorie). Ricordiamo che, per colmare il vuoto di tutela, poiché, restavano scoperte alcune ipotesi di

⁽⁷⁹⁾ A. Torrente, *Manuale di diritto privato*, VII ed., Milano, 1968, p. 249. "Il negozio pur essendo valido, può non produrre i suoi effetti per varie ragioni. In genere, si adopera in senso ristretto l'espressione inefficacia, che in senso largo abbraccerebbe anche l'invalidità (perché anche il negozio invalido non produce affetti -nullità- o, se li produce, questi possono essere eliminati - annullabilità), per designare l'inettitudine del negozio a produrre i suoi effetti per un fatto estraneo al negozio stesso".

⁽⁸⁰⁾ L'art.1345 è applicabile secondo unanime giurisprudenza (si vedano per tutte: Cass., 19 ottobre 2005, n. 20197, in Gciv. Mass. 2005, 7-8; Cass., 29 luglio 2002, n. 11191, in Gciv. Mass. 2002, 1388), anche, agli atti unilaterali, licenziamenti compresi, per il tramite dell'art. 1324. C'è però da osservare come la giurisprudenza abbia adottato differenti orientamenti in merito alla tutela applicabile. Parte (maggioritaria) della giurisprudenza estende l'applicabilità della tutela reale ai licenziamenti nulli per illiceità del motivo (cd. licenziamenti ritorsivi) e, in generale, a tutti i licenziamenti assimilabili "quanto a ratio" al licenziamento discriminatorio.

⁽⁸¹⁾ A. Torrente, *Manuale*, cit., p. 241. "Sono anomalie, così gravi che impediscono al negozio di produrre i suoi effetti (*quod nullum est nullum producit effectum*). La situazione giuridica non resta affatto modificata per effetto del negozio nullo: rimane quella che era".

licenziamento, dottrina e giurisprudenza decisero di fare ricorso al diritto comune dei contratti (tutela reale di diritto comune). Quest'ultima deroga, sia la tutela reale che obbligatoria previste da disposizioni speciali (artt. 18 st. lav. e 8 l. 604/66), trovando una residuale applicazione ove non sussistevano i requisiti richiesti e dove ci sia un rinvio esplicito della legge. La legge n. 92/2012 ha ricondotto allo stesso regime di nullità (applicabile anche ai dirigenti), in aggiunta alle originarie fattispecie, i licenziamenti intimati in concomitanza con il matrimonio (art. 35, d.lgs. 11 aprile 2006 n. 198), oppure in violazione dei divieti di licenziamento durante la gravidanza o nel primo anno di età del figlio (art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151) e i recessi causati da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.

La terza sanzione caratteristica del negozio giuridico è l'annullabilità. Questo tipo di negozio produce provvisoriamente i suoi effetti ed essi divengono definitivi qualora non sia stata presentata un'impugnativa nel rispetto dei termini legali. L'azione di annullamento ha carattere costitutivo, in quanto è rivolta a modificare e quindi ad incidere sulla realtà preesistente, eliminando l'efficacia temporanea del contratto. Quanto a noi interessa, ovvero, per i recessi datoriali la sanzione si applica a recesso intimato senza giusta causa o giustificato motivo, secondo gli art. 1 e 3, legge n. 604/1966.

Il disegno di legge riprende le tradizionali qualificazioni dei vizi del licenziamento: nullità, con un'apertura maggiore di quella deducibile dalla combinazione fra la l. n. 604 del 1966 e l'art. 18 dello Statuto; annullabilità, per ipotesi più ristrette ma, comunque, riconducibili all'attuale art. 18; inefficacia, anche qui, con un ampliamento rispetto alla disciplina attuale.

Pur essendo apprezzabile la scelta di conservare le attribuzioni tradizionali, tale scelta si accompagna ad una divisione e confusione delle

medesime, data la messa in discussione della coerenza tra le stesse e le conseguenze sanzionatorie. Esse risultano significativamente incise e stravolte, tanto da non aver chiara l'utilità del loro richiamo né di una ricostruzione dei meccanismi sanzionatori del licenziamento illegittimo in termini di accentuata specialità.

Come già detto, la nuova formulazione dell'art. 18 ha introdotto una griglia di tutele di differente intensità, che si affiancano a quella “tradizionale” della reintegrazione nel posto di lavoro e, in particolare, ha previsto un regime omogeneo applicabile in tutte le ipotesi di nullità. Ai sensi dei commi 1, 2 e 3, una volta dichiarato nullo il licenziamento, sono previste: la reintegra nel posto di lavoro, con risoluzione automatica in assenza di ripresa di servizio entro trenta giorni dall’invito del datore di lavoro, salvo che sia stata richiesta l’indennità sostitutiva; “un’indennità commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell’effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative”, comunque, non inferiore a cinque mensilità, accompagnata dal versamento dei contributi previdenziali e assistenziali; la facoltà di chiedere - entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza o dall’invito del datore a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione - un’indennità sostitutiva della reintegra “pari a quindici mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto” esente da contribuzione previdenziale, con conseguente risoluzione del rapporto di lavoro.

La *reductio ad unum* operata dal legislatore deve, dunque, essere salutata con favore, in quanto contribuisce a semplificare il sistema delle tutele prevenendo le incongruenze che si erano verificate con il vecchio regime. Va, però, tenuta presente la discrezionalità del Giudice a cui spetta, sempre, al di là delle giustificazioni addotte ricercare (nei limiti

dei suoi poteri istruttori) la vera ragione che sorregge il licenziamento ed applicare la corrispondente tutela. È opportuno, alla luce di quanto sopra esposto, procedere ad un'analisi delle diverse fattispecie che, appunto, il legislatore riconduce alla "categoria" del licenziamento nullo e ciò allo scopo di verificare il grado e la qualità dell'innovazione normativa che rispetto ad esse sono destinati a realizzarsi in conseguenza del loro inserimento nel contesto della nuova disciplina di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92.

3.2 Il licenziamento discriminatorio.

La prima ipotesi di licenziamento nullo individuata nell'elenco del primo comma del nuovo art. 18 è quella del licenziamento discriminatorio. Il licenziamento discriminatorio è un'ipotesi particolare, completamente, diversa da tutte le altre poiché, nello specifico, si parla di 'finalità discriminatoria' che anima la scelta del datore di lavoro di licenziare il lavoratore. È possibile agire, quindi, su base discriminatoria. Il licenziamento discriminatorio è un comportamento "odioso", posto in essere da un soggetto (può essere sia pubblico che privato), che effettua una scelta arbitraria fondata su un pregiudizio; un atto che ha una ragione determinante in un intento discriminatorio (unica ragione per la quale viene posto in essere tale atto: ciò renderà molto complicato provare la finalità/intento discriminatorio). Di tale pregiudizio possiamo individuare molte sfaccettature: sostanzialmente, le aree principali sono ravvisabili nelle discriminazioni per ragioni sindacali, politiche o religiose. Il nostro ordinamento ha elaborato una disciplina discriminatoria robusta, su questi tre fronti: aspira a reprimere ogni tipo di trattamento non paritario attuato nei confronti di un individuo o un gruppo di individui in virtù della loro

appartenenza ad una particolarmente categoria ⁽⁸²⁾. Il divieto di discriminazione trova la sua ragion d'essere, anzitutto, nella Costituzione della Repubblica, all'articolo 3, mentre, per quanto riguarda il diritto del lavoro si rinvia al titolo II dello Statuto, dedicato alla libertà sindacale, con l'obiettivo principale di tutelare la libertà e la dignità del lavoratore, con riferimento a situazioni repressive che possono verificarsi nell'impresa (come ad esempio: l'uso della polizia privata nelle fabbriche, le perquisizioni personali, l'uso di strumenti per il controllo a distanza dell'attività del lavoratore, l'esercizio del potere disciplinare, assunzione di informazioni sul lavoratore): nello specifico, agli artt. 15, 16 e all'art. 28 st. lav. (quest'ultimo, pur, non rientrando nella disciplina discriminatoria è strettamente connesso ad essa, poiché, volto a reprimere quei comportamenti che sono lesivi di diritti e libertà sindacali). Chiaro è il rinvio al rispetto dei diritti fondamentali del lavoratore su cui, come abbiamo visto, ha fortemente inciso la l. 300/70 e il rispetto, in particolare, del principio di non discriminazione come carattere generale e pervasivo volto a limitare ogni forma di esercizio dei poteri unilaterali del datore di lavoro.

Di tale visione vi è, poi, stata una significativa evoluzione. Negli anni 2000 si sviluppa una particolare attenzione su tale materia, ma sotto una nuova luce, quella del diritto Comunitario. Quest'ultimo è molto attento al tema delle discriminazioni in senso generale, ossia si impegna a reprimere tutti quei comportamenti discriminatori in senso ampio e,

⁽⁸²⁾ Ricordiamo che due sono le caratteristiche fondamentali per riuscire a definire un comportamento discriminatorio: un trattamento particolare, diverso rispetto agli altri individui o gruppi di individui e l'assenza di giustificazione per questo differente trattamento. Risulta chiaro, così, che trattamenti particolari come i congedi di maternità non possono risultare discriminatori, poiché, sono giustificati dalla situazione. Tuttavia il consenso sociale è un indicatore piuttosto inaffidabile per determinare ciò che è definibile discriminazione e ciò che non lo è. Ciò che ora è considerato normale e non discriminatorio, infatti, in un altro tempo o in un altro luogo può essere considerato discriminazione. Un esempio di come uno stesso criterio di valutazione può essere discriminatorio o meno è l'età: a volte usato in modo consensuale (per esempio nell'età minima per partecipare alla vita pubblica), a volte in modo discriminatorio (ad esempio quando diventa ragione di rifiuto da parte dei datori di lavoro).

quindi, anche quelli in relazione al diritto di lavoro. Nel 2000 ci sono state, in tal senso, due direttive comunitarie (2000/43/CE in materia di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica e 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro) che rappresentano un'assoluta novità: si ha una declinazione della discriminazione, in senso più ampio ed esteso, rispetto ai sistemi precedenti presenti un po' dappertutto nei paesi dell'Unione Europea. Possiamo ricordare la grande evoluzione, per esempio, della discriminazione sessuale: portata alla luce negli anni 70 con lo Statuto dei lavoratori e seguitata con diversi interventi normativi successivi tra cui, in particolare, la legge n. 903 del 1977, fino agli essenziali interventi comunitari che hanno influito sulla nozione di discriminazione di "genere", rendendola molto più raffinata e precisa, per facilitare la ricerca del tema di indagine. Nel terreno fertile del diritto comunitario matura l'ampliamento dell'area della disciplina discriminatoria ⁽⁸³⁾: un ampio e ricco reticolato di vincoli derivanti dalle normative comunitarie, che mira ad ingrandire l'intera disciplina e il sistema rimediabile delle azioni giudiziali specifiche, a tutela dei soggetti che risultano vittime\destinatari di atti discriminatori ⁽⁸⁴⁾. L'evoluzione del diritto antidiscriminatorio, soprattutto a livello comunitario, ha cercato di evidenziare il carattere assoluto di tale diritto la cui tutela, pertanto, dovrebbe attivarsi

⁽⁸³⁾ L. Calafà, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. Amato R. Sanlorenzo (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in <http://magistraturademocratica.it>, p. 114 e ss.

⁽⁸⁴⁾ Oltre alle già citate direttive bisogna ricordare che l'UE si è dotata di alcune tra le norme antidiscriminazione più avanzate al mondo ed ha introdotto l'art. 13 al Trattato istitutivo della Comunità Europea (entrato in vigore nel 1999), conferendo al Consiglio il potere di adottare "i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali". Da ultimo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza 2000) ha sancito espressamente il diritto di uguaglianza davanti alla legge (art. 20) e il divieto di qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una

indipendentemente dalla condizione psicologica (intento discriminatorio del datore) sussistente in capo a chi ha posto in essere la discriminazione, richiamando una <<oggettiva idoneità a discriminare>>. La nozione di discriminazione derivata dalle direttive comunitarie e recepita nel nostro ordinamento mette l'accento sulla sola rilevanza degli effetti prodotti dall'atto datoriale prescindendo da un'analisi sulla volontà di conseguirli. Ciò che rileverebbe ai fini della definizione di un licenziamento come discriminatorio, sarebbe solo l'oggettiva idoneità dell'atto a ledere il bene protetto e la dimostrazione del nesso causale tra questo e la lesione di quel bene ⁽⁸⁵⁾.

Le direttive in questione vengono recepite dal nostro ordinamento con il d.lgs. n. 215 e 216 del 2003: la giurisprudenza italiana introietta il contenuto di questa nuova concezione della discriminazione e ne sottolinea gli importanti effetti. La tutela contro le discriminazioni ha per l'ordinamento un valore preminente, che non può essere subordinato alla logica dell'impresa: specifici interessi tutelati dal divieto di discriminazione, infatti, prevalgono nella gerarchia espressa dall'ordinamento, su quelli che hanno condotto ad ulteriori modalità di esercizio dei poteri datoriali. Sarebbe importante avere una nozione oggettiva, dove la discriminazione è legata esclusivamente all'effetto di compromissione del bene, sia per la continuità con i dettati normativi sia per avvicinarsi alla realtà dei rapporti di lavoro.

Parlando, quindi, di licenziamento discriminatorio è necessario tenere presente, quanto fin d'ora detto sull'ampliata nozione di discriminazione, rispetto al passato.

minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali (art. 21).

⁽⁸⁵⁾ E. Tarquini, *I licenziamenti discriminatori*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, p. 256 e ss.

Inoltre, approfondendo la disciplina del licenziamento discriminatorio risulta che, la nuova visione comunitaria e l'adesione ad una nozione di discriminazione di tipo oggettivo, incide notevolmente sugli aspetti relativi all'assolvimento dell'onere probatorio. Infatti, inizialmente, si sosteneva che, qualora, il lavoratore decidesse di impugnare il licenziamento, ritenuto discriminatorio, su di esso sarebbe ricaduto l'onere probatorio; ad ogni modo, però se il datore fosse riuscito a provare che alla base del licenziamento esisteva un fondato motivo, il licenziamento sarebbe risultato non discriminatorio. Si operava una sorta di automatismo, forzando la disciplina e ritenendo che, qualora il datore fosse riuscito a provare, in modo chiaro e non controverso, l'esistenza di un giustificato motivo o di una giusta causa, ben poco poteva sperare il lavoratore dato che sarebbe stato, molto più, complicato per il lavoratore provare l'intento discriminatorio e, quindi, tanto valeva estromettere tale possibile discriminazione: ma nulla può essere escluso a priori (tesi riduzionistica del licenziamento discriminatorio). Questa impostazione, pur avendo una sua logica, rischiava di tradursi in un "annullamento" della stessa disciplina discriminatoria, poiché, pur essendo presente un fondamento vi potrebbe essere, anche, un intento discriminatorio che il lavoratore, comunque, può provare. La giustificazione presentata dal datore di lavoro non deve vincolare l'indagine del Giudice verso l'accertamento del difetto che inficia il licenziamento, dato che, è evidente che il datore che licenzia secondo una logica discriminatoria, difficilmente la esplica, cercando, piuttosto, di celarla dietro un'altra motivazione. A tal proposito, la giurisprudenza, pur, lasciando invariato l'onere della prova della discriminazione, che grava ancora sul lavoratore, e continuando a subordinare l'accertamento della discriminazione alla prova dell'intento discriminatorio ha elaborato una serie di sistemi con i quali facilitare il lavoratore: attraverso le presunzioni, si può ottenere un

superamento della rigidità che, storicamente, fino ad un certo punto, ha caratterizzato il diritto del lavoro e, anche, la giurisprudenza stessa. Nell'assolvere quest'onere probatorio potrà usufruire delle agevolazioni previste dall'art. 28, c. 4, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 che stabilisce: quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata. Il lavoratore che ritiene di aver subito un licenziamento discriminatorio dovrà allegare elementi di fatto che possano convincere il Giudice del pregiudizio subito; se prova ciò spetterà al datore provare l'insussistenza della discriminazione ⁽⁸⁶⁾, fornendo elementi che escludano, nello specifico, la discriminazione contestata dal lavoratore.

Tale cambio di rotta è dovuto proprio al fatto che si comincia ad applicare la nozione più estesa di discriminazione così come prevista dal diritto comunitario.

La conseguenza che si verifica, quando il Giudice accerta che il licenziamento è discriminatorio, è quella della nullità del licenziamento ⁽⁸⁷⁾. Per questo, il legislatore ha affermato, con estrema chiarezza, testualmente che: il licenziamento discriminatorio è nullo e comporta la reintegra nel posto di lavoro. Detto ciò, bisogna aggiungere che, a seguito della riforma in materia di flessibilità in uscita, nel generale depotenziamento della sanzione reintegratoria, una tutela ne risulta,

⁽⁸⁶⁾ E. Tarquini, *I licenziamenti*, cit., p. 258

⁽⁸⁷⁾ C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in ADL, Padova, 2012.

comunque, rafforzata quella contro i più “odiosi” tra i licenziamenti: i licenziamenti discriminatori.

Nel modificato articolo 18 st. lav. appare centrale non la fattispecie, ma il vizio dell'atto sul quale si costruisce il nuovo impianto della tutela offerta dallo Statuto dei lavoratori in caso di recesso del datore di lavoro.

La prima ipotesi di licenziamento nullo riportata nel nuovo art. 18 è proprio quella del licenziamento discriminatorio ⁽⁸⁸⁾ (fin dall'inizio esclusi del vento riformatore), al quale si applica, tutt'oggi, la tutela reale “*old stile*”. Il legislatore opera, qui, un rinvio all'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, il quale, come è noto, definisce, *per relationem* (ossia richiamando la normativa entro cui queste trovano già una disciplina; tale meccanismo, sembra, caratterizzare l'intero intervento di riforma in materia di licenziamenti, per occuparsi delle sanzioni, delegando all'interprete l'arduo compito di identificare la nozione di discriminazione da associare al licenziamento), a sua volta questo tipo di licenziamento attraverso ulteriori rinvii, in specie all'art. 15 st. lav. ⁽⁸⁹⁾ e all'art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604 ⁽⁹⁰⁾. Una prima categoria di norme è diretta a tutelare la libertà sindacale, mentre, un secondo gruppo

⁽⁸⁸⁾ R. Zucaro, *Licenziamento discriminatorio. Riflessioni alla luce della Riforma Fornero*, Working Paper ADAPT, n. 2/2013, in www.bollettinoadapt.it

⁽⁸⁹⁾ La versione originaria dell'art. 15 dello Statuto prevedeva: “È nullo qualsiasi patto od atto diretto a: subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero necessiti di farne parte; licenziare un lavoratore, discriminarlo nell'assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica o religiosa”.

A tale elenco la legge 903/1977 ha aggiunto i fattori discriminatori basati su “razza, lingua e sesso” mentre il testo, tuttora, vigente è quello risultante dall'integrazione operata dal d.lgs.216/2003 che ha inserito i fattori di “età, disabilità, orientamento sessuale o convinzioni personali”. Il richiamo contenuto nell'art. 3 della l. 108 non è del tutto aggiornato, poiché contiene le sole modifiche dell'art. 13 della legge del 1977 e non anche quelle dell'art. 4, c.1, del d.lgs. del 2003. Il motivo discriminatorio è ricondotto ad un elenco di divieti legislativi; lungo ma non esaustivo, perché a chiuderlo c'è un inciso dilatabile a piacere, per cui, sarebbe tale, ogni altro motivo “riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile”.

di norme auspica di garantire l'esercizio di alcuni diritti fondamentali di carattere individuale. Preme ribadire che, il divieto di discriminazione si applica ad ogni rapporto di lavoro e, in particolar modo, nella residua area della libera recedibilità, inoltre, la normativa viene estesa ai dirigenti ed ai lavoratori domestici (art. 4, legge n. 108/1990: area di non applicazione). Proprio l'articolo 3 della legge del 1990 ⁽⁹¹⁾, dettava l'applicabilità del regime della tutela reale, ignorando la motivazione addotta dal datore ⁽⁹²⁾, posta a base del licenziamento, e del requisito dimensionale dell'organizzazione datoriale, al licenziamento discriminatorio. Quanto scritto testimonia come la legge decideva di sanzionare in modo categorico e rigoroso il licenziamento discriminatorio. In particolare, prescrivendo l'applicabilità della tutela reale «quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro», si fa riferimento ai soli limiti numerici e non anche a quelli soggettivi, alcuni dei quali sono stati presi in considerazione dal legislatore, attuale e talora, anche futuro, si pensi ai dirigenti, espressamente ricompresi nella tutela, ai lavoratori domestici e agli anziani in possesso dei requisiti pensionistici, anch'essi ricompresi. Altri,

⁽⁹⁰⁾ Per comodità se ne riporta il testo: “il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo, indipendentemente dalla motivazione adottata”.

⁽⁹¹⁾ Licenziamento discriminatorio: “il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'articolo 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dalla presente legge. Tali disposizioni si applicano anche ai dirigenti”.

⁽⁹²⁾ La valutazione del licenziamento deve essere rivolta e concentrata sulla verifica della ragione sostanziale che ha convinto il datore a recedere dal rapporto di lavoro. Purtroppo contrastanti ricostruzioni circondano i criteri da seguire per giudicare il motivo sostanziale. La cd. teoria soggettiva innalza ad elemento determinante, allo scopo di formare una fattispecie discriminatoria, l'intento soggettivo – psicologico del datore di lavoro. Se vuole far cadere l'accusa d'invalidità dell'atto il datore dovrà dimostrare l'esistenza della giusta causa di licenziamento. La giusta causa provocando l'estinzione istantanea del rapporto ha la prevalenza su ogni altra causa. Di altro avviso è invece la teoria oggettiva. Sostiene la sufficienza dell'idoneità dell'atto a ledere il diritto protetto. Considera irrilevante la ricorrenza degli

invece, formalmente ignorati e, pertanto, di dubbia definizione: si pensi ai dipendenti dalle organizzazioni di tendenza o agli sportivi professionisti.

Nell'ambito del licenziamento discriminatorio, l'aspetto che forse oggi appare più problematico attiene all'esatta determinazione della nozione di "discriminazione": si ha a che fare, come si può facilmente dedurre, con un'ampia gamma di caratteri, condizioni, stati, convinzioni della persona del lavoratore molto diversi tra loro (alcuni richiamano dati oggettivi, come l'età, il sesso, l'handicap, altri invece, possono essere frutto di opzioni, di scelte del l'individuo, di modi di impersonare e di vivere la propria identità personale, come le convinzioni politiche l'orientamento sessuale o il credo religioso, la cui considerazione è inibita al datore, ai fini dell'adozione di un atto come il licenziamento). Il motivo discriminatorio è ricondotto ad un elenco di divieti legislativi, lungo ma non esaustivo: a tale proposito, in chiusura c'è un inciso dilatabile a piacere, per cui sarebbe tale ogni altro motivo "riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile" ⁽⁹³⁾.

La mancata, espressa, indicazione di alcuni di essi, nel c. 1 dell'art. 18 st. lav., non compromette l'applicabilità del nuovo sistema sanzionatorio dato che, l'*incipit* con ambito generale di applicazione, riconduce alla norma statuaria anche gli atti basati su motivi discriminatori non richiamati e, tuttavia, sanzionati espressamente con la nullità. È, al contempo, evidente che un'estensione eccessiva della nozione di discriminazione finirebbe per contrastare con l'attuale testo

elementi soggettivi come l'intenzione di nuocere, la volontarietà della discriminazione o comunque la colpa o il dolo del datore di lavoro.

⁽⁹³⁾ Il problema "classico" della natura tassativa o meno dell'elenco, sembra, svuotato di rilevanza pratica apparendo, oggi, arduo individuare delle ipotesi discriminatorie ulteriori non ricomprese nel campo di applicazione della norma. Ciò non significa, però, che il problema di determinare l'esatta consistenza della nozione di "discriminazione" non sia più attuale. Posto, infatti, che ora è pacifico, ad esempio, che la discriminazione per età è ricompresa nell'elenco, il problema diviene, allora, quello di stabilire cosa si intenda per «discriminazione per età».

dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, che prevede un sistema di tutele modulate in base alla gravità del vizio da cui è affetto il licenziamento, e ravvisa nel licenziamento discriminatorio (solo) l'ipotesi più grave, apparentemente residuale.

Sembra, dunque, preferibile un'interpretazione più rigorosa che leghi la nozione di discriminazione ai diritti fondamentali e permetta, di conseguenza, di considerare la tutela antidiscriminatoria in tema di licenziamento quale tutela residuale per quei casi di licenziamento, particolarmente odiosi, in cui il licenziamento si traduce in un atto lesivo della dignità del lavoratore.

3.3 Tesi dell'equivalenza tra licenziamento ingiustificato e discriminatorio.

Le fattispecie sottoposte alla tutela reintegratoria «piena» sono individuate dal primo comma con un elenco da considerarsi non esaustivo. Il legislatore lavora sempre di più con fattispecie aperte e di più ampio spettro, piuttosto che, con fattispecie circoscritte e determinate.

Questa ampiezza dei riferimenti normativi ha condotto all'elaborazione di un'ipotesi ermeneutica dotata di grande carica innovativa: l'elenco, di cui al comma primo, avrebbe carattere meramente esemplificativo, costituisce un modello rappresentativo di una più ampia e uniforme categoria del licenziamento nullo perché discriminatorio.

La teoria, qui in discussione, prende le mosse dall'accrescimento, nel tempo, del numero di fattori di discriminazione legalmente previsti, per arrivare ad affermare che, il nuovo articolo 18 sarebbe la conclusione di un iter, che avrebbe condotto alla perfetta sovrapposizione tra il licenziamento ingiustificato e il licenziamento discriminatorio, e di conseguenza, anche, all'applicazione ad essi della tutela reale 'piena'.

Mentre sul lavoratore grava l'onere di provare che si tratta di licenziamento discriminatorio, il datore dovrà provare il fondamento giustificativo del recesso altrimenti, il licenziamento risulterà ingiustificato (vengono distribuiti i carichi probatori). La ricostruzione del regime probatorio del licenziamento discriminatorio, infatti, può far sorgere delle difficoltà poiché si va a sovrapporre all'onere della prova per il licenziamento ingiustificato. Le varie ipotesi di discriminazione, estese a seguito di ulteriori normative, non hanno carattere tassativo ed hanno <<dilatato il novero degli interessi vietati fino a ricompredervi qualunque finalità, oggettivamente perseguita, diversa da quelle positivamente ammesse dall'ordinamento>> (94). Nel sistema vigente il licenziamento non è discriminatorio, solo se il datore di lavoro persegue le ragioni specificamente ammesse nel sistema, come il giustificato motivo oggettivo (di tipo economico), soggettivo e la giusta causa; tutto ciò che resta al di fuori dalle ragioni specificamente contemplate dalla legge è invece discriminatorio.

Il ragionamento, sembra, seguire una logica binaria: il licenziamento o è legittimo, in quanto pienamente rispondente alle caratteristiche richieste dall'ordinamento, o è discriminatorio, in quanto non giustificato, quindi inevitabilmente collegato a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa. La tesi, che appunto, riconduce il licenziamento ingiustificato a quello discriminatorio (95), pur di indubbio interesse e acutamente argomentata, rimane esposta ad alcune osservazioni.

(94) M. T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass, Pisa 7-9 Giugno 2012.

(95) Si fa riferimento alla teoria della generale natura discriminatoria di M. T. Carinci: essa sostiene, in modo molto forte, che il licenziamento ingiustificato sia discriminatorio. Tesi non condivisa dalla dottrina prevalente. Qualcosa di vero però c'è: se non c'è un fondamento giustificativo perché il lavoratore è stato licenziato? Tale quesito è corretto, ma non lo è giungere alla conclusione che in assenza di una giustificazione automaticamente c'è discriminazione.

Una ricostruzione di tal genere avrebbe come conseguenza una larga applicazione della tutela reale 'piena' esito, certamente, agli antipodi rispetto l'impianto di una riforma che cerca di rimodellare e ridurre l'apparato sanzionatorio dell'art. 18: avrebbe come effetto l'unificazione dell'intero sistema sanzionatorio sotto il regime della tutela reintegratoria rafforzata con conseguente utilizzo residuale di quella attenuata e di quella indennitaria. Il legislatore, sembra, aver sempre tenuto ben separati il licenziamento nullo e quello ingiustificato, associando ad essi conseguenze differenziate. Risulta chiaro che: in caso di licenziamento nullo vi è totale assenza del potere di licenziare, mentre per quanto riguarda il licenziamento ingiustificato il potere di licenziare sussiste, ma è esercitato in violazione dei limiti posti dalla legge, mediante la regola della doverosa giustificazione. È necessario tenere ben distinte le sfere della nullità da quella dell'annullabilità, della mancanza radicale del potere dal mancato rispetto dei presupposti per il suo corretto esercizio. In sostanza l'elenco previsto dal primo comma, pur vasto, non può essere privo di confini: le fattispecie in esso ricomprese sono dilatabili a piacere ma non possono in alcun modo invadere la sfera ricoperta dalle ipotesi di mancanza della giustificazione. In generale, non sembra, comunque, corretto affermare che il licenziamento ingiustificato sia sicuramente, sempre, discriminatorio.

Come ultima considerazione possiamo affermare che tale teoria potrebbe rivelarsi, però, utile in un caso particolare: ossia il caso in cui il datore non fornisca in modo assoluto alcuna giustificazione. Si può, in tale circostanza, affermare che il licenziamento è discriminatorio. Proprio sulla base del silenzio assoluto sul versante della motivazione del datore. Essa può valere, inoltre, nel caso di licenziamento collettivo, ove il datore trascuri completamente di specificare come ha applicato i criteri di scelta, facendo emergere un profilo di natura discriminatoria del

licenziamento. In tutti quei casi in cui il datore è silente rispetto ai motivi relativi al licenziamento, si può aprire questo possibile scenario.

3.4 Il licenziamento a causa di matrimonio e in violazione delle norme a tutela del sostegno della maternità/paternità.

Tra le ipotesi di licenziamento nullo, il nuovo art. 18, richiama quello intimato in periodi contigui al matrimonio (art. 35 d.lgs. n. 198/2006) ⁽⁹⁶⁾, oppure, alla maternità o alla adozione ovvero perché, causato dalla domanda o fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice del lavoratore (art. 54, c. 1, 6, 7 e 9, d.lgs. 151/2001) ⁽⁹⁷⁾.

Il diritto del lavoro, da sempre, cerca di tutelare il lavoratore, nello specifico il lavoratore subordinato, attribuendo a quest'ultimo una serie di posizioni giuridiche di vantaggio, all'interno del contesto contrattuale, e

⁽⁹⁶⁾ Il Decreto legislativo 198/2006 è conosciuto come "Codice delle pari opportunità tra uomo e donna". Il decreto individua e pone il divieto alle varie forme di discriminazione: nell'accesso al lavoro e alle prestazioni previdenziali; nella retribuzione; nelle prestazioni lavorative e nella carriera.

⁽⁹⁷⁾ Si tratta del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità. Il TU è di estrema importanza, in quanto, ha esteso la normativa, originariamente applicata solo nei confronti delle lavoratrici subordinate, anche a quelle autonome, alle imprenditrici agricole, alle libere professioniste e alle titolari di rapporti atipici o discontinui. Esso è l'esito di una evoluzione legislativa che ha modificato profondamente la disciplina della tutela della maternità, estendendo al padre lavoratore ed ai genitori adottivi i diritti in precedenza spettanti alla sola madre, a protezione del preminente interesse della prole. Possiamo, a tal riguardo, ricordare alcune sentenze della Corte costituzionale che hanno esteso, la tutela riconosciuta alla lavoratrice-madre, al padre-lavoratore: la prima riconosce al padre lavoratore il diritto all'astensione obbligatoria ed ai riposi giornali, qualora l'assistenza della madre sia divenuta impossibile per decesso o grave infermità (Corte cost., 19 gennaio del 1987, n. 1, in *Il civilista* 2009, 9, 11); mentre la seconda ha esteso, in via generale, al padre lavoratore, in alternativa alla madre lavoratrice consenziente, il diritto ai riposi giornalieri per l'assistenza al figlio nel primo anno di vita (Corte cost., 21 aprile 1993, n. 179, in *AC*, 1994, 750). La Corte cost. sottolinea come gli istituti nati a salvaguardia della maternità, hanno perso nel tempo il fine precipuo ed esclusivo di protezione della donna, per essere destinati alla difesa del preminente interesse del bambino. Concludiamo con il ricordare che le disposizioni del TU disciplinano i congedi, i riposi, i permessi e la tutela delle lavoratrici e dei lavoratori connessi alla paternità e maternità di figli naturali, adottivi e in affidamento, nonché, il sostegno economico alla notorietà e alla paternità (art. 1 c. 1).

creando un diritto diseguale per realizzare quella parità che in realtà non c'è. In posizione di netto svantaggio (condizione strutturale di svantaggio) troviamo le donne; le quali dovranno scontrarsi con un maggior numero di ostacoli rispetto al raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale. Come vedremo per porre rimedio a tale condizione di svantaggio l'ordinamento attuerà, inizialmente, un metodo di tutela (con forti norme di divieto) e solo in un secondo momento una promozione della parità (norme di tutela antidiscriminatorie per dare uguali opportunità a donne e a uomini, oppure norme di promozione dall'occupazione femminile).

L'analisi della legislazione sociale, in Italia, affonda le sue radici nella seconda metà dell'ottocento, quando il rapido evolversi delle vicende economiche porta ad un profondo cambiamento della vita sociale. Il diffondersi dell'industrializzazione e della libertà economica costituisce una forte spinta al lavoro extradomestico delle donne, ma la dilagante miseria, creata dalla trasformazione economica, si ripercuote sulle classi più deboli, costringendo le donne e i fanciulli a duri orari di lavoro, in ambienti e condizioni insalubri, e con salari ridotti. La legislazione del periodo precostituzionale presenta, sin dagli inizi, caratteri dominanti che contraddistinguono l'intera disciplina del lavoro femminile di quegli anni. In primo luogo, la tutela opera secondo una duplice direttiva: da un lato si sottolinea l'esigenza di ridurre i danni morali e fisici del lavoro in un'ottica di interesse pubblicistico-sanitario (in questo senso il lavoro della donna viene assimilato a quello dei fanciulli, ritenuti entrambi "mezze forze"), dall'altro emerge un elemento intrinseco di debolezza della lavoratrice, inteso come naturale e logica inferiorità rispetto al lavoratore. Si concretizza, poi, nel congedo obbligatorio, la protezione della maternità, riconoscendo implicitamente la preminenza nel ruolo familiare della donna, fattore questo che tende ad allontanare la stessa dall'attività lavorativa. Infine, va segnalato come

elemento caratterizzante il limitato ambito di applicazione delle leggi, il cui effetto protettivo investe esclusivamente il lavoro industriale, svolto negli uffici o nei laboratori, rimanendo invece escluso, fino a epoca relativamente recente, quello agricolo e a domicilio familiare. Questa linea di politica del diritto della legislazione corporativa è teoricamente “femminista” ma di fatto, fortemente, penalizzante ed espulsiva dal mercato del lavoro della manodopera femminile.

Nel 1902 viene approvata la legge n. 242, nota come legge Carcano, che realizza una prima regolamentazione dell'uso della forza del lavoro femminile (la prima legislazione sociale del 1886 si occupò nello specifico dei fanciulli, escludendo esplicitamente le donne). La legge vietava alle donne i lavori sotterranei, nonché il loro impiego in lavori insalubri e pericolosi ed un limite, di 12 ore, nella durata della giornata lavorativa. Si vietava, inoltre, il lavoro notturno e si ponevano le basi per una prima tutela della maternità, attraverso, il diritto al congedo, dopo il parto, della durata di un mese, riducibile, peraltro, a tre settimane (solo nel 1910 il congedo sarà retribuito; sarà, infatti, introdotto e previsto un sussidio). La protezione della maternità si concretizzava, sostanzialmente, nella previsione di un periodo di astensione obbligatoria dal lavoro non retribuita facendone, così, gravare l'onere economico e sociale unicamente sulla donna e non sulla collettività, né tanto meno sull'impresa. La tutela accordata alla lavoratrice era poi, fortemente, limitata dal ridotto ambito di operatività della legge: questa, infatti, riguardava esclusivamente il lavoro industriale, svolto negli opifici e nei laboratori, non essendo prevista alcuna possibilità di applicazione al lavoro agricolo e a domicilio familiare.

Tra le leggi fasciste del ventennio corporativo sono degne di essere menzionate: la legge 23 aprile 1934 n. 653, sulla tutela del lavoro delle donne e dei fanciulli, e la legge 5 luglio 1934 n. 1347, sulla tutela della

maternità delle lavoratrici (quest'ultima estenderà il congedo di maternità al periodo precedente il parto e si imporrà il divieto di licenziamento della lavoratrice-madre). Nello specifico, la l. n. 653 resterà in vigore, con qualche correttivo, anche dopo l'emanazione della Costituzione repubblicana. Essa fra le altre cose: ammetteva, alle condizioni previste con appositi decreti attuativi, i lavori pericolosi o insalubri; vietava il trasporto ed il sollevamento di pesi; vietava il lavoro notturno; stabiliva limiti massimi per l'orario di lavoro e l'obbligo di riposi intermedi.

Il legislatore fascista si adopera a realizzare una disciplina del lavoro incentrata sulla protezione della lavoratrice, coerente con l'obiettivo di relegarla nell'ambito domestico e giustificando gli interventi del regime in chiave demografico-razziale (in ciò si distingue rispetto alla Germania nazista, che aveva risolto il problema della perpetuazione della razza ariana, statuendo un secco divieto di assunzione di manodopera femminile). Ed è proprio questa centrale contraddizione che verrà lasciata in eredità ai costituenti oltre, naturalmente, alle due leggi di tutela. La tutela protettiva resterà punto fermo per diversi anni, solo, in un secondo tempo parleremo di promozione di parità.

La caduta del regime corporativo e l'emanazione della Costituzione creano le premesse per un radicale mutamento non solo sul piano legislativo, ma anche sul piano sociale e del costume. In particolare, l'art. 3 della Costituzione, primo e secondo comma, pone le basi per una netta rottura con il passato. Il divieto di discriminazione fondata sul sesso, la lingua, le convinzioni politiche, personali e sociali, nonché la volontà di intervenire a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che di fatto, limitano la libertà e l'uguaglianza, impediscono il pieno sviluppo della persona e creano i presupposti per una tutela positiva della condizione della donna nel lavoro. In tal contesto, particolare rilevanza

assume l'art. 37 della Costituzione ⁽⁹⁸⁾, il quale recita “la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, la stessa retribuzione che spetta al lavoratore. Le condizioni del lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale e adeguata protezione”. La norma, specificazione dell'art. 3, conferma, nel campo del lavoro, il principio generale di uguaglianza e dignità sociale senza alcuna distinzione sulla base del sesso; sancisce il diritto di parità di trattamento a favore della lavoratrice e ne prevede le possibili eccezioni in relazione a determinate finalità. Viene, così, ribadita e rafforzata l'indicazione della prevalenza del principio di eguaglianza sostanziale, laddove, la parità formale viene subordinata a regole differenziate volte a sopprimere quegli ostacoli menzionati al secondo comma dell'art. 3. Risulta chiaro che, il XVIII secolo è un importante periodo di transizione dove all'indomani della fine del regime fascista, nel panorama giuridico occidentale, fa ingresso il principio di eguaglianza: la sua attuazione come regola giuridica presentava diverse eccezioni, tra le quali quella più vistosa riguardava proprio le donne. Queste ultime restano escluse sotto vari profili: rispetto

⁽⁹⁸⁾ In particolare, l'art. 37 Cost. (La donna lavoratrice) sancisce la parità normativa e retributiva, facendo sì che, attraverso una normativa protezionistica speciale, non derivino per la madre lavoratrice conseguenze discriminatorie e penalizzanti. Esso è una specificazione dell'art. 3 della Cost. con efficacia all'interno del rapporto di lavoro e, perciò, capace di limitare l'autonomia contrattuale. È dedicato, in particolar modo, alla tutela del lavoro delle donne e dei minori e per l'epoca in cui fu scritto, ben, si può affermare che abbia largamente anticipato il costume sociale. Molte norme di legge che sancivano discriminazioni, oggi, inammissibili hanno resistito, a lungo, prima di essere sostituite da una disciplina conforme al principio costituzionale della parità tra uomo e donna in materia di lavoro. La condizione della donna ha percorso un lungo e faticoso cammino d'emancipazione che non si è ancora completato. Non è necessario andare a ritroso di secoli, ma soltanto di pochi decenni per trovare nella legislazione italiana norme giuridiche che non attribuivano alle donne gli stessi diritti dell'uomo. Va inoltre evidenziato che sia i minori che le donne sono categorie, entrambe, a rischio di discriminazione e, per tale motivo, bisognose di tutele particolari: i primi, in ragione della loro età; le donne, al fine di conciliare al meglio la condizione di lavoratrice con l'importante funzione che rivestono all'interno dei nuclei familiari (per molto tempo, infatti, vengono considerati in modo unitario). Alla donna devono, comunque, essere assicurate condizioni di lavoro che garantiscano una speciale e adeguata protezione al bambino e alla lavoratrice in quanto madre. La Costituzione, in sostanza, da un lato afferma che la specialità della tutela riguarda la

al voto (diritto riconosciuto solo nel 1946, dove votano per la prima volta, per tre elezioni: quelle amministrative, quelle per la scelta tra monarchia e repubblica ed, infine, quelle per eleggere i membri dell'Assemblea Costituente); dai pubblici impieghi (ultimo divieto riguarda la magistratura che viene meno, solo, nel 63). Inoltre, forti sono: le discriminazioni nel mondo del lavoro (la presenza di queste era in continuo aumento, soprattutto, nelle campagne e nell'industria tessile, pur non mancando le difficoltà; ciò creerà disorientamento e al tempo stesso necessità di cambiamento) e la soggezione all'interno delle famiglie.

L'ordinamento prevede una forte accentuazione della tutela della donna lavoratrice nelle situazioni in cui può essere particolarmente esposta: ossia in occasione del matrimonio e della maternità.

Entrando, ancora più, nel vivo della questione va segnalato come, già, a partire dagli anni 50 era prassi inserire nei contratti individuali di lavoro la cd. clausola di nubilato o di procedere al licenziamento immediato della lavoratrice in caso di matrimonio. In dottrina da tempo era, inoltre, ampio il consenso sull'illegittimità delle clausole di nubilato e, seppur, con argomentazioni giuridiche contrastanti, molti convenivano con il ritenere illecito l'atto di licenziamento della lavoratrice coniugata, qualora, determinato dal matrimonio identificando tale motivo con quello che rendeva nullo il licenziamento ai sensi degli artt. 1345 e 1324 del codice civile. In ogni caso, le lavoratrici erano in genere diffidenti dal portare in giudizio cause dall'esito sostanzialmente incerto, in mancanza di leggi precise e consolidati orientamenti giurisprudenziali.

Con l'entrata in vigore della legge n. 7 del 1963, viene finalmente stabilita la nullità dei licenziamenti a causa matrimonio, dalla richiesta delle pubblicazioni a un anno dopo la celebrazione, e la clausola di nubilato si ritiene non apposta garantendo, in tal modo, il principio di

lavoratrice madre (tutela differenziata) e, dall'altro, stabilisce il principio fondamentale (e

conservazione dei negozi giuridici e salvando l'intero contratto dalla nullità *ex art.* 1354 del c.c. (non tardarono a comparire interpretazioni riduttive del testo normativo secondo cui il licenziamento a causa di matrimonio non sarebbe stato nullo ma solo, temporaneamente, inefficace e in grado di svolgere i propri effetti dopo il termine di un anno dalla celebrazione del matrimonio). La legge intende reagire nei confronti della possibilità che il dotare (consapevole che il matrimonio possa essere foriero, in se e nella prospettiva della maternità, di maggiori costi e rigidità nell'impiego del personale femminile) proceda a licenziare la lavoratrice che contragga matrimonio o predisponga delle clausole negoziali secondo cui far cessare automaticamente il rapporto all'atto della celebrazione del matrimonio. Il licenziamento, messo in atto nel lasso temporale compreso fra il giorno della richiesta delle pubblicazioni e l'anno successivo alla celebrazione del matrimonio, è nullo poiché si presume disposto a causa del matrimonio. Tale divieto riguarda tutte le lavoratrici ⁽⁹⁹⁾ dipendenti sia di aziende private che di soggetti pubblici: restano al di fuori del divieto coloro che sono preposti ai servizi familiari e domestici a meno che non vi siano apposite clausole di contratti collettivi e individuali di lavoro. Attualmente la relativa disciplina è contenuta nell'art. 35 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, ossia il cd. <<Codice delle pari opportunità fra uomo e donna>>, il quale ha abrogato la legge del 1963, n. 7 e recepito l'art. 18, c.1, statuto dei lavoratori.

La versione modificata del 2012, prevede la nullità del licenziamento della lavoratrice-madre o a causa di matrimonio sanzionandola con la tutela reale (assorbendo tutte le nullità di diritto comune previste dalla legge): con la dichiarazione giudiziale di nullità, si

generale) di uguaglianza fra i due sessi (tutela paritaria o parità di trattamento).

⁽⁹⁹⁾ O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, V ed., 2013, cit., p. 175. “Interessante è notare che dopo l'entrata in vigore della l. 903/77 qualche Giudice di merito, anticipando, in qualche modo, l'attenzione legislativa verso il ruolo di genitore (a prescindere dal sesso del medesimo)

consegue il riconoscimento del diritto della lavoratrice di rientrare in servizio, oltre che la corresponsione, alla medesima, della retribuzione globale di fatto sino al giorno dell'avvenuta riammissione. Emerge, da subito, la fissazione ad opera della legge di una presunzione relativa, che in quanto tale può essere superata da una prova contraria. Il datore di lavoro, quindi, può tentare di provare che il recesso, nonostante, sia stato intimato durante un periodo garantito e protetto si origina in una delle particolari ed inconsuete situazioni: colpa grave della lavoratrice o del lavoratore, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto; cessazione dell'attività dell'azienda in cui la lavoratrice o il lavoratore sono occupati; ultimazione delle prestazioni o risoluzione del rapporto raggiunta la scadenza del termine. Al di fuori del periodo di garanzia è il dipendente a dover provare che il recesso è stato causato dal matrimonio.

Per completezza ricordiamo che sono, inoltre, considerate nulle le dimissioni presentate dalla lavoratrice nel medesimo periodo, salvo che siano confermate, entro un mese, davanti all'Ufficio del lavoro. La disciplina delle dimissioni risulta indenne rispetto le modifiche della riforma Fornero. Colui o colei che esprima la volontà di recedere dal contratto entro dieci giorni dall'invito a riassumere il servizio ha diritto a ricevere il trattamento stabilito per le dimissioni per giusta causa, quindi, all'indennità sostitutiva del preavviso, fermo restando il diritto alla retribuzione fino alla data del recesso.

Per quanto riguarda, invece, la maternità: essa, è tutelata in modo rinforzato dalla Costituzione che, premurosamente, si occupa di garantirla, anche, in costanza del rapporto di lavoro. La legislazione ordinaria, seguendo il dettato costituzionale, introduce molteplici garanzie destinate ad assicurare alla lavoratrice-madre di proseguire e concludere la sua gravidanza senza imbattersi in conseguenze negative

ha affermato che la tutela della legge del 63 si estende, anche, ai licenziamenti a causa di

nella sfera personale e professionale. Le tutele apprestate sono notevolmente significative a proposito del licenziamento.

In un contesto in rapida evoluzione viene approvata la legge n. 1204/71 ⁽¹⁰⁰⁾ sulla “tutela delle lavoratrici madri”. Va, in primo luogo, rilevato che le sue disposizioni trovano applicazione nei confronti delle lavoratrici dipendenti da datori di lavoro privati, da amministrazioni dello Stato, dalle Regioni, dalle Province, dagli enti pubblici e dalle cooperative. La novità maggiore, in tema di applicazione delle norme sulla tutela della maternità, è costituita dall'estensione della loro operatività nei confronti delle lavoratrici a domicilio e delle addette ai servizi domestici e familiari. Considerando, specificatamente, le disposizioni dell'intera legge si possono enucleare tre temi fondamentali (si limita drasticamente la facoltà di recesso unilaterale del datore di lavoro): il divieto di licenziamento della lavoratrice-madre, la previsione di un periodo di astensione dal lavoro obbligatoria per maternità e la corresponsione di un'indennità di maternità per tutto il periodo di sospensione dal lavoro.

La materia in questione è stata, poi, ampiamente riformata con il tentativo di superare i tradizionali ruoli genitoriali, con il d.lgs. n. 151 del 2001, più volte emendato e modificato. Per la lavoratrice-madre opera (già nel 1971) il divieto di licenziamento: il licenziamento, intimato durante la gestazione fino al termine del periodo di interdizione obbligatoria dal lavoro, nonché, fino al compimento di un anno di età del bambino, è nullo ⁽¹⁰¹⁾ (*ex art. 54, c.1 del d.lgs. n. 151 del 2001*). Il divieto

matrimonio del lavoratore”.

⁽¹⁰⁰⁾ Essa sarà modificata ed integrata dalla legge n. 903/77. Il testo verrà, poi, aggiornato con le modifiche apportate dalla legge 8 marzo 2000, n. 53. Infine, sarà abrogata dal Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151 TU delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità.

⁽¹⁰¹⁾ Il licenziamento della lavoratrice è nullo (e non temporaneamente inefficace) per il periodo in cui perdura il divieto (Corte cost., 1° febbraio del 1991, n. 61, in *Il civilista* 2009, 9, 11). Tale nullità viene ribadita e riaffermata, come già anticipato, dal nuovo testo dell'art. 18, primo comma, statuto dei lavoratori.

fa riferimento allo stato oggettivo di gravidanza: la lavoratrice ha diritto al ripristino del rapporto, qualora, presenti la certificazione da cui risulti che al tempo del licenziamento esistevano condizioni tali da vietare il suddetto licenziamento. Il divieto risulta valido, anche, nella situazione in cui il datore non sia a conoscenza dello stato di gravidanza della sua dipendente. In questa particolare circostanza la lavoratrice era, inizialmente, gravata di un precipuo onere: l'invio, entro 90 giorni dal licenziamento, della certificazione medica dichiarante la gravidanza. Non onerandosi di ciò si arrivava alla sanatoria del licenziamento la quale poteva non verificarsi solo nell'ipotesi in cui la lavoratrice dimostrasse la conoscenza del datore della sua gravidanza. In particolare, l'art. 54 del d.lgs. n. 151 del 2001 eliminerà il termine di 90 giorni entro cui la lavoratrice doveva presentare il certificato. Tale divieto, tuttavia, non è assoluto potendo sopravvenire cause oggettive, analiticamente individuate dal legislatore che consentono il licenziamento della lavoratrice, anche, se in gravidanza. Valgono le tre eccezioni al divieto già individuate per il licenziamento a causa di matrimonio, cui si aggiunge il caso del mancato superamento della prova ⁽¹⁰²⁾. Per questa ipotesi il licenziamento è valido, solo, se il datore di lavoro non è a conoscenza della gravidanza. Nella circostanza avversa l'imprenditore deve dimostrare la valutazione negativa a proposito del risultato della prova.

Il legislatore prevede, inoltre, a protezione delle condizioni fisico-biologiche della donna, ulteriori, divieti nei confronti del datore di lavoro come quello di adibire la lavoratrice in gravidanza al trasporto e al sollevamento di pesi, nonché, a lavori pericolosi, faticosi e insalubri,

⁽¹⁰²⁾ Il regolamento attuativo della legge del 1971 (d.p.r. n. 1026 del 1976) prevedeva, espressamente, all'art. 1: "le norme che vietano il licenziamento non escludono il licenziamento per esito negativo della prova". Sull'argomento era intervenuta la Corte cost. che aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 2, c.3 della legge del 71 nella parte in cui non prevedeva

durante tutto il periodo della gestazione e fino a sette mesi dopo il parto (103). Ove si verificano tali presupposti l'imprenditore dovrà spostare la lavoratrice ad altre mansioni, anche, inferiori restando, tuttavia, invariata l'originaria retribuzione e restando fermo il diritto alla promozione, nei limiti previsti dall'art. 2103 c.c., in caso di adibizione a mansioni superiori. La tutela si applica anche alle lavoratrici che hanno ricevuto bambini in adozione o affidamento, fino al compimento dei sette mesi di età. La violazione di tali disposizioni è punita con sanzione penale. Per il lavoro notturno si ha il divieto dalle ore 24 alle ore 6 per il periodo che va dall'accertamento della gravidanza fino ad un anno di età del bambino. Durante il periodo di irrecedibilità la lavoratrice non può, infatti, essere sospesa dal lavoro, salvo che ad essere sospesa non sia l'attività dell'intera impresa o del reparto cui la lavoratrice è addetta e, purché, il reparto abbia autonomia funzionale. La lavoratrice-madre, inoltre, non può essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo, salva ipotesi di collocamento in mobilità a seguito della cessazione dell'attività dell'impresa.

Ricordiamo, anche, che la risoluzione consensuale del rapporto e le dimissioni presentate dalla lavoratrice, durante i primi tre anni di vita del bambino, devono essere convalidate dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali competenti per il territorio. In caso di dimissioni volontarie, durante il periodo di irrecedibilità, la lavoratrice ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento.

Riguardo la previsione del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro si realizza un divieto assoluto (già operante nel 71) durante i due mesi precedenti la data presunta del parto e tre successivi. Può essere

l'inapplicabilità del divieto di licenziamento nel caso di recesso per esito negativo della prova. (Corte cost., 31 maggio del 1996, n. 172, in DL, 1996, II, 436)

peraltro disposta, in relazione alle condizioni di salute della lavoratrice, l'anticipazione dell'interdizione dal lavoro, per uno o più periodi: in caso di gravi complicanze della gestazione o di preesistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza (l'organismo competente è l'ASL); quando le condizioni di lavoro o ambientali sono ritenute pregiudizievoli per la salute della donna o del bambino (l'organismo competente è la DTL) e, infine, quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni (anche qui risulta competente la DTL). La lavoratrice ha peraltro la facoltà di rendere flessibile, in modo relativo, il periodo di astensione obbligatoria, spostandone il godimento a condizione che ciò non rechi pregiudizio alla salute del bambino e salvo, comunque, che essa non svolga particolari lavori da individuarsi con decreto ministeriale. Le ferie e le altre assenze eventualmente spettanti alla lavoratrice restano distinte dal periodo di astensione obbligatoria e, dunque, non possono essere godute contemporaneamente ad esso. Tale periodo rientra nel computo dell'anzianità di servizio ed è equiparato all'attività lavorativa per i fini della progressione di carriera, salvo che la contrattazione collettiva non preveda allo scopo particolari requisiti. Il diritto di astensione obbligatoria è stato esteso anche al padre lavoratore, per tutto il periodo o per la parte residua che sarebbe spettata alla madre, in caso di morte o grave infermità della madre, ovvero di abbandono nonché di affidamento esclusivo del bambino al padre (cd. congedo per paternità). In tali situazioni si vengono ad applicare al padre le norme che regolano il trattamento economico e normativo dalla lavoratrice-madre. Il diritto all'astensione obbligatoria scatta, altresì, in determinate condizioni per le lavoratrici che abbiano adottato o ottenuto l'affidamento di un bambino (se non fatto volere della madre spetta al padre).

(¹⁰³) L'elenco dei lavori pericolosi, faticosi e insalubri è contenuto all'art. 5 del d.p.r. n.

Oltre al periodo di astensione obbligatoria è prevista la possibilità di un eventuale, ulteriore, periodo di astensione facoltativa profondamente rivisitato dal d.lgs. n. 151/2001. Con la nuova disciplina dei congedi parentali è stato introdotto il principio secondo cui l'astensione facoltativa spetta, comunque, ad uno dei due genitori, anche se l'altro non ne ha diritto. Ciò ha permesso di ovviare ai non pochi inconvenienti della vecchia disciplina che, se pur riconosceva anche ai padri lavoratori il diritto di goderne, ne sottoponeva l'effettiva fruizione a limiti che ne disincentivavano l'impiego. Tale astensione può essere fatta valere entro i primi otto anni di vita del bambino, in modo, sia continuativo che frazionato (in precedenza, tale arco di tempo, era notevolmente ridotto, si parlava, infatti, di un anno). Per ciascuno dei genitori, individualmente, il congedo massimo è di sei mesi, se ne usufruiscono ambedue i genitori il limite massimo è di 10 mesi ma nel caso sia il padre ad aver utilizzato per, almeno, tre mesi tale limite è elevato a undici (si incentiva l'utilizzo da parte del padre attraverso una sorta di permesso-premio aggiuntivo di un mese), esso è, comunque, di 10 mesi in caso di un solo genitore. Un prolungamento, fino a tre anni del periodo d'astensione facoltativa per i genitori, è previsto per i genitori di figli con handicap gravi (si fa riferimento all'art. 33 della l. 104/92; essa, nello specifico, si occupa dell'assistenza, integrazione sociale e diritti delle persone disabili, con benefici e agevolazioni lavorative, fiscali e familiari, ossia per i genitori). Oltre a tale periodo sono previsti tre giorni di permesso mensile retribuito, fruibili anche in maniera continuativa. Il congedo spetta, anche, ai genitori adottivi o affidatari e può essere fruito entro otto anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare; se il bambino ha un'età compresa tra i sei e dodici anni è utilizzabile nei primi tre anni di ingresso in famiglia. Si consideri, inoltre, che per facilitare il datore,

1026/76, regolamento attuativo della legge del 71, mantenuto in vita dal d.lgs. 151.

ammortizzando il complesso sistema dei congedi, si è previsto che esso possa assumere a termine, in sostituzione di lavoratori in astensione sia obbligatoria che facoltativa, anche, con anticipo di un mese (o periodo superiore previsto dalla contrattazione collettiva) rispetto all'inizio dell'astensione. Tutto il periodo di astensione obbligatorio è coperto dalla corresponsione di un'indennità giornaliera pari all'80% della retribuzione, ridotta, per il periodo di astensione facoltativa, al 30% (quest'ultima spetta solo fino al terzo anno di vita del bambino e, comunque, per un periodo massimo complessivo fra i genitori di sei mesi). Oltre tali termini (ed ovviamente fino all'ottavo anno di età del bambino) l'indennità spetta solo nel caso in cui il reddito individuale dell'interessato sia inferiore a 2,5 volte l'importo del trattamento minimo di pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria. L'indennità, corrisposta materialmente dal datore di lavoro, è a carico dell'Inps e non è subordinata a particolari requisiti contributivi. Ulteriori elementi sono stati disposti in riferimento alle cure del bambino. Le lavoratrici-madri devono poter usufruire, durante il primo anno vita del bambino, di due ore di riposo (considerate come ore effettive di lavoro), anche cumulabili durante la giornata; in caso di parto plurimo raddoppiano. La retribuzione di questi periodi di riposo è a carico dell'ente previdenziale (anch'essi rientrano nel computo d'anzianità). Il medesimo diritto spetta, altresì, al padre-lavoratore: nel caso in cui i figli gli siano affidati in via esclusiva; in alternativa alla madre-lavoratrice dipendente che non se ne avvalga; se la lavoratrice non è dipendente e in caso di morte o grave infermità della madre. Si estende, ai casi di adozione e affidamento, il diritto ai riposi, ma sempre entro il primo anno di vita del bambino.

Entrambi i genitori hanno poi diritto, alternativamente, ad assentarsi dal lavoro per periodo corrispondente alle malattie di ciascun figlio di età non superiore a tre anni. Per le malattie di ogni figlio, di età compresa tra

i tre e otto anni, ciascun genitore può astenersi dal lavoro entro il limite di cinque giorni all'anno. Tali congedi (non retribuiti, salvo il decorso dell'anzianità di servizio) spettano al genitore richiedente, quand'anche l'altro non ne abbia diritto; ne usufruiscono i genitori adottanti o affiatavi (con alcuni aggiustamenti relativi all'età del bambino ed alla decorrenza dell'adozione o affidamento: art. 50 del d.lgs. n. 151 del 2001).

Infine, sempre per consentire ai genitori l'allevamento e la cura del bambino si prevede il diritto a rifiutare la prestazione di lavoro notturno: ciò riguarda, in particolare, la lavoratrice-madre con figlio di età inferiore a tre anni o, in alternativa, il lavoratore-padre convivente; la lavoratrice o il lavoratore che sia l'unico genitore affidatario di un figlio convivente di età inferiore a dodici anni.

È necessario, per meglio comprendere la disciplina finora descritta e la sua evoluzione, fare un passo indietro e ricordare le concrete difficoltà incontrate nel rendere effettivi i principi costituzionali. Le disposizioni introdotte con la legge del '71, pur essendo di indubbia necessità e importanza, dato le positive innovazioni, rispecchiavano una tradizionale ottica d'intangibilità del ruolo familiare della donna, a cui erano dirette, anche, una serie di disposizioni che riguardavano più in generale la cura e l'allevamento dei figli, rimarcando la forte funzione di essa nella famiglia.

Risultava, chiaramente, lontana una pianificazione promozionale della parità. A tale proposito, sono stati decisivi alcuni successivi interventi. Bisogna citare, in primo luogo, la legge 903/77 (tale disciplina è ora contenuta nel codice delle pari opportunità, da ultimo modificato con d.lgs. n. 5/2010 e ritoccato dalla legge di stabilità del 2013) con cui il legislatore introduce una specifica normativa antidiscriminatoria. Essa rappresenta il passaggio decisivo dalla tutela alla parità.

Si abbandona la dimensione meramente protettiva e di tutela (di qui l'abrogazione di diverse norme di protezione della persona della donna

contenuta nella l. 653/1934), che di fatto limitava l'effettiva e libera partecipazione della donna al mondo del lavoro, favorendo una situazione di parità, seppur solo formale, nei confronti dell'altro sesso durante le dinamiche precedenti e successive alla stipulazione del contratto di lavoro. La ratio della legge risiede nell'aver recuperato un'esigenza di eguaglianza tra i sessi, eguaglianza intesa, nel caso specifico, come divieto di, ingiustificata ed arbitraria, discriminazione sulla base del sesso e come imposizione di un trattamento uniforme, sotto l'aspetto che più interessa, e fatte salve le ipotesi di ragionevole discriminazione, durante, tutte le vicende del rapporto di lavoro. Le finalità perseguite sono diverse, tra queste possiamo ricordare: norme finalizzate a garantire la parità di trattamento nell'accesso al lavoro; quelle volte ad assicurare la parità di trattamento nello svolgimento del rapporto di lavoro (relativo alla parità retributiva, all'attribuzione delle qualifiche, alla cessazione del rapporto di lavoro ed all'età di pensionamento) e, infine, norme tendenti a ridurre le difficoltà di impiego ed il costo del lavoro femminile.

Il riconoscimento legale della parità, operato dalla legge 903/1977, con limiti e eccezioni, è solo un primo passo per contrastare l'emarginazione della Donna. La legge, infatti, sancisce la parità di trattamento dal punto formale (ciò ha rilevanza sul piano giuridico), ma, trascura la vera e propria regolamentazione delle diverse realtà lavorative della donna, nonché, delle diverse fattispecie discriminatorie rivolte a quest'ultima; non riuscendo, quindi, a garantire la sua effettiva attuazione e la concreta realizzazione dei principi in essa affermati. Il principio di parità formale, strumento positivo per risolvere le perpetue discriminazioni, nel nostro caso dirette alle donne, verrà presto affiancato dall'esigenza di elaborazione di un ulteriore nuovo modo di intendere il concetto di uguaglianza, secondo una sviluppo sostanziale in merito all'operatività della disciplina paritaria.

Si concretizza una tendenza di parità sostanziale volta a garantire la realizzazione e il conseguimento di una effettiva parificazione tra donne e uomini nel lavoro. Necessario è comprendere il "fatto discriminatorio" in riferimento alle sue diverse modalità di manifestazione. A riguardo, è importante ricordare che la discriminazione può avvenire in modo diretto o indiretto ⁽¹⁰⁴⁾. Il primo concetto (il divieto di discriminazione diretta, ora contenuto nell'art. 25, c.1 del codice delle pari opportunità) definisce la discriminazione in termini di trattamento differenziato dell'individuo, in ragione, dell'adozione di criteri basati su caratteristiche soggettive quali il sesso, la lingua, la religione, assunti dall'ordinamento come arbitrari e ingiustificati. Difficilmente la discriminazione diretta si manifesta palesemente nei comportamenti adottati dal datore di lavoro risultando, pertanto, difficile far emergere in sede giudiziale diretti e precisi riferimenti al sesso del lavoratore quali moventi di un trattamento differenziato o di una mancata assunzione o promozione. Vi sono a tale divieto, alcune, eccezioni che riguardano i lavori particolarmente pesanti (la cui individuazione è rimessa alla contrattazione collettiva) e le assunzioni nei settori della moda, dell'arte o dello spettacolo, quando ciò sia coesistente alla natura dell'attività (non è cioè discriminatorio ricercare una donna per una sfilata). La discriminazione indiretta ⁽¹⁰⁵⁾ fa

⁽¹⁰⁴⁾ In attuazione della direttiva comunitaria 2002/73/CE, con il d.lgs. 145 del 2005 sono state introdotte nell'ordinamento le nozioni di molestia e molestia sessuale, equiparandole alle discriminazioni (ciò risiede ora nell'art. 26 del codice delle pari opportunità).

La prima si realizza attraverso quei comportamenti indesiderati, posti in essere per ragioni commesse al sesso ed aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità di una persona e creare un clima intimidatorio, ostile, degradanti e offensivo. La seconda è caratterizzata, oltre che della connotazione sessuale, dal realizzarsi, in forma fisica, verbale o non verbale. Anche in tal caso sono considerati come discriminatori i trattamenti meno favorevoli subiti da un lavoratore o da una lavatrice per il fatto di aver rifiutato immedesimi comportamenti.

⁽¹⁰⁵⁾ Utile è richiamare una sentenza della Corte cost. (sent. 15 aprile del 1993, n. 163, in FI, 1994, I, 696) in cui risulta definito, in maniera esemplare, il principio di discriminazione. La questione riguardava l'applicazione di una legge della provincia autonoma attento (l. prov. n. 3\1980), che ai fini dell'accesso alle cariche direttive e di concetto del ruolo tecnico del servizio antincendi, richiedeva fra i requisiti di ammissione una statura minima non inferiore a 1,65 m, identica per gli uomini e le donne. Il requisito era da ritenersi essenziale. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, in riferimento sia al principio di

riferimento a tutte quelle situazioni di trattamento uniforme che in realtà producono effetti differenziati sugli appartenenti ai due sessi e si riferisce a prassi formalmente eque ma discriminatorie negli effetti. Nell'ipotesi di comportamenti a prassi indirettamente discriminatorie può essere operata una distinzione tra discriminazione consapevole e inconsapevole distinguendo, se gli effetti sono prodotti da una politica aziendale, giustificata da ragioni economiche e di profitto, o quando il soggetto aziendale adotta una specifica politica senza conoscere aprioristicamente i possibili risultati discriminatori. La categoria delle discriminazione indirette, facendo riferimento all'uguaglianza del trattamento, riservato a situazioni di fatto differenziate, consente di comprendere tutti quei comportamenti difficilmente individuabili, che in principio colpiscono la debolezza di determinati gruppi sociali. In particolare, secondo l'art. 25, c.2 del codice delle l'opportunità si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso, salvo che riguardino requisiti essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa, purché l'obiettivo sia legittimo e i mezzi impiegati per il suo conseguimento siano appropriati e necessari. Qui l'accento cade su criteri di *pre-selezione* di possibili destinatari, senza che all'apparenza emerga una diretta lesione del principio di discriminazione.

eguaglianza formale e sostanziale. La previsione legislativa del requisito minimo di statura identico per gli appartenenti ai due sessi si basa, ad avviso della Corte, su di un erroneo presupposto di fatto: non si può utilizzare tale requisito (la statura fisica mediamente risulta differenziata tra uomo e donna) come elemento valutativo in quanto irrilevante ai fini del trattamento giuridico. La disposizione comporta la produzione di effetti proporzionalmente più svantaggiosi per i candidati di sesso femminile. Questo profilo è oggi preso in considerazione direttamente all'art. 31, c.2 del codice delle pari opportunità che, a riguardo, rinvia ad un decreto della presidenza del consiglio per l'individuazione delle mansioni e qualifiche speciali per le quali è necessario definire un limite d'attesa per l'accesso a cariche, professioni e impieghi pubblici.

Si prevede, altresì, una speciale articolazione dall'onere della prova. Secondo i principi generali la prova della discriminazione incombe su chi ne invoca la sussistenza. Viene, però, a realizzarsi una sorta di attenuazione del rigore probatorio, che ordinariamente grava sull'attore. Orbene, la legge assume che, quando la lavoratrice discriminata fornisce elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordati, la presunzione dell'esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova dell'insussistenza della discriminazione (art. 40 del codice delle pari opportunità). Nonostante, la l. 903/77 garantisse un'ampia protezione (i cui principi sono oggi recepiti e ampliati nel d.lgs. 198/2006), non ebbe un diffuso seguito, restando largamente ineffettiva, come è testimoniato dalla, pressoché, totale assenza di riscontri giurisprudenziali.

Decisiva risulta la proposta, ambiziosa, di un intervento di vera e propria promozione del lavoro delle donne, affidata alla l. 10 aprile 1991 n. 125 (anche il contenuto di quest'ultima è successivamente confluito nel codice delle pari opportunità). Il legislatore italiano si appresta a fornire una risposta complessiva alle nuove esigenze e ai problemi di interpretazione e applicazione delle normative antidiscriminatorie, realizzando la cd. uguaglianza sostanziale. Per nuove esigenze si può intendere quel complesso di valutazioni e strategie che si raccordano nella tematica delle azioni positive ⁽¹⁰⁶⁾: si tratta di superare il livello

⁽¹⁰⁶⁾ Strumento, duttile e temporaneo (destinato, infatti, ad esaurirsi nel momento stesso in cui il suo obiettivo dovesse essere pienamente realizzato), che deve servire a rimuovere quegli specifici ostacoli materiali che si frappongono alla reale e sostanziale parità tra lavoratori e lavoratrici. I piani di azioni positive risultano essere facoltativi o volontari per i datori di lavoro privati e obbligatori per le amministrazioni pubbliche e per quei datori di lavoro privati ove occorrono piani di rimozione delle discriminazioni accertate. Sono iniziative delle quali non ci viene fornita una definizione sul piano strutturale e tipologico, ma di cui vengono segnalate le sole finalità (disciplina calibrata mediante la tecnica teleologica, che indica cioè i fini delle condotte e non descrive il comportamento concreto) come quella di: eliminare le disparità di fatto, di cui le donne sono oggetto; favorire la diversificazione delle scelte professionali, nonché l'accesso al lavoro autonomo e all'imprenditoria; favorire una diversa organizzazione del lavoro o articolazione del tempo di lavoro; promuovere l'inserimento delle donne in attività

della sola eguaglianza formale e del divieto antidiscriminatorio e di porsi il problema su come intervenire, in concreto, ad una eguaglianza sostanziale che, da un lato, non costringa la donna lavoratrice a negare, in funzione del raggiungimento di una parità di trattamento con gli uomini, il suo specifico femminile e, dall'altro, non costringa le imprese ad un utilizzo antieconomico della forza lavoro femminile, spingendole ad ogni sorta di manovre evasive.

Questa nuova legge si dedica alla promozione dell'occupazione femminile, rimuovendo gli ostacoli che di fatto impediscono la realizzazione di pari opportunità. Non solo, quindi, azioni positive per una astratta parità tra tutti i lavoratori, uomini e donne, ma anche, "azioni positive per le donne". Le azioni positive, quale strumento del diritto diseguale atto a realizzare l'eguaglianza sostanziale, ottengono un definitivo riconoscimento dal nuovo testo dell'art. 1 del Codice delle pari opportunità (d.lgs. 198/2006).

3.5 Le ipotesi di licenziamento nullo per motivo illecito determinate ex art. 1345 c.c. Il licenziamento ritorsivo.

Al primo comma dell'art. 18 st. lav. si prevede, espressamente, ai fini dell'applicazione del relativo regime sanzionatorio come ultima ipotesi quella del licenziamento <<determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile>>.

Come anticipato la previsione espressa dell'art. 1345 c.c. ⁽¹⁰⁷⁾ come ipotesi di nullità del licenziamento rappresenta un'assoluta novità e

nelle quali sono sottorappresentate e valorizzare il contenuto professionale delle mansioni a più forte presenza femminile.

⁽¹⁰⁷⁾ Come noto, ai sensi dell'art. 1345 c.c., il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo, esclusivamente, per un motivo illecito, comune e determinante, ed avuto riguardo agli atti unilaterali, tale disposizione, ai sensi dell'art. 1324 c.c., si applica nel senso che l'atto è illecito, e quindi nullo, quando caratterizzato da un motivo non comune ma

riceve, per la prima volta, il riconoscimento legislativo inclusa la riconosciuta applicabilità di quella norma, scritta per i contratti, anche agli atti unilaterali. Questo non ha però impedito alla giurisprudenza di utilizzarla, anche in vigenza del vecchio testo, come norma di riferimento per una fattispecie onnicomprensiva di discriminazione, estensibile anche ad ipotesi non espressamente previste (rientreranno non solo i casi di frode alla legge, ma anche quelli in cui risultino violati beni costituzionalmente garantiti). Con l'entrata in vigore della legge n. 604/1966, la questione assume la sua fisionomia attuale.

Come già visto, l'art. 4 conteneva il primo elenco di fattispecie discriminatorie legate a motivi di ordine sindacale, politico o religioso. Immediato fu il problema riguardante l'ampiezza della nozione: le ipotesi di licenziamento discriminatorio si riducevano alle fattispecie individuate dal legislatore o era possibile un'interpretazione estensiva? La giurisprudenza preferì, ancora prima dell'entrata in vigore dell'art. 3 l. 108, interpretare la norma in modo estensivo ⁽¹⁰⁸⁾: ampliando l'area di applicazione oggettiva e ritenendo ricomprese, anche, le fattispecie di licenziamenti che, pur non corrispondenti alle singole ipotesi espressamente contenute nell'elenco delle fattispecie discriminatorie, fossero determinate in maniera esclusiva da motivo illecito, ritorsione o rappresaglia. Corollario di tale impostazione fu, almeno dal 1990, l'applicazione integrale dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori comprese tutte le conseguenze ripristinatorie e risarcitorie, anche al di fuori dal campo di applicazione della norma statutaria ⁽¹⁰⁹⁾.

“esclusivo e determinate”. Nello specifico, in materia di licenziamento la giurisprudenza afferma che il motivo illecito deve essere provato dal lavoratore.

⁽¹⁰⁸⁾ «vera e propria norma di chiusura onnicomprensiva»: così la definisce C. Cester, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), Commentario alla riforma Fornero, Diritto e pratica del lavoro, Milano, 2012.

⁽¹⁰⁹⁾ In particolare, la Corte cost. 22 gennaio 1987, n. 17 si è affermato che: “l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro non è né speciale né eccezionale ma dotato di forza espansiva che lo rende riferibile ed applicabile, anche, a casi diversi da quelli in esso contemplati e, tuttavia, ad essi però assimilabili sotto il profilo della

Nell'impostazione giurisprudenziale, però, si fondono e si confondono le nozioni di "discriminazione" e di "motivo illecito determinante" ⁽¹¹⁰⁾.

Per quanto concerne il licenziamento per motivo illecito, la giurisprudenza afferma che il recesso deve essere basato su una "finalità vietata dall'ordinamento, poiché contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero poiché diretta ad eludere una norma imperativa" ⁽¹¹¹⁾. Esso, poi, ricomprende nella categoria, anche, il licenziamento cd. "ritorsivo" o per "rappresaglia", ipotesi più comune di motivo illecito, consistente in una "ingiusta ed arbitraria reazione del datore di lavoro al legittimo esercizio di un diritto, di una prerogativa o di un dovere da parte del lavoratore" ⁽¹¹²⁾. Si ha a che fare, come appena detto, con una reazione illegittima e sproporzionata, del datore di lavoro, realizzata con il massimo dispregio nei confronti del contratto. È un atto di sopraffazione con cui una parte impone e utilizza il proprio potere nei confronti di un altro: non è un caso che, dalle macerie del diritto corporativo e da diverse disposizioni del codice civile del 1942, emergesse già tale questione che affonda le sue radici nella disciplina del motivo illecito.

Il licenziamento ritorsivo consente di entrare a pieno nel diritto del lavoro ma anche nel diritto privato e delle obbligazioni, poiché, emerge in modo chiaro l'importanza e il rapporto tra diritti e obblighi all'interno del contratto di lavoro.

Per completezza, segnaliamo che può accadere che il datore, non solo, metta in pratica un licenziamento illegittimo e ritorsivo, ma che incorra in un vero e proprio inadempimento di un obbligo. Questo

identità di *ratio*". A questo orientamento ha sovente aderito anche la Corte di cassazione. Si veda ad esempio Cass., 23 novembre 1990, n. 11311, in FI, 1991, I, 476, che applica l'art. 18 a prescindere dalla dimensione dell'impresa.

⁽¹¹⁰⁾ P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92, Bari, 2013, p. 294.

⁽¹¹¹⁾ Cass., 25 ottobre 1993, n. 10603, in Gciv. Mass. 1993, 1515.

inadempimento può, in alcuni casi, giustificare una certa reazione del lavoratore: si fa riferimento all'articolo 1460 c.c. ossia l'eccezione di inadempimento, dove una parte può ricusare di adempiere la sua obbligazione (prestazione di lavoro) se l'altra non adempie o non offra di adempiere contemporaneamente la propria, così, da salvaguardare l'equilibrio contrattuale nei termini oggettivi risultanti dal contratto ed evitare che una parte soffra di una mancanza dell'altra. È una forma di autotutela più tosto efficace, predisposta dalla legge, che permette al lavoratore di rifiutarsi di offrire la propria presentazione in caso di gravi inadempienze del datore.

Si tratta di eventi particolari, naturalmente, tutti da verificare, caso per caso, poiché, capaci di ritenere legittimo un comportamento che apparentemente risulta, invece, un inadempimento contrattuale.

Occorre vi sia un inadempimento di un obbligo da parte del datore di lavoro e si deve trattare di un inadempimento, grave, tale da giustificare la reazione del lavoratore in termini di eccezione di inadempimento (non un qualsiasi inadempimento: si tratta, nello specifico, della violazione del dovere di tutela dell'incolumità fisica come dell'integrità morale oppure dell'obbligo retributivo o, ancora, del dovere di tutela della professionalità). È di immediata evidenza che il rifiuto può essere opposto, solo, nel caso in cui sia proporzionato alla gravità del primo inadempimento: in caso contrario l'eccezione sarebbe illegittima.

Ricordiamo in ultima battuta che: “l'ipotesi del sopravvenuto venir meno, in modo totale o parziale, della prestazione lavorativa tale da giustificare il licenziamento, ex art. 18 l. 300/1970, per giusta causa o per giustificato motivo ai sensi dell'art. 3 l. 604/1996, non è ravvisabile se il mancato o non completo adempimento del lavoratore trova giustificazione nella mancata adozione, da parte del datore di lavoro,

(112) Cass., 8 agosto 2011, n. 17087, in Gciv. Mass. 2011, 7-8, 1158.

delle misure di sicurezza che, pur in mancanza di norme specifiche, il datore è tenuto ad osservare a tutela dell'integrità fisica e psichica del prestatore di lavoro e se quest'ultimo prima dell'inadempimento secondo gli obblighi di correttezza informa il datore di lavoro circa le misure necessarie da adottare a tutela dell'integrità fisica e psichica del lavoratore, sempre che tale necessità sia evidente o, comunque, accertabile o accertata. Inoltre, nei contratti a prestazioni corrispettive, quando una delle parti giustifica il proprio inadempimento con l'inadempimento dell'altra, occorre procedere alla valutazione comparativa del comportamento dei contraenti non soltanto in riferimento all'elemento cronologico delle rispettive inadempienze, ma anche in relazione ai rapporti di causalità e di proporzionalità di tali inadempienze rispetto alla funzione economico-sociale del contratto al fine di stabilire se effettivamente il comportamento di una parte giustifichi il rifiuto dell'altra di eseguire la prestazione dovuta, tenendo presente che va accertata la sussistenza della gravità dell'inadempimento cronologicamente anteriore, perché quando questo non è grave, il rifiuto dell'altra parte di adempiere non è di buona fede e, quindi, non è giustificato” (113).

Nelle modifiche introdotte dalla l. 92/2012; risulta la medesima risposta sanzionatoria tra licenziamento «determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile», per la prima volta contemplato espressamente in una norma di legge come

(113) Cass., Sez. Lav., 7 novembre 2005, n. 21479, in DL, 2006, 3, 165: caso che chiarisce quanto sinora detto. Nello specifico, la Suprema Corte di cassazione, ha affermato che può ritenersi giustificato il comportamento del casellante autostradale che si assenta dal lavoro per reazione alla mancanza di misure di sicurezza contro le rapine. Bisogna tenere presente che due sono le norme chiave utilizzate: l'articolo 2087 c.c. che impone al datore di lavoro di mettere al riparo i lavoratori, da ogni rischio, e di preservare l'ambiente di lavoro e l'articolo 1460 c.c. concernente le cosiddette eccezioni all'inadempimento contrattuale.

ipotesi di nullità del licenziamento, e licenziamento discriminatorio ⁽¹¹⁴⁾. Il rinvio esplicito all'art. 1345 c.c. serve per ribadire che l'art. 18, c. 1 si occuperà anche delle ipotesi non tipizzate, previste dall'art. 4 l. 604 e dall'art. 15 c. 2, dello Statuto.

L'articolo 18, per come previsto dal legislatore del 2012, sembra dare un elemento in più: si riconosce la necessità di tutela del licenziamento per motivo illecito (quindi, anche nei casi di licenziamento ritorsivo non tipizzati: i motivi di licenziamento contrastanti con norme imperative, con l'ordine pubblico e con il buon costume entrano, a pieno titolo, nel regime dei licenziamenti) e allo stesso tempo, sembra riconosciuta la differenza concettuale fra questa ipotesi e quella del licenziamento discriminatorio. Sicché appare plausibile, che le due fattispecie, pur condividendo l'apparato sanzionatorio, siano concettualmente distinte. Se si coordina, infatti, la formulazione del primo comma del "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori con i più recenti interventi legislativi ⁽¹¹⁵⁾, emergono degli elementi di distinzione nella disciplina dei due casi tali da far ritenere che, il licenziamento per motivo illecito si sia definitivamente emancipato dal licenziamento discriminatorio.

⁽¹¹⁴⁾ M. T. Carinci, *Il rapporto*, cit., p. 24. Secondo l'autrice, infatti, la macrocategoria rappresentata dal licenziamento *tout court* discriminatorio «trova ora ulteriore conferma nel ddl. n. 3249 [ora legge 92/2012] che, prevedendo per entrambi il medesimo regime di tutela, equipara il licenziamento determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.».

Sul punto concorda F. Carinci, *Ripensando*, cit., p. 36. Dello stesso avviso sembra essere la ricostruzione di M. Marazza, *L'art. 18*, cit. p. 616.

⁽¹¹⁵⁾ Si procede verso la valorizzazione del carattere oggettivo dell'atto discriminatorio, negli ultimi anni tali elementi si sono moltiplicati, si vedano ad esempio i decreti legislativi n. 215/2003, articolo 2, comma 1, lettera a, e n. 216/2003, articolo 2, comma 1, lettera a; decreto legislativo n. 145/2005, articolo 2; e, da ultimo, il decreto legislativo n. 150/2011, articolo 28, comma 4. Tutte queste disposizioni in tema di discriminazione sembrano andare in un'unica direzione: non è necessario provare alcun elemento intenzionale in capo al datore di lavoro, ma occorre unicamente effettuare un'indagine comparativa; e valutare cioè se un determinato soggetto, in virtù della sua condizione o delle sue scelte, sia stato trattato in maniera differente rispetto a quanto sia, sia stato o sarebbe stato trattato un altro soggetto, in analoga situazione.

Come è stato giustamente osservato: «nonostante, l'apparenza di questioni teoriche o di pura esegesi, quelle qui trattate costituiscono, in realtà, gli snodi attraverso i quali la tutela contro le discriminazioni può raggiungere un accettabile grado di concretezza, posto che nella realtà è ben raro, se non da escludere radicalmente, discriminazioni o illiceità si presentino da sole per lasciarsi giudicare come tali» ⁽¹¹⁶⁾.

3.6 Il licenziamento nullo nei casi previsti dalla legge.

Va sottolineato che il novellato articolo 18 riconduce alla tutela reale anche le «altre ipotesi di nullità del licenziamento previste dalla legge», andando oltre, quei pochi e residuali casi non richiamati espressamente nella disposizione di legge. È una formula che, secondo diversi autori, sarebbe suscettibile di essere dilatata a piacere, poiché parlando di legge, ben può essere considerata, anche la Costituzione «autentica miniera di tutti i "diritti giurisprudenziali"». ⁽¹¹⁷⁾

Ora, rispetto al passato, la nullità risulta l'unico vizio del licenziamento capace di aprire le strade al lavoratore verso la tutela reale 'piena'; ciò probabilmente fungerà, inoltre, da stimolo per nuove elaborazioni dirette ad individuare una serie di ipotesi di nullità del recesso datoriale fondate sulla violazione di norme espressive di principi generali dell'ordinamento. A tal proposito, in passato la dottrina ha sostenuto che, il mero arbitrio o capriccio del datore di lavoro dovesse essere equiparato al motivo illecito e discriminatorio: per esempio si utilizza l'art. 41 Cost., come base giuridica per poter individuare altri casi di nullità, che vieta l'esercizio dell'attività economica, avvenuta ledendo la libertà o la dignità umana.

⁽¹¹⁶⁾ F. Carinci, *Complimenti*, cit., p. 19.

Questa prospettiva, prima della riforma del 2012, non aveva riscontro in giurisprudenza. Infatti nei casi in cui il datore adduceva, a giustificazione del licenziamento, un fatto relativo alla vita privata del proprio dipendente, si riteneva semplicemente che, esso fosse privo di una giusta causa o giustificato motivo, dato che, ciò era sufficiente (non c'era, infatti, alcuna necessità di ricostruire una più complessa fattispecie giuridica, al fine di ottenere una qualificazione del recesso datoriale in termini di negozio nullo) per applicare la tutela reintegratoria prevista al vecchio art. 18 della l. 300/70.

Con la riforma Fornero le conseguenze a favore del lavoratore cambiano a seconda che l'atto si qualifichi come nullo o privo di giusta causa o giustificato motivo. Il nuovo primo comma dell'art. 18 crea, così, difficoltà interpretative legate ai confini degli altri casi di nullità previsti dalla legge e, in particolare, nello stabilire se, tali debbano essere considerate, solo, le ipotesi in cui una disposizione legislativa preveda in maniera esplicita la sanzione della nullità dell'atto o anche quelle in cui l'atto confligge con principi che sono desumibili dalle fonti supreme (costituzionali e sovranazionali).

Molte fattispecie potrebbero essere, oggi, valutate e rivalutate come affette da nullità, sotto il profilo della conformità della condotta datoriale ai principi generali dell'ordinamento desunti da norme costituzionali o sovranazionali. Sembra che la soluzione maggiormente conforme con l'impostazione adottata dal legislatore del 2012 sia quella che riserva la tutela, di cui al primo comma dell'art. 18, ai soli casi in cui norme direttamente riferibili al licenziamento ne prevedano espressamente la nullità o, comunque, l'assoluta inefficacia. Tale interpretazione è coerente con l'assetto caratterizzato dal fatto che la tutela reintegratoria (in entrambe le forme, "piena" e "attenuata") è riservata a ipotesi

(117) F. Carinci, *Complimenti*, cit., p. 20.

tassativamente elencate dallo stesso articolo, dove il rinvio alle ipotesi previste dalla legge, ben può intendersi, come riferita ad ipotesi legislative caratterizzate dagli stessi requisiti di specificità, nel senso, appunto, che la nullità sia chiaramente e con precisione desumibile dalla norma. In questa prospettiva, possono aggiungersi alle ipotesi elencate nello stesso art. 18 c. 1, quelle segnalate in precedenza come sanzionate dalla normativa antidiscriminatoria e, tuttavia, non ricomprese nell'elenco del primo comma del nuovo art. 18. Rientrano, poi, nella categoria in esame quelle disposizioni di legge che escludono espressamente che determinate circostanze possono costituire motivo di licenziamento. La norma in tal modo consente di applicare la tutela più forte quando il licenziamento sia stato adottato, ad esempio, in violazione di norma imperativa (art. 1418 c.c.) oppure in frode alla legge (1344 c.c.).

Senza dubbio, vi può quindi, rientrare il caso previsto all'art. 2112 c.c.: il trasferimento d'azienda (¹¹⁸); siffatta operazione risulta, infatti, con evidenza diretta ad eludere l'applicazione di una norma imperativa (¹¹⁹). Il mutamento di titolarità dell'azienda non interferisce con i rapporti di lavoro già intercorsi con il cedente che continuano a tutti gli effetti con il cessionario il quale subentra in tutte le posizioni attive e passive facenti

(¹¹⁸) Interessante, è parlare anche, della nozione di azienda, che viene ad essere elaborata dal punto di vista normativo del diritto del lavoro, operandosi una differenziazione rispetto alla disciplina del diritto commerciale. Inizialmente, l'art. 2112 c.c. (trasferimento d'azienda) viveva per osmosi con la nozione di azienda elaborata normativamente dall'art. 2555 c.c., in cui si affermava che l'azienda è un complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. Poi, dal 2001 per attuare il diritto Comunitario, il legislatore opera dei distinguo: per trasferimento d'azienda si intende il mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata, quindi, l'azienda è un attività economica organizzata, come previsto dal quinto comma, così sostituito dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (riforma del mercato). Ci si allontana dall'ambito commerciale, operando un ampliamento del concetto di azienda, così da poter meglio tutelare il lavoratore e la sua rivendicazione della continuità del rapporto (anche qui la soluzione richiamata dalla comunità europea, ancora una volta, così come abbiamo già visto per il licenziamento discriminatorio, è quella di utilizzare fattispecie ampie così da poter ricomprendere il più vasto numero di ipotesi possibili). Nel caso specifico si ha a che fare con tutte quelle attività nelle quali può avere un peso prevalente di lavoro umano che in se è in grado di esprimere un modello organizzativo che facciamo fatica a definire tecnicamente impresa.

capo al primo. Il licenziamento è nullo o, comunque, illegittimo quando intimato e motivato dal trasferimento d'azienda: il c. 4 dell'art. 2112 c.c. è inequivocabile e stabilisce espressamente che il trasferimento d'azienda non può costituire un autonomo motivo di licenziamento, in quanto lo stesso comporta l'automatica prosecuzione del rapporto alle dipendenze dell'azienda cessionaria la quale, per altro, risponde in solido con il cedente per tutti i crediti derivanti dal rapporto di lavoro stesso (la responsabilità solidale ha lo scopo di rafforzare il credito del lavoratore, attribuendo a quest'ultimo la facoltà di far valere il proprio credito, presente al momento del trasferimento, sia nei confronti del cedente che del cessionario). Anche la dottrina più autorevole è concorde nell'interpretare analogamente la portata della norma e non manca di rimarcare che: "la previsione del quarto comma implica che il licenziamento, individuale o collettivo, motivato con il fatto del trasferimento in sé o intimato per cessazione dell'attività da un datore di lavoro che l'abbia, in realtà, ceduta ad altri o proseguita altrove, è nullo per violazione di norma imperativa, essendo prevista per legge l'inconfigurabilità quale motivo di licenziamento del mutamento soggettivo della parte datoriale".

Forte è il riferimento alla continuazione del rapporto e, quindi, alla stabilità dello stesso, ma ciò ottiene un significato compiuto solo con la disciplina limitativa dei licenziamenti.

3.7 Il licenziamento orale.

L'ultima ipotesi prevista dal primo comma è quella del licenziamento «dichiarato inefficace perché intimato in forma orale». Il

(119) In questo senso: Cass., 16 febbraio 2006, n. 3436, in Gciv. Mass., 2006, 4; Cass., 18

licenziamento individuale è un negozio giuridico che richiede la forma scritta a pena di inefficacia del recesso, ai sensi dell'art. 2 l. 604/66. Il datore deve comunicare "per scritto" al lavoratore l'atto di recesso (ora anche con l'indicazione dei motivi), obbligo che vale per la generalità dei datori di lavoro (sia per il licenziamento individuale che quello collettivo), indipendentemente dal contesto dimensionale e salvo certe eccezioni.

La forma scritta (*ad substantiam*) ⁽¹²⁰⁾, come elemento essenziale dell'atto di recesso, del potere di recesso, rende certa l'esistenza dell'atto e la sua collocazione temporale, poiché, cristallizza la volontà di recesso in un documento, tutelando l'interesse della parte più debole del rapporto e inducendo il datore a riflettere ulteriormente sull'importanza e sulle conseguenze di tale provvedimento.

E' il primo passo per il ridimensionamento del principio del recesso datoriale *ad nutum*, ponendosi come limite all'autonomia negoziale del datore (procedimentalizzazione del potere di licenziamento volto a garantire al lavoratore un potere di controllo sul recesso).

Decisivo, a tale proposito, è stato l'intervento della contrattazione collettiva e degli accordi interconfederali del 1965 che, pongono le basi per la l. 604/66, successivamente emanata, attraverso cui, il principio della forma scritta, diviene essenziale requisito del recesso datoriale. Tale vizio di forma si realizza, certamente, in caso di mancanza assoluta di comunicazione per iscritto, ma problemi sorgono, anche, in relazione alle diverse modalità di intimazione del licenziamento, che possono risultare non idonee, poiché, il legislatore non ha mai specificato nulla, non imponendo alcuna formula sacramentale. La giurisprudenza, attenta all'effettività della garanzia introdotta dall'ordinamento con la prescrizione della forma vincolata, provvede al vuoto, ammettendo, ad

ottobre 2011, n. 21484, in NGL, 1, 2012, 98 ss.

esempio, l'utilizzo del telegramma, purché il destinatario non ne disconosca la provenienza e privilegiando una visione, comunque, diretta a far emergere e rendere chiara la manifestazione della volontà di risolvere il rapporto ⁽¹²¹⁾. Va ricordato che, comunque, l'atto produrrà i suoi effetti solo nel momento in cui perviene a conoscenza della persona cui è destinato (artt. 1334 e 1335 c.c.), ameno che, questi non provi di essersi trovato nell'impossibilità di averne notizia.

Il problema maggiore sorge circa l'onere della prova di tali vizi, in particolare, nell'ipotesi in cui il lavoratore impugni un licenziamento orale e il datore di lavoro contesti tale affermazione, asserendo che, il rapporto si è estinto per dimissioni o per fatti concludenti. La giurisprudenza ha rilevato che incombe, sul lavoratore, che chiede la reintegrazione nel posto di lavoro, l'onere di provare l'estromissione (di essere stato allontanato fisicamente dal luogo di lavoro) mentre spetta al datore la prova che intende ricondurre la cessazione del rapporto a un negozio di dimissioni (orali), ai sensi dell'art. 2679, c. 2 c.c.

Il problema è oggi superato grazie alla nuova disciplina introdotta con la l. 92/2012 ⁽¹²²⁾ che subordina la validità delle dimissioni a un preciso procedimento di convalida ⁽¹²³⁾ (art. 4, c. 17).

⁽¹²⁰⁾ O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, VI ed., cit., p. 691.

⁽¹²¹⁾ Si è ammessa la possibilità che, la comunicazione scritta, possa essere sostituita dalla produzione di altri documenti (Cass., 13 agosto 2007, n. 17652, in Gciv. Mass., 2007, 9: consegna del libretto del lavoro). Inoltre, bisogna ricordare che la forma scritta comporta la sottoscrizione dell'atto di licenziamento, del datore, per garantire la certezza della provenienza soggettiva della dichiarazione. Di recente la Cassazione ha, comunque, precisato che «<il licenziamento intimato mediante invio di una comunicazione scritta priva della sottoscrizione del datore, ma recante l'intestazione e in calce la denominazione dell'impresa ed il nome del titolare, trasmessa con raccomandata e tempestivamente impugnata dal lavoratore, deve essere ritenuto valido>>. (Cass., 24 marzo 2010, n. 7044, in Gciv. Mass., 2010,3, 425)

⁽¹²²⁾ La riforma Fornero introduce una specifica disciplina delle dimissioni nell'intento di contrastare le cd. dimissioni in bianco, ovvero, quelle fatte sottoscrivere al lavoratore, spesso, già all'atto di assunzione per, poi, essere utilizzate dal datore quando ritenuto opportuno, lo stesso vale per le riduzioni consensuali (art. 4, c. 16-23).

⁽¹²³⁾ L'istituto della convalida delle dimissioni opera già da tempo in alcune ipotesi specifiche, di "maggior debolezza" del lavoratore. Infatti, le dimissioni della lavoratrice, se presentate in occasione di matrimonio, devono a pena di nullità cercare conferma dinanzi all'ufficio del lavoro competente territorialmente (art. 35 d.lgs. 198/2006). Inoltre, a tutela

Il lavoratore, elabora una lettera scritta in cui rassegna le proprie dimissioni, recedendo unilateralmente dal contratto di lavoro che lo vincola al datore e effettuerà, poi, la convalida delle stesse presso la Direzione Territoriale del Lavoro o il centro per l'impiego, territorialmente competente, o presso le sedi individuate dai contratti collettivi nazionali, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale. In alternativa alla convalida, è prevista la sottoscrizione, da parte del lavoratore o lavoratrice, di un'apposita dichiarazione apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro, inoltrata dal datore di lavoro al centro per l'impiego. Sia alla convalida che alla sottoscrizione è subordinata l'efficacia delle dimissioni o della risoluzione consensuale.

Sempre in ambito di licenziamento orale va affrontata un'altra problematica ⁽¹²⁴⁾ che dipende dal termine "inefficacia": è un'espressione generica, ed equivoca ⁽¹²⁵⁾, che ha dato luogo, sin dall'inizio, ad un ampio dibattito della dottrina e della giurisprudenza. Per meglio comprendere, ma soprattutto, per non svuotare di significato l'espressione utilizzata dal legislatore, è necessario ricordarne la definizione, secondo le regole civilistiche.

della genitorialità devono essere convalidate le dimissioni presentate dalla lavoratrice durante il periodo della gravidanza, nonché quelle presentate dalla lavoratrice o dal lavoratore, fino ai primi 3 anni di vita del bambino, o di accoglienza del minore adottato o in affidamento (il termine dei tre anni sostituisce, per effetto della l. 92/1012, quello precedentemente previsto di un anno).

⁽¹²⁴⁾ P. Sordi, *Il nuovo articolo 18 della legge 300 del 1970*, in P. Sordi, C. Papetti, A. Palladino, G. Mimmo, I. Fedele, L. Di Paola, *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Milano, 2013, p. 266.

⁽¹²⁵⁾ Essa ha bisogno di essere ricondotta e determinata nelle varie specie. Nella legislazione il linguaggio adoperato non è sempre preciso né costante, per questo, spesso accade che, si usino termini generici per "abbracciare" più casi. La confusione di parole genera confusione di idee, poiché vengono ad estendersi i principi propri di una specie ad un'altra con effetti pratici dannosi.

L'inefficacia rientra nell'ampia categoria dell'invalidità ⁽¹²⁶⁾, unitamente alla nullità e annullabilità. Essa può assumere due diversi significati: la cd. *inefficacia in senso stretto* dove l'atto, sebbene valido, non raggiunge gli effetti programmati, poiché, manca un elemento esterno all'atto stesso, è subordinato ovvero variamente influenzato da circostanze estrinseche, contestuali o successive, alla formazione dell'atto stesso (tale efficacia è il risultato di un assetto negoziale inadeguato, insufficiente o lacunoso, seppure esistente e valido, in cui emergerebbe una sostanziale discrasia tra la volontà delle parti, che hanno dato vita al negozio, e gli effetti del negozio, incapace di raggiungere l'obiettivo per mancanza di un requisito legislativo estraneo all'assetto formale); la cd. *inefficacia in senso lato*, dove l'atto è invalido, difforme rispetto al modello normativo, perché, privo di una "causa intrinseca" ⁽¹²⁷⁾. Nel primo significato si accerta la validità del negozio e poi la sua idoneità a raggiungere gli effetti; nell'altro si ha una parziale coincidenza tra invalidità e inefficacia, dato che il negozio nullo è di norma inefficace, non vi è alcuna apprezzabile differenza giuridica (soprattutto dal punto di vista pratico). Nel caso del licenziamento, la dichiarazione assume rilevanza solo se diretta al destinatario e acquista efficacia al momento in cui gli sia pervenuta la comunicazione per iscritto: è, quindi, un elemento della struttura dell'atto di recesso e l'inefficacia indica che, tale atto

⁽¹²⁶⁾ Nel nostro impianto codicistico non vi è traccia, alcuna, della categoria della invalidità quasi a voler indicare un dichiarato disinteresse del legislatore alla creazione di una surrettizia figura onnicomprensiva. Alla lacuna normativa, tuttavia, ha fatto eco una fervida opera della scienza giuridica che ha dovuto, invece, avventurarsi nello studio di categorie dai contorni indefiniti e, comunque, non confermati da univoche indicazioni legislative. Dottrina autorevole definisce il concetto di invalidità "come la irregolarità (non conformità) giuridica del contratto che comporta la sanzione della inefficacia definitiva". In questa definizione, volutamente generica, si può trovare la matrice comune di tutte quelle figure positive che, sebbene a tratti comuni, alternano difformità talvolta significative: si allude alla nullità e all'annullabilità.

⁽¹²⁷⁾ L'inefficacia, in generale, può derivare dalla mancanza di uno degli elementi essenziali del negozio giuridico (causa intrinseca), oppure, dalla mancanza o presenza di una circostanza estrinseca al negozio stesso ma che, per volontà delle parti o per la legge, è necessario che esista o manchi, secondo i vari casi, perché il negozio produca tutti i suoi effetti.

reddizio, non si è perfezionato per la mancanza del requisito formale della sua comunicazione (difetto strutturale e interno della fattispecie).

L'inefficacia dipende da un fatto intrinseco al negozio, cioè un vizio o difetto di un elemento essenziale con conseguente incidere del vizio sulla struttura negoziale: dunque, non inefficacia in senso stretto, ma nullità (alcuni autori hanno affermato, esaltando la decisione legislativa della sanzione dell'inefficacia che, tale scelta, è volta ad accentuare l'assoluta inidoneità dell'atto a produrre effetti). L'espressione "inefficace", dunque, non è usata nel senso in cui ne parla il codice civile (ritenuta più corretta, dal punto vista tecnico-giuridico), in relazione all'apposizione di termini o condizioni, ma come conseguenza della situazione di nullità, che comporta l'assenza di produzione di effetti.

Il licenziamento, in quanto privo di uno dei requisiti indispensabili dell'atto (la forma), rimane improduttivo di effetti al pari di un atto nullo (artt. 1325 n.4 e 1418 c.c.). Questo vale per la sola ipotesi di licenziamento intimato verbalmente (art. 2, c. 3, l. 604/66); diversa è l'inefficacia conseguente alla mancata contestuale enunciazione formale dei motivi giustificati e alla violazione della procedura preventiva di conciliazione obbligatoria (art. 7, l. 604/66) e di quella disciplinare (art. 7 st. lav.).

Il nuovo testo dell'art. 18 c. 1 ribadisce, come già si faceva in passato, l'inefficacia del licenziamento orale: in questo caso la qualificazione del vizio, come inefficacia assoluta viene, in tutto e per tutto, equiparata alla nullità e come tale ben distinta dalle altre ipotesi di inefficacia, ponendo fine ai vivaci dibattiti in materia.

L'inefficacia per causa intrinseca si può chiamare con esattezza invalidità poiché, appunto, mancano uno o più elementi essenziali; quella per causa estrinseca è una semplice inefficacia.

4. Disposizioni e conseguenze.

SOMMARIO: _4.1 Le sanzioni: reintegrazione e indennità sostitutiva. _4.2 [...] segue il risarcimento del danno. _4.3 L'incoercibilità dell'ordine di reintegrazione: tra “*astreintes*” e obblighi di fare.

4.1 Le sanzioni: reintegrazione e indennità sostitutiva.

Come abbiamo visto la nuova versione dell'art. 18 conserva il precedente assetto sanzionatorio con riferimento alle ipotesi più gravi, caratterizzate da nullità del recesso datoriale (discriminazione, violazione della disciplina speciale a favore della donna/madre lavoratrice, motivo illecito). Tale regime si articola nel diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro (art. 18, c. 1), al risarcimento dei danni (art. 18, c. 2), durante il periodo tra il licenziamento e la reintegra, fatta salvo la facoltà del lavoratore di chiedere al datore una indennità in sostituzione della reintegrazione (art. 18, c. 3).

Nello specifico, una volta dichiarato nullo il licenziamento, il datore è obbligato a reintegrare il lavoratore (anche se dirigente) nel posto di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati, dalla natura dell'attività svolta o dal motivo formalmente adottato. La norma, oltre, a sancire l'inidoneità del recesso ad interrompere il rapporto di lavoro, che viene ricostruito con effetto *ex tunc*, introduce uno specifico comando giudiziale finalizzato all'effettivo ripristino del vincolo contrattuale attraverso riassegnazione allo svolgimento della prestazione lavorativa. Necessario è ricostruire la situazione così come era prima

dell'atto illegittimo: la reintegrazione del lavoratore in una posizione diversa è inidonea a rimuovere tutti gli effetti lesivi del licenziamento annullato dal Giudice ⁽¹²⁸⁾. La formula dell'ordine di reintegrazione resta immutata, infatti, resta valida tutta l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale già consolidatasi in passato ⁽¹²⁹⁾.

Il nucleo fondamentale della tutela reale in senso forte resta quello costituito dall'ordine di reintegrazione del posto di lavoro che il Giudice dispone, indefettibilmente, nei casi in precedenza ricordati. Il meccanismo di ripristino della relazione giuridica non è peraltro rimesso, come avviene, invece, nello schema civilistico della mora, all'offerta del debitore (lavoratore), ma all'iniziativa del datore di lavoro che deve invitare il lavoratore, a riprendere la collaborazione, attraverso fatti concludenti. In particolare, resta confermato che il rapporto si intende risolto qualora il lavoratore non riprenda servizio, entro trenta giorni

⁽¹²⁸⁾ Cass. 3 aprile 1999, n. 3248, in Gciv., Rep. 1999: in questo caso, il datore di lavoro, dopo essere stato condannato a reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato, aveva provveduto a riammettere in servizio il lavoratore in questione in una diversa posizione lavorativa e, addirittura, in un diverso luogo di lavoro. Questo comportamento è stato ritenuto illegittimo dalla sentenza citata.

Infatti, la Corte ha ritenuto che l'ordine di reintegrazione, nel posto di lavoro, emanato dal Giudice per sanzionare un licenziamento illegittimo esige che il lavoratore sia, in ogni caso, ricollocato nel posto occupato prima del licenziamento. Solo dopo questa effettiva reintegrazione, il datore di lavoro ha la facoltà, eventualmente, di trasferire lo stesso lavoratore, ovviamente, nel rispetto dei limiti imposti dall'art. 2103 c.c. che, in particolare, consente al datore di lavoro di trasferire un proprio dipendente da una sede ad un'altra solo in presenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive: in altre parole, il trasferimento è legittimo a condizione che il lavoratore non sia più utilizzabile nella sede di provenienza e sia, invece, indispensabile in quella di destinazione.

La Suprema Corte ha chiarito che la regola sopra enunciata si giustifica, anche, in considerazione della scelta, operata dal legislatore, di tutelare la posizione del lavoratore illegittimamente licenziato nella sua effettività, ovvero, avendo riguardo della sua professionalità ma anche della sua vita sociale e familiare: evidentemente, tutto questo sarebbe pregiudicato se il lavoratore illegittimamente licenziato non fosse reintegrato nel medesimo posto di lavoro. Naturalmente, la tutela offerta dal legislatore contro un simile pregiudizio varrebbe anche qualora il posto di lavoro in questione fosse stato nel frattempo assegnato ad un altro lavoratore: in altre parole, una simile eventualità sarebbe irrilevante e non assolverebbe il datore di lavoro dall'obbligo di reintegrare il lavoratore nella posizione lavorativa ricoperta prima di essere illegittimamente licenziato.

⁽¹²⁹⁾ La questione riguardante l'ordine di reintegrazione verrà approfondita nel paragrafo 4.3.

dall'invito del datore di lavoro ⁽¹³⁰⁾. Nello specifico, l'ottemperanza dell'obbligo di reintegrazione prevede che il datore di lavoro comunichi al lavoratore, senza l'obbligo di forme solenni, un invito, concreto e specifico, a tornare in azienda nel luogo e nelle mansioni originarie o in altre, se ricorrono comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive ⁽¹³¹⁾: l'offerta non può essere generica ma riferita alla precedente posizione lavorativa, deve essere predisposto l'effettivo reinserimento nel ciclo produttivo. Da parte sua il lavoratore, a seguito dell'invito rivolto dal datore di lavoro, deve manifestare la sua effettiva volontà di essere reintegrato, mettendo a disposizione le proprie energie lavorative, altresì, in mancanza di tale comportamento concludente, dovrà il rapporto ritenersi come mai ripreso, per mancanza di volontà del lavoratore.

La riforma, poi, contiene due significative innovazioni o, meglio, precisazioni in ordine all'indennità sostitutiva della reintegrazione. Vengono, infatti, risolte due questioni che avevano sollevato vivaci discussioni sia in dottrina che in giurisprudenza: l'individuazione del momento estintivo del rapporto in caso di esercizio dell'opzione e l'individuazione dei tempi dell'opzione per l'indennità sostitutiva.

Il nuovo terzo comma dell'art. 18, nel confermare la facoltà (facoltà già prevista dall'articolo 18 l. 300/70, come modificato dalla l. 108/90: unica differenza, come vedremo, risulta essere per il computo dell'indennità riferito, originariamente, alla retribuzione globale di fatto)

⁽¹³⁰⁾ Tale disposizione deve, oggi, essere coordinata con l'introduzione, da parte della stessa l. 92/2012 (art. 18, c. 47 e ss.), del nuovo speciale rito in giudizio di impugnazione dei licenziamenti, il quale prevede, in primo grado, una fase a cognizione sommaria che si conclude con un'ordinanza, alla quale solo eventualmente può seguire una fase di opposizione a cognizione piena.

⁽¹³¹⁾ Se la reintegrazione, per un fatto oggettivo, quale la cessazione dell'attività aziendale, risulta impossibile, l'inottemperanza del datore di lavoro è giustificata e al lavoratore reintegrato spetta soltanto il risarcimento del danno. L'obbligo di reintegrare il lavoratore viene meno, infatti, solo per cause oggettive che impediscono, in modo assoluto, il potere di assunzione da parte del datore di lavoro o lo svolgimento della prestazione da parte del lavoratore.

(¹³²) per il lavoratore di chiedere al datore (che in tale circostanza versa in una posizione di soggezione), in sostituzione della reintegrazione, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, ha introdotto alcune modifiche alla previgente disciplina di tale istituto, contenuta nel quinto comma del precedente testo dell'art. 18. Quella maggiormente significativa attiene al fatto risolutivo del rapporto di lavoro che oggi viene, invece, risolta in senso opposto agli orientamenti ormai consolidati: in passato nel silenzio della norma, sul punto, la giurisprudenza sosteneva che l'obbligo del datore di reintegrare il lavoratore si estingueva, solamente, nel momento dell'effettivo pagamento dell'importo, con conseguente obbligo per lo stesso datore di corrispondere alla controparte le retribuzioni maturate, anche dopo l'esercizio dell'opzione, fino all'effettivo pagamento dell'indennità sostitutiva (¹³³). Inizialmente, quindi, non si aveva ben chiaro quale fosse il momento in cui si poteva verificare l'effetto estintivo del rapporto di lavoro, dato che non era fissato, in modo preciso e certo, il giorno del termine, nell'ipotesi in cui il lavoratore avesse, appunto, optato per la l'indennità sostitutiva. Con la riforma del 2012, una simile impostazione, non può più essere sostenuta dal testo normativo attualmente vigente: nel momento in cui il datore di lavoro riceve la comunicazione, da parte del lavoratore, della scelta in favore dell'indennità sostitutiva cessa la maturazione, a favore di quest'ultimo, di ulteriori retribuzioni a titolo di danno, essendosi ormai estinto definitivamente il rapporto di lavoro. Mentre, sia la Corte di cassazione che la Corte costituzionale sono saldamente assestate nel ritenere che il rapporto cessi solo con il

(¹³²) Sia che si tratti di danno provocato dal comportamento illegittimo del datore di lavoro che dell'indennità legata ad una scelta del lavoratore o dipesa dalla responsabilità datoriale si fa riferimento alla retribuzione.

(¹³³) La semplice offerta di ripresa della collaborazione, come è evidente, non fa venir meno l'obbligo retributivo, che scatta dopo la sentenza di reintegrazione, obbligo che, invece, viene meno solo dopo la scadenza del trentesimo giorno, in corso di mancata ottemperanza all'invito (Cass., 11 maggio del 1982, n. 2952, in Gciv. Mass., 1982, fasc. 5).

pagamento dell'indennità, il nuovo art. 18 stabilisce che la semplice richiesta determina la cessazione. La modifica rende possibile l'estinzione del rapporto per volontà del lavoratore rifiutando l'obbligo di reintegra: il rischio è, tuttavia, di tradire in qualche modo il senso dell'istituto dell'opzione, con il quale, si dà al lavoratore la possibilità di scambiare l'obbligo di reintegrazione (al quale egli si dichiara, in astratto, non più interessato) con la, concreta ed effettiva, soddisfazione del diverso interesse, economico, tipizzato dalla norma. Il lavoratore non avrà diritto al pagamento del risarcimento parametrato alle retribuzioni fino al momento dell'effettivo pagamento dell'indennità, ma soltanto fino al momento in cui ha compiuto la scelta.

La seconda questione deriva da una infelice formulazione del precedente comma cinque dell'art. 18, che stabiliva la (medesima) conseguenza della cessazione del rapporto di lavoro allo spirare, apparentemente congiunto, di due termini della stessa ampiezza (trenta giorni), ma aventi decorrenza iniziale diversa (e solo casualmente coincidente): quello per rispondere all'invito del datore di lavoro, che decorrerà dall'invito stesso, e quello per l'opzione per l'indennità sostitutiva, decorrente dalla comunicazione dell'avvenuto deposito in cancelleria della sentenza.

Il nuovo terzo comma precisa, invece, che il termine di trenta giorni per richiedere l'indennità decorre o dalla comunicazione della sentenza, oppure, dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, in questo secondo caso, però, solamente se l'invito sia precedente alla comunicazione del deposito della sentenza. Si conferma, così, il termine di trenta giorni, ma lo si fa decorrere, alternativamente, dal ricevimento della comunicazione dell'avvenuto deposito della sentenza contenente l'ordine di reintegra o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore. Ciò, forse, è discutibile se si pensa che il lavoratore

potrebbe trovarsi nella condizione di dover optare per le quindici mensilità sostitutive della reintegrazione prima di aver letto le motivazioni della sentenza che ha dichiarato l'invalidità del licenziamento e, cioè, prima di poter compiutamente valutare il rischio che la sentenza venga riformata in appello.

Infine, sempre il nuovo terzo comma stabilisce che l'indennità sostitutiva non è assoggettata a contribuzione previdenziale: quella somma non ha natura retributiva perché il rapporto di lavoro si rivolge con la percezione della stessa, così, fino ad oggi, ha motivato la giurisprudenza.

In conclusione, va sottolineato come l'impatto, che tale norma ha avuto sulla disciplina del licenziamento, sia stato dirompente. Il legislatore, come già anticipato, ha continuato a percorrere il 'solco', già, tracciato dalla l. 108/90 (quest'ultima introdusse una delle più importanti innovazioni all'art. 18: una facoltà alternativa attribuita al lavoratore esercitabile mediante la dichiarazione unilaterale recettizia di scelta, non revocabile) esaltando uno strumento di <<monetizzazione>> del rapporto di lavoro, mediante il quale il lavoratore decide di optare per una tutela alternativa ed equivalente piuttosto che per la reintegrazione in forma specifica, fermo restando il diritto al risarcimento del danno. È il primo passo verso la realizzazione di una chiara volontà del legislatore di privilegiare, nel diritto del lavoro, la tutela risarcitoria rispetto a quella ripristinatoria, (infatti, non risulta in alcun modo rafforzata l'esecutorietà dell'ordine di reintegrazione) ribaltando, di fatto, i principi civilistici in tema di responsabilità contrattuale, laddove la prima ha una funzione meramente residuale rispetto la seconda. Si tende a ragionare in termini, esclusivamente, monetari riducendo e trasformando ogni bene in un "preciso ammontare": una sostituzione di pari valore che, spesso, dimentica e trascura la persona e l'esigenza, necessaria, di questa ad una

effettiva tutela ripristinatoria dei diritti e delle funzionalità lese, consistente in una eliminazione diretta del pregiudizio. L'introduzione dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, sembra, trovare giustificazione nelle difficoltà, essenzialmente di natura applicativa, derivanti dalla struttura e dalle peculiarità del sistema di tutele apprestate dal legislatore con l'art. 18 e, in particolar modo, dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro ⁽¹³⁴⁾. Si sente la necessità di apprestare uno strumento alternativo alla reintegrazione in tutti i casi in cui, per costrizione o anche per proprie scelte imponderabili, il lavoratore ritenga più soddisfacente monetizzare il rapporto di lavoro di cui è titolare, facendo tesoro delle difficoltà incontrate nella soddisfazione integrale del diritto del lavoratore al ripristino della funzionalità di fatto del rapporto. Come vedremo, infatti, la reintegrazione presuppone, in capo al datore di lavoro, un'obbligazione di fare infungibile e per quanto riguarda il diritto del lavoratore a riprendere effettivamente servizio non si può prescindere dalla cooperazione del datore di lavoro: per la natura, pertanto, di tale obbligazione e per l'assenza di misure di coercizione dirette, il legislatore ha deciso di introdurre uno strumento alternativo, un diritto potestativo, rimesso esclusivamente alla volontà del lavoratore, rispetto al diritto primario della ripresa del lavoro ⁽¹³⁵⁾.

Bisogna, però, tenere presente che la lesione di determinati interessi, quali diritti non esclusivamente economici, non può essere risolta con la

⁽¹³⁴⁾ La questione verrà meglio approfondita nel paragrafo 4.3.

⁽¹³⁵⁾ Tale previsione, almeno, a ridosso della sua emanazione (inizialmente contenuta nel quinto comma dell'articolo 18) ha suscitato perplessità circa la sua conformità rispetto ad alcuni principi costituzionali. In varie occasioni, infatti, si è sostenuto che tale norma violasse il principio di uguaglianza (secondo alcuni essa rappresenta una forma, particolare, di dimissioni per giusta causa o, comunque, di estinzione legale del rapporto con l'imposizione di una penale a carico del datore di lavoro); in altri casi, invece, si è ritenuto violasse gli artt. 4 e 35 Cost. prevedendo uno strumento contrario alla tutela del lavoro e della conservazione del posto di lavoro. Nonostante, le diffuse perplessità la Corte costituzionale ha sempre confermato la legittimità costituzionale: la conservazione del posto di lavoro è un diritto costituzionalmente garantito ma, poiché, non si tratta di un diritto soggettivo inderogabile o irrinunciabile, il lavoratore, ove lo ritenga opportuno, può decidere di rinunziarvi, preferendo una tutela alternativa

mera monetizzazione ma richiama, nello specifico, la *restituito in integrum* della posizione soggettiva, poiché, l'esecuzione della prestazione non è visto come semplice adempimento di un obbligo contrattuale ma, anche, come strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio di suoi diritti fondamentali.

4.2 [...] segue il risarcimento del danno.

In caso di accertamento della nullità del licenziamento il lavoratore ha, altresì, diritto al risarcimento del danno che il Giudice stabilisce condannando il datore di lavoro al pagamento di “un’indennità commisurata all’ <<ultima>> retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso, la misura del risarcimento del danno non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali” (136).

Il nuovo articolo 18 affianca il risarcimento del danno alla reintegrazione per i primi due livelli di tutela e utilizza come unico ristoro per l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento negli altri due livelli. Il legislatore utilizza una disciplina analitica, per le somme spettanti al lavoratore, nei vari livelli di tutela, oltre ai principi generali di diritto comune codificati: si delinea un regime speciale della disciplina delle somme dovute al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo.

(136) Art. 18, c.2 st. lav.

Inizialmente, con la versione originaria dell'articolo 18, si delineano tre distinte conseguenze per il licenziamento illegittimo: l'obbligo del datore di risarcire il danno che il lavoratore ha subito a causa del licenziamento, la reintegra del dipendente nel posto di lavoro, ed, infine, qualora non fosse stato ottemperato l'obbligo di reintegrazione, il vincolo di corrispondere la retribuzione mensile dal giorno della sentenza al giorno della, reale ed effettiva, reintegrazione. In particolare, si distinguono due periodi, *pre e post* sentenza, a cui il legislatore attribuisce due diversi meccanismi di risposta. Per il periodo che va dal licenziamento alla sentenza che ordina la reintegrazione avremo il cd. risarcimento danni: si utilizza, infatti, la tecnica risarcitoria, per le somme dovute *medio tempore*, risarcendo il danno subito e prospettando l'applicazione delle disposizioni comuni, in tema di risarcimento, come norme generiche di riferimento (la legge, nello specifico, parla di "risarcimento dei danni" figurando, così, l'idea di un ristoro per equivalente). Per il periodo successivo alla sentenza si individua, invece, il diritto alle retribuzioni, così, alludendo alla continuità del rapporto e ribadendo l'obbligazione (di dare) di origine contrattuale, prevista in capo al datore di lavoro.

La l. 108/90 andrà ad apportare, a questo regime, un'unica conseguenza patrimoniale, per il licenziamento illegittimo, identificabile con il "risarcimento del danno" conseguendo, così, un significativo cambio di rotta. Precisamente, fermo restando l'obbligo di reintegrazione il datore è tenuto a corrispondere un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, che non potrà essere inferiore alle cinque mensilità della retribuzione medesima andando, quindi, ad unificare, dal punto di vista risarcitorio, i due periodi *pre e post* sentenza (tale distinzione, pur, non essendo più esplicitamente prevista continua ad

essere utilizzata nella riflessione sulle conseguenze prodotte dall'accertamento dell'invalidità del licenziamento). Ciò si realizza considerando che la prestazione dovuta dal datore di lavoro, per il periodo anteriore alla reintegrazione, cumula, in sé, una funzione complessa: si prospettano più funzioni, non solo quella reintegratoria delle utilità perdute per effetto del licenziamento ma, anche, quella afflittivo-sanzionatoria, relativa all'eventuale maggior danno, considerando il limite minimo delle cinque mensilità (comunque non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto). Il fatto che l'art. 18, nella nuova formulazione, qualifichi come «indennità» la somma dovuta dal datore di lavoro induce a ritenere che si tratti di una speciale misura compensativa e di riequilibrio patrimoniale: tale modifica si pone come parzialmente derogatoria rispetto al regime ordinario del risarcimento *ex art. 1223 c.c.*, cominciando a distinguersi un nuovo regime speciale.

La giurisprudenza, avvalorando l'idea e la tendenza di una compresenza nella somma da corrispondere, dell'elemento retributivo e di quello risarcitorio, ossia di una pluralità di funzioni, ha deciso di valorizzare la qualificazione risarcitoria, ritenendo che il risarcimento dovesse essere commisurato al danno effettivo subito dal lavoratore. Ciò sembra indicare una duplice reazione rispetto al licenziamento per quanto riguarda l'area della tutela reale. Da una parte l'ordinamento considera il datore di lavoro inadempiente all'obbligazione di lavoro e lo condanna alla ricostruzione degli effetti del rapporto *ab origine* (effetti della continuità del rapporto), dall'altra prefigura una misura minima ed irrinunciabile del risarcimento, che ha natura di penale. Si reagisce nei confronti dell'impiego arbitrario di un potere di fatto, quale è quello di sciogliersi dal vincolo obbligatorio.

Risulta appurata la valenza risarcitoria e sanzionatoria dell'indennità. Il risarcimento del danno è legato al pregiudizio che il lavoratore ha subito a causa del licenziamento che ha natura potenzialmente permanente e, cioè, persiste finché il datore di lavoro, spontaneamente o *iussu iudicis*, non elimina il comportamento illegittimo ripristinando lo *status quo ante*. Il risarcimento del danno, pertanto, è dovuto per il licenziamento del dipendente ed è consequenziale all'illegittimità dello stesso, per aver il datore utilizzato arbitrariamente il potere di recesso. Inoltre, il risarcimento del danno si affianca all'ordine di reintegrazione e persiste finché il datore non vi ottemperi. In particolare, per quanto riguarda il periodo che va dalla sentenza dichiarativa dell'illegittimità del licenziamento all'effettiva reintegrazione, l'originario obbligo tipicamente retributivo viene sostituito da un obbligo a contenuto risarcitorio: il datore che non ottempera all'ordine di reintegrazione rimane ancora tenuto al pagamento di un'indennità commisurata alla retribuzione. In questo caso, allora, il solo risarcimento del danno non è dovuto più, esclusivamente, per il licenziamento, ma anche per l'eventuale violazione dell'ordine giudiziale, con l'esigenza di risarcire l'eventuale maggior danno e presupponendo una "funzione sanzionatoria" della norma stessa.

Teniamo presente che l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale approda, con qualche difficoltà, a richiamare e a utilizzare la disciplina che il codice civile detta, in tema risarcimento del danno, per il conseguente inadempimento delle obbligazioni. Riguardo tale disciplina, infatti, l'articolo 18 st. lav. è andato, sempre più, delineando e introducendo, rispetto alle origini, elementi distintivi e speciali⁽¹³⁷⁾.

Risulta, chiaramente, che i giudici, sostenendo la qualificazione risarcitoria ritengono, seppur con qualche incertezza, che il risarcimento

debba essere commisurato al danno effettivo, subito dal lavoratore e maturato con le retribuzioni non percepite “salvo che il dipendente provi di aver subito un danno maggiore o che il datore provi l’*aliunde perceptum* o *percipiendum*”. Nello specifico, occorre ribadire che, qualora, il datore di lavoro abbia licenziato illegittimamente un dipendente dovrà, a quest’ultimo, corrispondere tutte le retribuzioni dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione e versare, altresì, una indennità risarcitoria pari ad almeno cinque mensilità di retribuzione (quest’ultima verrà assorbita nella prima). Il risarcimento consistente nel versamento di tutte le retribuzioni dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione può, in alcuni casi, essere ridotto (non si può dire altrettanto delle cinque mensilità inquadrate come penale assorbita nell’indennità). Tale riduzione è possibile (si tratta di una presunzione relativa) quando: il lavoratore illegittimamente licenziato, nel corso del giudizio, ha trovato una nuova occupazione per la quale ha percepito la relativa retribuzione (c.d. *aliunde perceptum*) o il lavoratore non si sia impegnato abbastanza a trovare una nuova occupazione (c.d. *aliunde percipiendum*). Spetterà, al contrario, al dipendente provare, in giudizio, l’esistenza di danni ulteriori rispetto all’ammontare delle retribuzioni, che vanno oltre la mancata retribuzione o, alla seppur illegittima, estromissione dal posto di lavoro. Il danno ulteriore dipende, in ogni caso, da un interesse leso del lavoratore ma, aggiuntivo, rispetto al rapporto di lavoro ed economicamente valutabile (possono, ad oggi, ritenersi risarcibili i danni derivanti, per esempio, dall’ingiuriosità del licenziamento capace di ledere l’immagine o la professionalità del lavoratore) ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁷⁾ Come vedremo risulterà particolarmente incisiva, in tal senso, la recente riforma Fornero.

⁽¹³⁸⁾ Al risarcimento dei danni, così, determinato che non può essere inferiore alle cinque mensilità, ci sarà il danno non patrimoniale che spetta alla lavoratrice e al lavoratore nel caso di licenziamento del quale venga accertata la natura discriminatoria.

Acquisto e confermato quanto sinora detto bisogna far riferimento alle diverse novità apportate dalla riforma, relativamente all'assetto appena tracciato. Si riscontra, facilmente, un rafforzamento crescente, rispetto al passato, degli elementi di specialità in merito al diritto comune: il quadro che ne emerge è decisamente frammentato e ricco di indirizzi interpretativi discordanti.

La prima precisazione riguarda la retribuzione (chiarificazione non contenuta nel precedente testo dell'art. 18 che quantificava il risarcimento del danno alla 'retribuzione globale di fatto'): come parametro di calcolo del risarcimento del danno, usato dal Giudice, si utilizza <<l'ultima>> retribuzione in godimento al momento di licenziamento per, poi, essere moltiplicata per l'intera durata del periodo di estromissione dal lavoro.

In questa nuova formula sembra, quindi, non sortire alcun effetto, sul calcolo della retribuzione, ogni aumento successivo al licenziamento: il criterio di riferimento è connesso, infatti, al rapporto come cristallizzato al momento del licenziamento, senza considerare la sua possibile evoluzione (anche se l'utilizzo della tutela reale, volta a dare continuità al rapporto, dovrebbe, altresì, garantirne l'effettiva prosecuzione e l'eventuale evoluzione). Resta fermo, comunque, il principio in base al quale nella retribuzione globale di fatto vengano compresi sia la retribuzione base che, anche, tutti i compensi di carattere continuativo ricollegati alle particolari modalità della prestazione, in atto al momento del licenziamento, con la sola esclusione di quegli emolumenti occasionali, eventuali o eccezionali che avrebbe percepito in seguito ⁽¹³⁹⁾. Si ritiene, inoltre, di dover prendere in considerazione, all'interno di tale computo, la media delle retribuzioni percepite nel periodo di tempo immediatamente precedente al licenziamento, così da avere una

⁽¹³⁹⁾ Cass., 16 settembre 2009, n. 19956, in Gciv. Mass., 2009, 9, 1321; Cass., 2 febbraio 2007, n. 2262, in Gciv. Mass., 2007,7-8.

sufficiente e significativa somma in relazione alle modalità di svolgimento del rapporto.

Molti, però, vedono nel nuovo testo la chiara intenzione di limitare l'entità del risarcimento percepibile dal lavoratore non consentendogli di usufruire di eventuali aumenti, salariali ed emolumenti, ottenibili successivamente all'intimazione del licenziamento: l'ammontare della retribuzione percepita sarebbe, appunto, congelata al momento dell'interruzione del rapporto da parte del datore, seppur, moltiplicata per i mesi che passano dal licenziamento alla reintegrazione. Non potrebbe, quindi, il lavoratore usufruire degli aumenti salariali, eventualmente, intervenuti in sede di contrattazione collettiva o per anzianità, nel periodo tra licenziamento ed effettiva reintegrazione come, invece, avveniva nella precedente versione.

“La retribuzione da prendere a riferimento per la quantificazione del danno dovrebbe essere quella dell'ultima busta paga del lavoratore, comprensiva delle voci retributive, fisse e variabili, con essa corrisposte ma è ragionevole prevedere che la giurisprudenza tenderà ad assestarsi sulla retribuzione globale di fatto, mediamente, percepita dal lavoratore nei mesi precedenti al licenziamento per valorizzare la media dei compensi variabili corrisposti al dipendente in ragione delle concrete modalità di svolgimento del lavoro” ⁽¹⁴⁰⁾.

Infatti, la scelta operata dal legislatore risulta dissonante rispetto alla continuità del rapporto di lavoro e della conseguente inidoneità dell'atto di recesso a estinguere il vincolo contrattuale (per lo meno nei due livelli di tutela).

Alcuni interpreti, però, sostengono, facendo leva sul dato testuale, (nella norma, al secondo comma, viene utilizzato l'aggettivo 'maturata', riferito anch'esso come il termine 'ultima' al sostantivo 'indennità'), che

⁽¹⁴⁰⁾ M. Marazza, *L'art. 18, nuovo*, cit., p. 8.

nell'ammontare dovuto al lavoratore vanno computate, anche, le variazioni intervenute, successivamente, all'interruzione del rapporto ⁽¹⁴¹⁾. Sembra, non si faccia riferimento ad una istantanea sul contenuto dell'ultima retribuzione percepita, prima del licenziamento, ma, più tosto, al maturato economico entro un preciso arco temporale che, non si ferma ma al contrario, parte dal momento del licenziamento e termina con la effettiva reintegrazione.

L'ultima retribuzione e quindi il parametro risarcitorio, sembra, riferirsi all'ultimo corrispettivo che il lavoratore ha maturato, cui ha diritto di percepire, durante il periodo di estromissione: ultima mensilità retributiva maturata prima della reintegrazione.

La seconda novità riguarda la possibilità di detrarre dal risarcimento. Questa previsione espressa dal legislatore, in applicazione dei principi civilistici sulla quantificazione del danno, codifica ciò che in giurisprudenza era, ormai, avvalorato da tempo.

Risulta, come abbiamo già visto, consolidata la qualificazione espressa in termini di risarcimento del danno, così come l'identificazione del *quantum* (commisurazione legale) dell'indennità alle retribuzioni perdute ⁽¹⁴²⁾ attraverso una presunzione relativa suscettibile di prova contraria: si prevede la possibilità, in capo al datore, di provare fatti capaci di escludere la sua responsabilità (art. 1218 c.c.) o, comunque, che il danno potesse essere inferiore, per effetto sia dell'*aliunde perceptum*

⁽¹⁴¹⁾ P. Chieco, *Licenziamento nullo*, cit., p. 301, secondo il quale la retribuzione che costituisce il parametro per il calcolo è quella dell'ultima mensilità maturata prima della reintegrazione.

⁽¹⁴²⁾ L'esplicita qualificazione risarcitoria imporrebbe al lavoratore, così come previsto dal diritto comune, l'onere di provare il danno subito o, comunque, lo stato di disoccupazione, con assenza di redditi da lavoro, a seguito del licenziamento illegittimo. La legge, invece, dando seguito ad un, discutibile, orientamento giurisprudenziale formatosi sul testo dell'articolo 18 st. lav., anteriore alla legge n. 108/90, esenta il lavoratore da tale onere (*ex* articolo 1223 c.c.): sarà, infatti, sufficiente apporre che il licenziamento illegittimo ha impedito la funzionalità del rapporto perché il risarcimento sia, presuntivamente, commisurato alle retribuzioni perdute.

che *percipiendum*, riuscendo, così, a sottrarli dal risarcimento dovuto (143).

A quanto sin ora detto e, in particolare, riguardo delle detrazioni operabili dal datore la recente riforma ha esercitato delle specificazioni. È introdotta un'espressa previsione, rispetto al testo previgente, della detrazione dall'indennità risarcitoria di quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative (*aliunde perceptum*) (144), indipendentemente dal tipo di attività svolta: il riferimento è all'intero periodo di estromissione, senza presentare alcun limite temporale (sembra ritenere che sarà detraibile, anche, quanto precipito dal lavoratore nel periodo, comunque, antecedente all'effettiva reintegrazione ma successivo alla sentenza che ordina la reintegrazione nel posto di lavoro). La detrazione è esclusa, invece, per tutti i guadagni che il lavoratore avrebbe potuto egualmente conseguire, pur, svolgendo la sua prestazione, in modo compatibile.

Ricordiamo, però, che vi sono stati alcuni tentativi, già prima della riforma, volti a ridurre lo spazio per le detrazioni, da parte del datore di lavoro, soprattutto, per il periodo successivo alla sentenza, (alcuni

(143) Ai sensi della vecchia formulazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 la detraibilità operava sia con riferimento all'*aliunde perceptum* che *percipiendum* (Cass., 8 giugno 1999, n. 5662, in OGL, 1999, I, pag. 435 e ss). Come già anticipato, il lavoratore aveva la possibilità di provare di aver subito un danno maggiore; e il datore di lavoro quella di dimostrare che il dipendente, in questione, aveva ottenuto un guadagno, in relazione alla riappropriazione del lavoro o al tempo trascorso (*aliunde perceptum*), o che aveva concorso a cagionare il danno stesso, oppure, aveva tenuto una condotta non improntata a criteri di ordinaria diligenza (*aliunde percipiendum*).

Oggi, con i recenti sviluppi le cose si sono distinte (e precisate) per i quattro diversi livelli di tutela: come detto nel primo livello di tutela è espressamente sancita la detraibilità dell'*aliunde perceptum*, nel secondo livello di tutela si impone espressamente di detrarre sia il *perceptum* che il *percipiendum*, nel terzo e nel quarto livello esclusivamente risarcitoria il legislatore nulla dice in relazione a eventuali detrazioni.

(144) Trattandosi di risarcimento del danno, da esso, va sottratta ogni utilità che il prestatore ha percepito, altrove o da altra persona: Si deducono tutti i redditi maturati grazie alla perdita del lavoro ordinario. Tale soluzione discende dai principi di diritto comune dove dalla risarcibilità è escluso il venir meno del nesso causale tra l'atto di licenziamento, come fatto costitutivo della responsabilità, e il danno, ossia, il mancato guadagno per il non impiego delle proprie capacità lavorative. Inoltre, il lavoratore avrebbe, altrimenti, avuto un ingiustificato arricchimento traendo un doppio vantaggio con un'unica prestazione lavorativa.

sostenevano che, in particolare, dopo la sentenza, esaltando l'esplicito riferimento alle retribuzioni come diritto del lavoratore al corrispettivo stabilito dal contratto, non dovessero essere operate le riduzioni e soprattutto perché, in questa fase, il dover corrispondere le retribuzioni senza l'effettivo lavoro del dipendente proveniva, esclusivamente, dallo stesso datore: si prospetta il venir meno degli agganci equitativi volti a giustificare il comportamento del datore che, pur, condannato a reintegrare non adempie) utilizzando motivazioni, spesso, rivolte a ragioni di equità o necessità di tutela del contraente debole e cominciando a far emergere un primo interesse in senso di specialità rispetto al diritto comune.

Tornando alla nuova riforma, per i licenziamenti vietati o orali a differenza di quanto accadeva nel precedente assetto e a quello attuale per i casi di ingiustificatezza qualificata, nulla viene detto riguardo all'*aliunde percipiendum*. È implicitamente esclusa la detraibilità di quest'ultima, cioè, a quanto il lavoratore avrebbe potuto conseguire dedicandosi con ordinaria diligenza alla ricerca di una nuova occupazione: solo nel quarto comma, assume rilevanza, in riferimento alla seconda tipologia di tutela, con l'espressa previsione che sia detratto in sede di determinazione dell'indennità risarcitoria, dovuta nei casi di applicazione della tutela reintegratoria attenuata. Proprio questa diversità nella formulazione delle due norme induce la dottrina maggioritaria a ritenere, del tutto condivisibile, che l'*aliunde percipiendum* non debba esser valutato in sede di quantificazione dell'indennità risarcitoria dovuta nei casi in cui si applica la tutela reintegratori piena ⁽¹⁴⁵⁾: si tende a escluderlo data la sua natura presuntiva, essendo oggetto di valutazioni difficilmente oggettivizzabili, e, poiché, in tutte le ipotesi di licenziamento 'odioso' al lavoratore deve essere fornita, comunque, la

⁽¹⁴⁵⁾ P. Chieco, *Licenziamento nullo*, cit., p. 300.

garanzia del risarcimento pieno, proprio in ragione alla particolare gravità dell'illecito compiuto dal datore di lavoro, senza l'imposizione di comportamenti attivi volti a contenere il danno. Questa soluzione, sembra, rafforzare, ancora una volta, gli elementi di specialità del regime risarcitorio rispetto alla derivazione dal diritto comune ⁽¹⁴⁶⁾.

Tornando all'*aliunde perceptum* la formula che lo lega direttamente al procedimento di computazione del danno ad opera del Giudice, sembra, far pensare ad un vero e proprio obbligo a carico dello stesso giudicante, di operare la detrazione, con conseguente vizio della sentenza che non l'abbia fatto. Senza dubbio il potere istruttorio del Giudice è ampio come si evince dall'art. 421 c.p.c.: l'affermazione dell'*aliunde perceptum* o *percipiendum* quando possibile, sembra, in particolare, costituire un'eccezione in senso lato e come tale rilevabile, anche, d'ufficio. Bisogna, però, porre attenzione poiché, in questo modo, il processo potrebbe assumere connotati di tipo inquisitorio ragion per cui appare preferibile che i poteri istruttori del Giudice si potranno sviluppare, solo, sulla base delle allegazioni delle parti ⁽¹⁴⁷⁾.

Infine, il terzo aspetto innovativo attiene agli oneri contributivi a carico del datore di lavoro. L'ultimo periodo del nuovo secondo comma dell'art. 18 stabilisce che il datore di lavoro è condannato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali relativi al periodo compreso tra il giorno del licenziamento e quello dell'effettiva reintegrazione. Al contrario il quarto comma prevede, per i casi cui si applica la tutela

⁽¹⁴⁶⁾ All'interno dello speciale istituto, disciplinato dal nuovo secondo comma dell'art. 18, si colloca la deroga al principio generale espresso dal secondo comma dall'art. 1227 c.c. (concorso del fatto colposo del creditore: la norma, nello specifico, è prevista allo scopo di non far gravare sul debitore le conseguenze dell'illecito che non sono a lui imputabili; così, il risarcimento non sarà dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando la diligenza ordinaria), che non ha ragione di essere applicato, allorché, l'autore del danno ha, pesantemente, violato regole di corretta convivenza sul terreno del contratto e, in definitiva, di solidarietà. La norma onera, in particolare, il danneggiato che deve tenere un comportamento, attivo e positivo, volto a limitare e evitare le conseguenze dannose.

⁽¹⁴⁷⁾ Particolarmente contrario, risulta Cester, sulla possibilità di configurare poteri istruttori officiosi aldilà delle allegazioni delle parti.

reintegratoria attenuata, una specificazione della soggezione dei contributi dovuti dal datore di lavoro: risulta una maggiorazione degli interessi legali, con esplicita esclusione delle sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, e una commisurazione dell'importo, a cui è tenuto il datore, pari alla differenza tra la contribuzione che sarebbe maturata, qualora, il rapporto non fosse stato risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. La mancata riproduzione di tale precisazione, nel secondo comma dall'art. 18, fa riflettere: ciò indicherebbe la volontà del legislatore di assoggettare il datore di lavoro che ha posto in essere un licenziamento affetto dai più gravi vizi, anche, al pagamento delle sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, così da avere conseguenze meno favorevoli per quest'ultimo. Il non aver previsto alcuna specificazione porta a considerare e ad attuare il massimo della sanzione andando, inoltre, implicitamente a confermare quanto sinora era stato detto dalla giurisprudenza (che comunque oscilla tra le più diverse interpretazioni) sull'analoga precedente versione dell'art. 18 (prevedeva anch'esso il semplice obbligo del versamento dei contributi relativi al periodo tra il licenziamento e la reintegrazione) in merito al regime dell'obbligazione contributiva in caso di licenziamento illegittimo ⁽¹⁴⁸⁾.

Per quanto riguarda il calcolo della contribuzione dovuta risulta, dallo stesso articolo, che l'imponibile contributivo corrisponde alla retribuzione dovuta nel periodo non lavorato con l'inclusione, anche,

⁽¹⁴⁸⁾ Alla sussistenza dell'obbligazione retributiva corrisponde l'obbligazione contributiva: sorgono contestualmente. I contributi sono da ritenersi dovuti (articolo 1, comma 217, della legge 23 dicembre 1996, n. 662) con effetti retroattivi e devono essere previste e riconosciute al lavoratore le spettanze economiche tra cui le omissioni contemplate per l'applicabilità della sanzione (Cass., 13 gennaio 2012, n. 402, in Guida al Diritto 2012, 6, 58). In senso contrario e precedente, Cass., 1° aprile 2009, n. 7934, in FI, 2012, 4, 1245: il rapporto assicurativo non subirebbe la stessa sorte del contratto che risulta come mai interrotto e l'impossibilità dei versamenti secondo scadenze precise e senza efficacia retroattiva determinerebbe la mora del debitore nei confronti dell'ente previdenziale e l'irrogazione per la relativa omissione contributiva.

degli incrementi retributivi che il dipendente avrebbe maturato se non fosse stato illegittimamente licenziato.

4.3 L'incoercibilità dell'ordine di reintegrazione: tra "astreintes" e obblighi di fare.

La tutela accordata dal legislatore nei casi di nullità del licenziamento è la reintegrazione c.d. «piena», essa risulta corrispondere, salvo pochi elementi di differenza, alla tutela prevista dal vecchio art.18⁽¹⁴⁹⁾. L'articolo 18, in particolare, cerca di ottenere più effetti: quello *ripristinatorio* con la reintegrazione immediata del diritto e, quindi, la ricostituzione dello *status quo ante*; quello *preventivo/inibitorio*, con la cancellazione dell'atto illecito (il licenziamento) che ha determinato la modificazione della situazione giuridica preesistente, evitando che esso possa perdurare e produrre effetti anche per il futuro; infine, quello *risarcitorio* ⁽¹⁵⁰⁾, attraverso la riparazione dei danni subiti dal soggetto leso dall'atto illecito rimosso.

⁽¹⁴⁹⁾ Restano quindi ferme le acquisizioni, dottrinarie e giurisprudenziali, consolidate durante il vecchio testo: il rapporto colpito dal licenziamento nullo si considera come mai interrotto, il datore viene condannato a reintegrare il lavoratore nel proprio posto di lavoro e alla corresponsione di un'indennità per il periodo che va dall'intimazione del licenziamento fino all'effettiva reintegrazione.

La tutela accordata al lavoratore è, quindi, il risultato di una combinazione di tecniche: la «tecnica invalidante», la «tecnica inibitorio-restitutoria» e la «tecnica risarcitoria». L'impugnazione del licenziamento consisterà nella richiesta di accertamento dichiarativo della nullità dell'atto di recesso; l'oggetto dell'azione sarà, dunque, l'accertamento della perdurante esistenza del rapporto di lavoro.

⁽¹⁵⁰⁾ Nel diritto del lavoro, è diffusa la prassi di ricorrere, preliminarmente, alla tutela risarcitoria ribaltando quella gerarchia tipicamente civilistica in base alla quale la tutela primaria del soggetto leso è quella ripristinatoria (reintegrazione in forma specifica), mentre quella risarcitoria (il risarcimento per equivalente) ha una funzione meramente residuale (la previsione risarcitoria persiste, anche, a seguito della mancata ottemperanza da parte del datore di lavoro all'ordine di reintegra e conferma la natura prevalente di risarcimento per equivalente della condanna). Risulta difficile considerare l'art. 18 e, nello specifico, l'ordine giudiziale alla reintegrazione come una ipotesi di tutela in forma specifica, poiché, non si tratta soltanto di riottenere il posto di lavoro ma di cercare di ricostruire una collaborazione venuta, ormai, meno ricostruendo in pieno il rapporto, e la relazione e cooperazione, tra le parti (nello specifico con il datore). Se il datore, a seguito della condanna *ex art. 18* reintegrasse, immediatamente, il

L'ordine alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro rappresenta l'elemento più significativo della sentenza, è la 'chiave di volta' di un complesso sistema sanzionatorio, perché soddisfa i primi due obiettivi: in via teorica, è quello attraverso il quale dovrebbe essere realizzato il fine primario della norma in esame, quello della ricostruzione del rapporto di lavoro. La tutela e, quindi, la stabilità del posto di lavoro ruotano attorno all'ordine giudiziale di reintegrazione: se esso sarà effettivo, allora lo sarà, anche, la tutela del posto di lavoro, in quanto, il risarcimento del danno, legato a parametri oggettivi, non può certo essere valutato alla stregua del concetto di "effettività" ma a quello di "adeguatezza" rispetto al danno subito dal lavoratore illegittimamente licenziato. Il problema che ha caratterizzato e che caratterizza, tuttora, l'ordine di reintegrazione e la sua effettività ⁽¹⁵¹⁾ è rappresentato, soprattutto, dalla natura del bene tutelato: il lavoro.

Risiede a monte il problema, di carattere sostanziale, di stabilire se il datore di lavoro ha l'obbligo o il diritto di utilizzare le prestazioni del lavoratore illegittimamente licenziato. In effetti, la tutela ripristinatoria sembrerebbe giustificarsi, solo in presenza di un obbligo per il datore di lavoro di utilizzare le prestazioni lavorative del soggetto licenziato.

La prestazione lavorativa costituisce l'oggetto della principale delle obbligazioni, in capo al lavoratore, che sorge dal rapporto di lavoro ⁽¹⁵²⁾;

lavoratore facendolo lavorare e corrispondendogli le relative retribuzioni potremmo affermare di essere in presenza, senza dubbio, di una tutela in forma specifica; se il datore dovesse, invece, risultare inottemperante all'ordine giudiziale vi sarebbero non poche perplessità a considerare la condanna alla reintegrazione alla stregua di una tutela in forma specifica o, in ogni caso, a ritenerla, comunque, effettiva, in quanto il lavoratore non otterrebbe ciò che ha effettivamente perduto.

⁽¹⁵¹⁾ L'effettività è l'idoneità del diritto ad essere concretamente applicato tramite strumenti giuridici che garantiscano questo obiettivo e la concreta realizzazione del "comando" contenuto nella norma. V. Spaziale, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, WP CDLE "Massimo D'Antona".IT -215/2014, www.lex.unict.it

⁽¹⁵²⁾ Nell'ordinamento italiano il rapporto di lavoro è il rapporto giuridico che ha origine dal contratto di lavoro ed è caratterizzato da molteplici situazioni giuridiche, di cui due obbligazioni principali: l'obbligazione in capo al datore di lavoro della retribuzione e

essa non costituisce, però, nel rapporto sinallagmatico, un obbligo contrattuale in capo al datore ma un suo diritto ed, in ogni caso, un suo interesse. Infatti, il datore potrebbe decidere liberamente di retribuire il lavoratore, pur, rifiutando la prestazione di lavoro. Nello specifico, il lavoratore ha diritto, secondo il rapporto obbligatorio, di essere retribuito, non quello di eseguire in concreto la prestazione lavorativa, che costituisce, piuttosto un diritto del lavoratore strumentale ed, in ogni caso, accessorio rispetto a quello principale. L'esecuzione effettiva della prestazione lavorativa è un diritto/interesse, sia del datore di lavoro sia del lavoratore, che in alcun modo può essere soddisfatto senza la cooperazione dell'altra parte. Un diritto non può essere effettivamente tutelato se il suo soddisfacimento non può prescindere dal necessario comportamento attivo della controparte: questo rappresenta il problema, sinora, irrisolto del diritto alla stabilità del posto di lavoro e dell'ordine di reintegra.

Di centrale interesse, come abbiamo visto, è l'ordine di reintegrazione dal quale derivano una serie di obblighi accessori in capo al datore di lavoro: oltre a quello principale dell'eliminazione del fatto illecito vi sono una serie di obblighi autonomi e strumentali ad esso che non possono, in alcun modo, essere disattesi. Al datore è richiesto di attivarsi per la ricostruzione del rapporto, di cessare e rimuovere gli effetti prodotti dall'atto riconosciuto invalido e di porre in atto, tutti, quei comportamenti volti al ripristino e alla ripresa, effettiva, dell'attività lavorativa e del rapporto illegittimamente sospeso a causa del licenziamento del lavoratore: una serie di obblighi di fare dove, nello specifico, si richiede, appunto, un condotta attiva del titolare per l'adempimento di tali obblighi. Solo il datore potrà ripristinare, con «un

l'obbligazione in capo al lavoratore della prestazione lavorativa. Accanto a queste ci sono anche altre situazioni giuridiche.

comportamento attuativo e collaborativo»⁽¹⁵³⁾, la funzionalità sostanziale (la continuità funzionale ossia il concreto reinserimento del lavoratore in azienda non può che avvenire stante la natura dell'obbligo, in capo al datore, derivante dall'accertamento dell'invalidità del recesso tramite la cooperazione del datore) del rapporto, ormai, venuta meno.

Quando l'oggetto di una obbligazione consiste in un *facere*, ossia in una specifica attività del debitore, si presenta il problema della coercibilità della prestazione: gli obblighi di *facere* sono, infatti, generalmente incoercibili, nel senso che per il loro adempimento è necessaria l'attività del debitore e non sarebbe sufficiente la prestazione effettuata da un terzo.

Tutto è riassumibile nel principio espresso nel brocardo *nemo ad factum cogi potest* (nessuno può essere costretto a compiere un'azione): è una espressione latina, originariamente, usata solo per dire che, nelle obbligazioni corrispettive in cui oggetto dell'obbligazione è un *facere* cioè un fare, nessuno può essere costretto all'adempimento in forma specifica ma solo a forme equivalenti. Tale massima è stata, spesso, utilizzata nel, nostro, diritto del lavoro per giustificare il comportamento di quei datori di lavoro che rifiutano la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato.

Seppur, il nostro ordinamento cerca, da sempre, di dare priorità all'adempimento degli obblighi, non sempre ciò è possibile: la «condanna inevasa»⁽¹⁵⁴⁾, spesso, non riesce a trovare pratica attuazione nell'azione esecutiva. Se, infatti, si guarda al contenuto dell'obbligo del datore di lavoro, si noterà come esso consiste prevalentemente di obblighi di fare

⁽¹⁵³⁾ V. Valentini, *Le conseguenze nell'illegittimità del licenziamento*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, p. 435

⁽¹⁵⁴⁾ V. Valentini, *Le conseguenze nell'illegittimità del licenziamento*, in G. Pellacani (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, p. 437.

infungibile ⁽¹⁵⁵⁾, quindi, non suscettibili di esecuzione in forma specifica attraverso la procedura di cui all'art. 612 c.p.c.

Sin dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori si discusse a lungo sulla sussistenza del diritto del lavoratore di ottenere, appunto, l'esecuzione in forma coattiva dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro. In alcune, ormai, risalenti decisioni di merito si era affermata l'ammissibilità del ricorso alla procedura di cui all'art. 612 c.p.c. (che predispone le tecniche idonee all'esecuzione forzata di obblighi di fare e non fare), procedendo a nominare un sostituto del datore di lavoro (commissario *ad acta*) ⁽¹⁵⁶⁾ che impartisse le istruzioni necessarie per la ripresa della collaborazione e l'effettivo reinserimento del lavoratore nella compagine aziendale ⁽¹⁵⁷⁾. La soluzione, per quanto praticamente possibile, suscitò molte critiche: risulterebbe, nello specifico, lesiva del principio di libertà di iniziativa economica. In gioco c'è la titolarità esclusiva dello *jus varianti* ⁽¹⁵⁸⁾ che rende, appunto, inaccettabile ogni tipo di ingerenza nella libertà imprenditoriale.

Ci si rese conto, ben presto, che le obbligazioni che nascono dal rapporto di lavoro non si esauriscono nella semplice imposizione del contratto tra le parti, tutto è molto più complesso e, soprattutto,

⁽¹⁵⁵⁾ È materialmente infungibile un obbligo che, date le qualità personali e irripetibili del *facere* richiesto, non possa essere compiuto da persona diversa dal debitore/datore.

⁽¹⁵⁶⁾ Risulta infatti indifferente, per il lavoratore, che l'obbligo di reintegra venga eseguito da un ufficiale giudiziario o dall'imprenditore-debitore.

⁽¹⁵⁷⁾ Pret. Roma, 25 agosto 1979; Pret. Padova, 17 marzo 1980.

⁽¹⁵⁸⁾ È la facoltà unilaterale del datore di lavoro consistente nel potere, di quest'ultimo, di modificare le mansioni del lavoratore, la sua disciplina, infatti, è contenuta nell'articolo 2103 c.c., così, come modellato all'articolo 13 st. lav. È una manifestazione del potere direttivo che il datore può esercitare nei confronti del lavoratore subordinato.

Nello specifico l'art. 2103 prevede: "il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito, ovvero, a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta [Cost. 36], e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione del lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità

nell'attuale fase storico-sociale nessuna disposizione legislativa, neanche l'art. 18 st. lav., prevede esplicitamente la possibilità della surroga. Per questo l'opinione prevalente esclude la coercibilità dell'obbligazione.

Il contesto non muta neanche a seguito della riforma del processo civile attuata nel 2009 (con la l. 18 giugno 2009, n. 69). Il problema degli obblighi di fare infungibili ha portato il legislatore ad introdurre nel nostro ordinamento una nuova disposizione, l'art. 614 bis c.p.c., che permette al Giudice di stabilire, una somma di denaro che il soccombente dovrà versare alla parte vincente, per ogni ritardo nell'adempimento (o per ogni violazione) dell'obbligo (di fare infungibile o di non fare.) statuito con sentenza. L'articolo prevede, dunque, misure di coercizione indiretta, c.d. *astreintes*, volte ad influire sul patrimonio della parte obbligata inducendola ad adempiere. Il dilemma potrebbe, così, volgere ad una conclusione se non fosse che l'articolo, nella seconda parte del primo comma, ha poi contestualmente escluso che tale previsione sia applicata «alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409». Tale esclusione ha suscitato notevoli critiche ⁽¹⁵⁹⁾. In particolare, non si comprende il perché di tale esclusione, di un intero settore del diritto.

produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo”.

⁽¹⁵⁹⁾ La misura coercitiva, dunque, non dovrebbe trovare applicazione, per espressa previsione, né nelle controversie di lavoro subordinato, pubblico e privato, né in quelle sui rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409 c.p.c. L'esclusione nei termini generalizzati in cui viene prevista non si giustifica se non con la scelta del legislatore di favorire alcune tipologie di debitori per particolari obblighi di fare infungibile o di non fare, come sono, appunto, i datori di lavoro nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato (pubblico e privato) e di collaborazione coordinata e continuativa.

Ed è per questa ragione che essa appare del tutto «irragionevole» e discriminatoria a seconda della qualifica soggettiva del debitore nei confronti del quale si ottenga il provvedimento di condanna ad un fare infungibile o ad un non fare. Proprio nell'ambito delle controversie in materia di rapporti di lavoro subordinato (pubblico e privato) e di collaborazione coordinata e continuativa la misura coercitiva pecuniaria assume particolare importanza, stanti le numerose ipotesi di condanna del datore di lavoro all'adempimento di obblighi di fare infungibile o di non fare. È facile prevedere, perciò, che per questo profilo il 1° comma dell'art. 614 bis sarà fatta oggetto di eccezione di illegittimità costituzionale proprio per contrasto sia con l'art. 3 Cost., sia con l'art. 24, 1° comma, Cost.

La riforma Fornero avrebbe potuto, in modo efficace, intervenire e porre rimedio a questa incongruenza, soprattutto, se si considera l'ampio intervento sull'apparato sanzionatorio. Ma sul punto tutto tace. E non poteva che essere così, vista la tendenza di fondo volta ad aumentare le ipotesi di sanzione meramente indennitaria a fronte di un licenziamento illegittimo. Il legislatore non ha, infatti, colto l'occasione per porre la parola fine sull'inapplicabilità dell'art. 614 bis c.p.c. alle controversie di lavoro consentendo, ancora, al datore, soccombente in giudizio, di potersi sottrarre alla pronuncia giudiziale senza conseguenze aggiuntive al permanere dell'obbligo retributivo. Probabilmente il legislatore non ha voluto aggravare gli oneri del sistema produttivo con sanzioni penali; tuttavia, l'opinione su questa esclusione rimane senz'altro critica.

Il complicazione resta: se non si interviene sull'incoercibilità della cooperazione creditoria al ripristino concreto del rapporto di lavoro l'ordine di reintegra rischia di diventare un *flatus vocis*. Il problema, però, consiste proprio nell'individuare lo strumento idoneo a raggiungere l'effettiva reintegrazione, stante la natura infungibile dell'obbligazione datoriale. L'unica strada percorribile sembra essere, comunque, quella del ricorso a misure di coercizione indiretta, di carattere penale o prettamente patrimoniale (le cd. *astreintes*).

In particolare, al datore di lavoro viene riconosciuto, dal legislatore, il diritto ad estinguere un rapporto di lavoro. Allora, se licenziare è un diritto del datore, quale manifestazione della libera volontà del soggetto, costituzionalmente garantito, non può, poi, l'ordinamento reagire con una sanzione penale nel momento in cui tale diritto viene liberamente esercitato, salvo che tale comportamento non integri un autonomo reato, che va però sanzionato in quanto tale e non come conseguenza del licenziamento. Quindi, è giusto prevedere sanzioni, laddove, esso sia esercitato arbitrariamente, cioè quando si verifichi una lesione

ingiustificata di un diritto del soggetto destinatario del provvedimento. Nello specifico, bisogna tenere presente che “le fattispecie penali sembrano confezionate per tutelare interessi generali, che poco hanno a che fare con l’interesse del creditore alla prestazione, ovvero interessi particolari la cui tutela trova ragione nell’esigenza di assicurare l’amministrazione della giustizia: in questo senso, quindi, la rilevanza penale dell’omessa reintegra è più che altro il frutto di una valutazione fatta caso per caso, nell’ottica, come si è visto, della ‘coazione’ all’adempimento dell’ordine” (160).

Solitamente, l’incoercibilità dell’ordine di reintegrazione non assume risvolti penalistici in quanto, raramente, si consegue un vero e proprio reato, poiché, dalla sentenza di condanna deriva un inadempimento di obblighi civili, ameno che, non si realizzino condotte gravi (discriminazioni e comportamenti antisindacali) a cui l’ordinamento pone particolare attenzione e tutela e, dove, risulta fondamentale il concretizzarsi dell’ordine di reintegrazione volto a far cessare, proprio, tale intento lesivo: l’inottemperanza, allora, renderà possibile il verificarsi di un effettivo reato, dato che l’effetto lesivo continua ad esistere.

A tale proposito, è necessario soffermarsi sui licenziamenti antisindacali e discriminatori: essi presentano particolari forme di tutela capaci di proteggere interessi fondamentali della collettività. L’articolo 28 dello Statuto (come abbiamo già visto è strettamente connesso all’ambito discriminatorio e, anche, in questo caso vi faremo riferimento) mira a reprimere le condotte antisindacali restaurando, tempestivamente e immediatamente, la normalità sindacale. Suddetto articolo rende effettivi, non solo, i diritti e le libertà sindacali ma anche l’azione di adempimento (azione finalizzata ad ottenere l’adempimento degli obblighi) prevedendo, in modo esplicito, al comma 4, legge n. 300/1970: “il datore

(160) C. Russo, *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Torino, 2011, p.

di lavoro che non ottempera al decreto, di cui al primo comma, o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale. Quest'ultima è una norma da utilizzare prediligendo un approccio restrittivo. Essa si colloca “nella parte del codice dedicata alla polizia di sicurezza, all'ordine pubblico e alla tranquillità pubblica: si può dedurre che gli interessi tutelati, dalla norma e dalle altre inserite nella medesima sezione, assumono rilievo per il legislatore, in quanto, intimamente connessi a interessi pubblici, particolarmente, meritevoli di tutela” (161). Generalmente, si opta, quindi, per l'inapplicabilità dell'art. 650 c.p. e, in generale, delle coercizioni penali, in quanto, la violazione dell'obbligo di reintegra non può essere intesa alla stregua di un comportamento antisindacale né di uno che viola esigenze di ordine pubblico (tale articolo potrebbe essere posto a garanzia di provvedimenti per ragioni di giustizia, ma non di quelli giudiziari, se non espressamente previsto, come nel caso dell'articolo 28 st. lav.). Qualora, però, venga messo in discussione un interesse generale e fondamentale dell'ordinamento, allora, sarà giustificata l'utilizzazione di peculiari forme di tutela, come per esempio l'articolo 650 c.c., e l'ingerenza nella libertà di impresa che diverrà un bene costituzionale cedevole: è ciò che accade, in via eccezionale, in presenza di atti discriminatori o quando, comunque, si sia verificato un grave pregiudizio nei confronti del lavoratore tale da spiegare la dichiarazione di nullità dell'atto; ciò richiederà, inoltre, la necessaria presenza dell'ordine di cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti. In particolare, tra gli atti discriminatori può rientrare, anche, il licenziamento: in tal caso l'ordine di rimozione dei relativi effetti coincideranno con la stessa reintegrazione del lavoratore che assume così

180.

(161) C. Russo, *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Torino, 2011, p. 173.

valore inestimabile e insostituibile, affinché, si realizzi concretamente la tutela dovuta. A tale proposito, non bisogna dimenticare il richiamo operato dall'art. 38 del d.lgs. 198/2006 ⁽¹⁶²⁾: per assicurare l'effettiva esecuzione della pronuncia del Giudice dispone, in caso di sua violazione e contro ogni tipo di trattamento discriminatorio, l'utilizzo dell'art. 650 c.p. e, quindi, di sanzioni penali.

Il Giudice se ritiene che l'azione sia fondata, oltre, «a condannare il convenuto al risarcimento danno anche non patrimoniale», può adottare «ogni altro provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti». In aggiunta, «al fine di impedire la ripetizione della discriminazione, il Giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate» ⁽¹⁶³⁾. In ambito di tutela antidiscriminatoria si operano “manovre” specifiche, proprio, perché si mira a dare piena tutela e fruibilità dei diritti fondamentali del lavoratore illegittimamente negati.

Infatti, il ricorrente, per esempio, in presenza di atti discriminatori per motivi di sesso, usufruisce di una tutela privilegiata dato che: la tutela contro l'atto discriminatorio (il licenziamento) può essere chiesta dal consigliere di parità provinciale o regionale su delega del lavoratore che subisce la discriminazione (art. 4, comma 5, l. n. 125/1991); l'onere probatorio, che come si è visto, graverebbe sul lavoratore viene fortemente mitigato attraverso l'utilizzo di elementi di carattere statistico capaci di fondare, in modo chiaro e preciso, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, affidando al datore l'onore della prova sull'insussistenza della discriminazione; si prevede un procedimento a struttura sommaria, rapido

⁽¹⁶²⁾ Nello specifico, al comma quattro si prevede che: l'inottemperanza al decreto, di cui al primo comma o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione, è punita ai sensi dell'articolo 650 del codice penale.

⁽¹⁶³⁾ Art. 28, c. 5, del d.lgs. 150/2011.

e snello, che si esaurisce nel termine di due giorni e deve svolgersi tramite l'assunzione di sommarie informazioni, seguita dall'emanazione di un decreto motivato provvisoriamente esecutivo, tramite il quale il Giudice, in caso di accoglimento, al fine di rimuovere gli effetti del comportamento discriminatorio, ordina la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato; infine, l'ottemperanza al decreto o alla sentenza è punita con la sanzione prevista dall'articolo 650 c.p.

Anche se di regola, come abbiamo visto, non si ha un ordine di coercibilità indiretto di tipo penale non bisogna dimenticare che resta, altresì, vivo l'effetto pregiudizievole di natura civile ossia l'obbligo di versare l'indennità risarcitoria, che funge da *astreinte* ⁽¹⁶⁴⁾. Infatti, qualora, il datore si rifiuti di reintegrare dovrà, comunque, continuare a corrispondere le retribuzioni dovute, dal momento in cui è avvenuto il licenziamento fino alla reintegrazione effettiva: si riscontra una funzione di coercizione indiretta (*astreinte*), nel dato testuale dell'articolo 18, che prolunga l'obbligo di corrispondere l'indennità risarcitoria oltre la sentenza (oltre la funzione risarcitoria). Il fatto che l'ordine giudiziale contenuto nella pronuncia possa rimanere inosservato è, quindi, generalmente e implicitamente attenuato e risolto da tale previsione che, come visto in precedenza, svolge una funzione sanzionatoria per la mancata spontanea ottemperanza dell'ordine giudiziale: si attua una misura di coercizione indiretta che ha la funzione di incentivare il

⁽¹⁶⁴⁾ Le *astreintes* sono modelli giurisprudenziali, presenti nell'ordinamento francese, di coercizione indiretta che hanno l'obiettivo di spingere un obbligato inadempiente a realizzare l'adempimento. Consistono in una somma da pagare da parte del debitore inadempiente, qualora, questo si rifiuti di ottemperare all'ordine del Giudice e di eseguire la prestazione dovuta. Teniamo presente che l'*astreinte* non è una forma riparatoria ma una forma di coercizione che incentiva a effettuare la prestazione.

In Italia: la recentissima riforma del processo civile, operata con l. 18 giugno 2009, n. 69, introduce per la prima volta nell'ordinamento italiano un meccanismo simile alle *astreintes*: è la cosiddetta coercizione indiretta, prevista all'art. 614 bis c.p.c.; essa demanda al Giudice di fissare una somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni sua violazione, successiva inosservanza o ritardo nell'esecuzione di un obbligo di fare infungibile o di non fare. Comunque, resta implicitamente previsto un simile meccanismo, nell'articolo 18, relativo all'indennità prevista fino alla reintegrazione.

condannato a dare esecuzione al provvedimento del Giudice intervenendo, quindi, sul risultato finale della tutela ossia sull'obbligo strumentale di reintegrazione delle funzionalità del lavoratore e di cooperazione tra le parti che risulta incoercibile.

Concludiamo ribadendo che l'effettività delle tutele e la certezza del diritto sono due concetti fondamentali che assumono un rilievo specifico nel diritto del lavoro in considerazione della peculiarità delle posizioni soggettive interessate. In tal modo le *astreintes* tendono, quindi, a realizzare l'effettività del "giusto processo" che tale non sarebbe se la pronuncia restasse lettera morta, ineseguita e, sotto il medesimo aspetto, costituiscono, inoltre, diretta esplicitazione del diritto fondamentale diritto di difesa che costituisce un principio cardine della nostra Costituzione e del diritto comunitario.

Novità e aspettative: accenni sul Jobs Act.

L'Italia, in generale l'Europa, è afflitta da una grave decadenza economica che, come una densa e fitta nebbia avvolge diversi settori e ambiti (sociale, economico, culturale), lasciando trapelare rari e timidi spiragli di luce e di speranza di ripresa. Questa è la situazione attuale che perdura immutata, ormai, da diversi anni e colpisce diversi paesi: la crisi, sembra, espandersi a macchia d'olio "contagiando" le diverse economie internazionali.

Dai dati di finanza pubblica emerge un evidente tracollo, sintomo di una profonda crisi, che sopraggiunge e affonda le proprie 'fauci' sino al cuore della società. Famiglie e imprese sembrano esser giunte allo stremo: le prime sopravvivono riducendo al minimo i consumi e i

risparmi, mentre le seconde che risentono, inevitabilmente, dei minor consumi si trovano a dover gestire la produzione, ridotta ai minimi termini, con sempre meno liquidità. Pur non mancando le eccellenze italiane nel sistema industriale risulta, sempre, più complicato raggiungere la giusta competitività sul mercato, così, come uscire incolumi dalla recessione che, inesorabilmente, ci trascina alla deriva: la crescita resta ben al di sotto delle nostre potenzialità e dei nostri effettivi bisogni.

La diminuzione della produzione e dei consumi si ripercuote nel mondo del lavoro e su quello imprenditoriale intaccando, immancabilmente, il difficile rapporto tra debito/PIL e danneggiando, quindi, i conti pubblici che tendono a peggiorare. I lavoratori e, in generale, i cittadini si sono trovati progressivamente più poveri, mentre le imprese continuavano ad immettere, sempre, più prodotti sulla scia del benessere e del modello produttivo degli anni '70.

Il sistema finanziario, sembra, essere entrato in uno strano ingranaggio volto a produrre denaro dal denaro, nel più breve tempo possibile, tramutando, diritti e beni comuni, in merce per garantire e inseguire il, maggior e più duraturo, profitto e allontanandosi dall'essere un mezzo rivolto al servizio della società, attento al rispetto dei diritti umani e dell'ambiente e alle conseguenze non solo economiche. Il sistema attuale di crisi incide, indubbiamente, su mercati e capitali a discapito dei diritti fondamentali messi, continuamente, a rischio e in discussione.

La crisi è economica ma anche politica: l'Italia, infatti, è alla quarta riforma in quattro anni e al terzo presidente del Consiglio, in soli tre, mostrandosi non proprio un esempio di stabilità e continuità. I politici richiedono continuamente sacrifici ai cittadini, cercando di ripristinare quell'equilibrio, ormai, perso da tempo.

Il 2014 si è chiuso all'insegna del cambiamento radicale e della voglia di realizzare risultati concreti affrontando la dura sfida di uscire, finalmente, da questa crisi devastante: si sviluppa, così, il *Jobs Act*, la riforma del mercato del lavoro (detto, anche, decreto Poletti dal ministro del lavoro e delle politiche sociali del Governo Renzi). Si tratta del decreto legge 20 marzo 2014, n. 34 ("Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese"), convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 78 (rappresenta un primo stralcio).

La proposta dell'attuale Governo mira a cambiare il sistema-lavoro e a modificare le regole attuali revisionando l'intero impianto. L'intento è quello di tagliare i costi per le imprese e snellire la burocrazia con una serie di provvedimenti che vanno dalla semplificazione amministrativa, alla diminuzione delle tasse per chi produce lavoro. Per far fronte alla disoccupazione, in particolare, si prevede un assegno universale con l'obbligo di seguire un corso di formazione professionale e di non rifiutare più di una nuova proposta di lavoro. Risulta importante, anche, ridurre le diverse forme contrattuali (oltre 40), che hanno prodotto un caos insostenibile, e mettere in atto un processo verso un contratto di inserimento a tempo indeterminato a tutele crescenti. Per quanto riguarda i sindacati, invece, il Governo prospetta una rappresentanza 'alla tedesca', con rsa eletti direttamente dai lavoratori nei Cda delle grandi aziende poiché si sente la necessità e il bisogno di riordino delle relazioni sindacali.

Poche sono le misure, da subito, operative contenute nel decreto legge. Il grosso dell'intervento, di semplificazione e azione, è rinviato a una legge delega, ossia una legge ordinaria approvata dal Parlamento, che delega il Governo a esercitare la funzione legislativa su un determinato oggetto/materia, quale appunto la riforma degli ammortizzatori sociali,

dei servizi per l'impiego e delle politiche attive, nonché in materia di riordino dei rapporti di lavoro e di sostegno alla maternità e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Possiamo notare come pur non essendosi, ancora, concluse le discussioni inerenti alla riforma Fornero si sia palesata, nuovamente e piuttosto velocemente, l'esigenza di approcciarsi ad una attuale e recente riorganizzazione: ci troviamo a fare i conti con la legge delega n. 183, del 10 dicembre 2014 e con le prime bozze dei decreti delegati frutto del consiglio dei ministri tenutosi alla vigilia di natale ⁽¹⁶⁵⁾.

Tale necessità di riforma si sviluppa dall'influenza e dal condizionamento economico-finanziario dell'UE che impone ad ogni Governo una risposta veloce alle esigenze del momento, nonché dalle concrete ed efficaci trasformazioni sociali, politiche ed economiche.

Lo schema di decreto contiene una rinnovata disciplina del licenziamento: si tende a proclamare una revisione dell'intero sistema con l'esaltazione del contratto subordinato a tempo indeterminato ⁽¹⁶⁶⁾, che torna a rivestire un ruolo centrale, scongiurando, allo stesso tempo, l'utilizzo del contratto a progetto. Il legislatore delegato sceglie di utilizzare un'attuazione di tipo minimale ⁽¹⁶⁷⁾, infatti, non si realizza una nuova tipologia di contratto a tempo indeterminato ma si interviene con la modifica delle tutele applicabili in caso di licenziamento.

⁽¹⁶⁵⁾ Con l'approvazione e l'entrata in vigore della legge delega sul Jobs Act (legge 10 dicembre 2014 n. 183) è imminente l'emanazione, da parte dell'esecutivo, dei primi due decreti legislativi rispettivamente attuativi del "Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti" e della "Disciplina della nuova prestazione ASPI".

⁽¹⁶⁶⁾ Segnaliamo, a tale proposito, lo sgravio contributivo previdenziale totale, per tre anni, a favore di tutti quei datori di lavoro che decidono di assumere a tempo indeterminato: ciò è possibile dal primo gennaio 2015, rendendo più agevole l'assunzione a tempo indeterminato.

⁽¹⁶⁷⁾ Proia G. definisce, così, la scelta attuativa della legge delega, sottolineando come l'oggetto dell'articolo 1 dello schema sia la modifica delle tutele in caso di licenziamento.

L'articolo 1 dello schema di decreto ⁽¹⁶⁸⁾ anticipa e precisa il campo d'applicazione dinamico, nonché potenzialmente variabile e ampio: un perimetro mobile nel quale si muoverà il diritto del lavoro in termini di applicazione delle regole di tutela dei lavoratori (si crea un campo d'applicazione legato alla tutela delle persone). Il provvedimento cerca di favorire il contratto subordinato a tempo indeterminato, con l'introduzione di tutele crescenti in caso di licenziamento: il contratto è caratterizzato da forme di protezione rispetto al licenziamento ossia tutele crescenti in base all'anzianità di servizio, come una "dote che matura" ⁽¹⁶⁹⁾.

Tale passaggio segna un ulteriore tappa dell'ammodernamento del nostro diritto del lavoro che si muove, dal solco avviato dalla riforma Fornero, andando a concretizzare ciò che quest'ultima non è stata capace di conseguire, in particolare, si cercava già allora di eliminare la reintegrazione, vista come limite rigido e penalizzante per il datore. A tale proposito, infatti, non si ha la riscrittura dell'articolo 18, così come ritoccato dalla riforma del 2012, ma si dà per scontata la sopravvivenza di esso prevedendo, per i nuovi assunti, nuove norme che si accordano all'articolo senza mutarne o trasformarne l'assetto: due discipline parallele, una per i nuovi assunti e una per i vecchi assunti. Sottolineiamo

⁽¹⁶⁸⁾ L'art. 1 sancisce: "Per i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo è disciplinato dalle disposizioni di cui al presente decreto.

Nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto".

⁽¹⁶⁹⁾ F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto II*, Working Paper ADAPT n. 32/2014. Lo stesso Carinci sostiene che: "Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti è una formulazione già nota, perché pubblicizzata, anche, a livello europeo, nonché una sorta di dote che il lavoratore costruisce e che si perde, qualora, il lavoratore cambi datore di lavoro. Inoltre, la disciplina che verrà introdotta con questo decreto è una disciplina che rispetto al passato prospetta delle tutele decrescenti sia per la riduzione della reintegra che per l'indennità risarcitoria corrisposta in caso di licenziamento ingiustificato".

che, per quanto riguarda, tale disciplina, tra le innumerevoli critiche e polemiche, non risulta, ancora, ben definita la possibilità o meno di applicare quest'ultima al settore del pubblico impiego anche se di fatto non figura nessuna esplicita deroga né indicazione precisa tale da far pensare, ad un'effettiva e categorica, esclusione: per approfondire la questione inerente al settore pubblico sarà necessario attendere l'intervento sulla pubblica amministrazione.

Sempre per l'articolo 18 e, in particolare, per il licenziamento discriminatorio ⁽¹⁷⁰⁾, la disciplina resta pressoché invariata anche se alcuni (tra questi spicca F. Carinci) sostengono che la lettera non risulterà la stessa ma sarà ritoccata prevedendo un ulteriore ampliamento della nozione di discriminazione: ciò assume un certo peso dato che tale settore prevede la reintegrazione piena che resta in vigore per, ormai, pochissime ipotesi. Si mira, inoltre, a ridurre l'utilizzo della reintegrazione che scompare per il licenziamento economico e si va fissando come regola

⁽¹⁷⁰⁾ Riportiamo per comodità l'articolo 2 dello schema del decreto: “il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ovvero riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al terzo comma del presente articolo. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.

Con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al comma 2, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione”.

generale l'impiego dell'indennità economica. Molti si augurano ⁽¹⁷¹⁾, inoltre, che venga introdotto e chiarito, finalmente, il modello di protezione sociale di tipo universale tanto desiderato, nonché effettivamente necessario, capace di andare oltre la qualificazione del rapporto di lavoro, realizzando una tutela reale per tutti coloro che lavorano e riuscendo a scommettere di nuovo sull'articolo 3 della Costituzione che sotto molti aspetti, sembra, scomparso.

In questa sede si esclude una approfondita esegesi e si opta per un 'semplice' richiamo, senz'altro necessario, dato che si tratta dell'ennesimo tentativo di riforma (uno dei tanti interventi effettuati nella diciassettesima legislazione) volto a risolvere e superare la crisi e a gestire il mercato selvaggio e l'economia instabile, senza mai, ci auguriamo, perdere di vista l'importante obiettivo di tutelare il mondo del lavoro.

Per un profondo approccio argomentativo e un'attenta analisi bisognerà attendere qualche tempo, così che si realizzi la concreta attuazione, indispensabile per riflettere e comprendere, nonché per valutare realmente gli effetti ⁽¹⁷²⁾ e la portata innovativa della riforma: solo allora potranno trovare risposta le tante domande che per adesso restano insolute, traendo le prime conclusioni e scoprendo i primi veri risultati.

Comunque, già nell'immediato, possiamo avanzare alcune considerazioni. Anzitutto, possiamo affermare che il modello

⁽¹⁷¹⁾ Così come più volte ribadito dal prof. P. Albi e dalla prof.ssa L. Calafà durante il convegno tenutosi a Pisa, presso l'università S. Anna, in data 17.01.2015: punto decisivo, capace di segnare una effettiva svolta, qualora venisse realmente realizzato.

⁽¹⁷²⁾ Il prof. P. Carrozza sostiene sia particolarmente importante parlare di "numeri", questo significa tecnocrazia, ossia imparare ad utilizzare i numeri e verificare e misurare gli effetti che producono, riforme e leggi, andando a controllare concretamente i risultati. Non può essere ridotto tutto al solo risultato ma senza dubbio, esso, riveste un punto decisivo nella valutazione di una riforma.

organizzativo delineato, sia dai decreti che dal *Jobs Act*, in generale, non è ancora del tutto definito, nei suoi molteplici profili, pur essendo diretto a dare soluzione e risposte a richieste e esigenze reali. Si cerca di porre fine, infatti, all'obsolescenza e ridondanza dell'intera normativa del diritto del lavoro, risolvere e semplificare la complessità del mercato del lavoro, nonché della tematica che ci troviamo a trattare ed, infine, di intervenire a favore dell'occupazione proponendo non solo nuovi lavori ma anche nuove modalità di svolgere lavori tradizionali.

Inoltre, risulta necessario andare a definire meglio la cd. filosofia di intervento, poiché, l'Italia, sembra, far riferimento sia ad una visione anglosassone, con interventi prettamente economici diretti a diminuire il costo del lavoro o ad incentivare nuovi posti di lavoro, che ad una visione più tosto continentale applicata, per esempio, in Spagna che tende, invece, ad una riforma delle regole abbastanza drastica. Il nostro Paese attualmente utilizza entrambe le tecniche oscillando tra regole e costo: risulta necessario mantenere quella filosofia degli interventi degli anni settanta, volta a dare massimi risultati di tutela e non solo, così come è accaduto con lo Statuto dei lavoratori, ma adeguare allo stesso tempo le tecniche alle situazioni che si sono evolute dato che nel mondo molto è cambiato.

In conclusione, non resta che attendere e sperare che lo sforzo sia del *Jobs Act*, e dei decreti attuativi, che della legge di stabilità (l. n. 190/2014) vadano a buon fine e che si realizzi la tanto sperata trasformazione.

Conclusioni

Il diritto del lavoro è una scienza, complessa e articolata, soggetta a continue evoluzioni e trasformazioni che si caratterizza, decisamente, per la vastità e eterogeneità delle fonti di cui è costituita. È evidente che essa, più di ogni altra disciplina giuridica, avverte e rispecchia le trasformazioni sociali, economiche e politiche dei diversi periodi storici. Essenziale è un continuo sforzo da parte del legislatore, e non solo: ogni legge o specifica riforma altro non è che un tassello fondamentale di un grande mosaico in costruzione, in quanto, contribuisce all'evoluzione dell'intera disciplina, in un processo di metamorfosi e di adeguamento, influenzando sul lavoro e di conseguenza sullo sviluppo e sull'occupazione.

Ritocchi, aggiornamenti e bilanciamenti sono una presenza costante a cui non dobbiamo né possiamo rinunciare: una necessità imprescindibile, poiché, ogni valore e principio, acquisito e conquistato, va invero continuamente ricercando le formule più appropriate rispetto le novità e cambiamenti del tempo. A tale proposito, pur progredendo e conformandosi alle richieste dell'attuale sviluppo, non bisogna mai perdere di vista ciò che è effettivamente importante e che ci distingue come paese civile e democratico. È soprattutto oggi, a fronte della devastante crisi, che mette a repentaglio ogni diritto e valore relativo alla persona, necessario riproporre e ribadire, in modo fermo e deciso, quella parte della Costituzione che spesso viene dimenticata e sottovalutata. Gli attuali sforzi e tentativi sono rivolti a dare seguito al diritto europeo, coniugando flessibilità e sicurezza, piuttosto che a quello nazionale, in un riesame di quest'ultimo alla luce dei principi costituzionali. Un risultato tangibile di ciò è, indubbiamente, la riforma del 2012, che pur intuendo l'esigenza di una profonda rivisitazione del modello tradizionale, sembra,

non esser riuscita a mettere in pratica tale proclamata svolta, né tutti gli obiettivi prefissati: stessa intuizione appare, anche, nel recentissimo intervento apportato con il *Jobs Act* di cui presto vedremo gli sviluppi.

I principi fondamentali hanno l'esigenza, non solo di essere declamati ma, soprattutto, quella di essere applicati, rispettati e resi reali (un'idea non condivisa da tutti). Lo stesso articolo 1 della Costituzione, nella parte in cui indica il lavoro come fondamento della Repubblica, risulta spesso inattuato, così come l'articolo 3. Anche l'interesse verso l'articolo 4 della Costituzione che sancisce il diritto al lavoro sembra debole e, comunque, senz'altro inferiore rispetto agli anni settanta: diversi furono gli interventi diretti a conseguire massimi risultati di tutela e regolamentazione, attuando profondi processi di riassetto, organizzativo e finanziario, alla ricerca di un nuovo equilibrio, tra le esigenze della produzione e quelle di tutela sociale.

In tale ambito ha, sempre, ottenuto particolare attenzione l'articolo 18 st. lav., una norma che “ha il merito (e il torto) di aver tradotto nel linguaggio del diritto un'idea che da sempre è nel patrimonio di pensiero dei movimenti operai dei paesi industriali. L'idea che esiste, e che deve essere difeso, un diritto del lavoratore «alla conservazione del suo concreto posto di lavoro»” (173) Esso ha lo scopo di proteggere il lavoratore da un comportamento illegittimo del datore e lo fa ‘diffondendo’ carattere reale ai limiti posti al recesso datoriale, il *maximum* sul piano rimediabile: si stabilisce il principio per cui in caso di licenziamento illegittimo il lavoratore deve essere reintegrato nel posto di lavoro. La forza di tale rimedio prefigurato dal legislatore si riflette sulla complessiva tenuta dei diritti del lavoratore, in quanto in quel caso l'effettività dei diritti del lavoratore raggiunge la più alta intensità, che risulta, al contrario, molto più ridotta nella tutela obbligatoria.

(173) M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979.

L'articolo 18 st. lav. nella sua versione originaria nasce come fulcro di un diritto fondamentale e assume, poi, una rilevanza piuttosto ideologica. Quello che è certo, così, come affermato dalla Corte costituzionale con la decisione che ammette il referendum sull'articolo 18 st. lav., è che la tutela reintegratoria non rappresenta l'unico possibile paradigma (peccato, che non ci aiuta ad identificare, a tale proposito, diverse soluzioni) attuativo dei principi fissati dagli artt. 4 e 35 della Costituzione ⁽¹⁷⁴⁾: è evidente, inoltre, la capacità di incidere e stravolgere l'intero modello originario del diritto del lavoro. Il superamento o, dunque, l'eliminazione della stabilità del rapporto di lavoro renderebbe necessario un complessivo ripensamento del sistema delle tutele giuslavoristiche, volto a mantenere l'effettività dei diritti in gioco e scongiurare un ritorno alla libera recedibilità. Il valore della stabilità ha il suo peso e, pur non facendo venir meno l'effettività dei diritti del lavoratore nel rapporto di lavoro, né la naturale pulsione di questi verso l'adempimento degli obblighi contrattuali, avrebbe la capacità di innescare una profonda frattura sistematica nel diritto del lavoro ⁽¹⁷⁵⁾.

L'articolo 18 tutela la posizione del lavoratore lasciando, comunque, invariato il potere di licenziare del datore. Dunque, riconosciuto il diritto del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro esso come ogni altro diritto dovrà essere bilanciato con le altre libertà costituzionali, in particolare, con quei valori riconosciuti al datore presenti all'art. 41.

È opportuno tenere ben presente, che nessun valore costituzionale può essere sottratto ad una indispensabile valutazione comparativa con gli altri principi e, soprattutto, che non è ammesso alcun sacrificio, assoluto e

⁽¹⁷⁴⁾ Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, in FI, 2000, I, c. 1401.

Essa manifesta di voler effettivamente attuare quanto previsto dagli artt. 4 e 35 della Cost. e riuscirà a far introdurre importanti temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro

⁽¹⁷⁵⁾ P. Albi, *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Milano, 2013, p. 169.

definitivo, di un valore rispetto ad un altro: si può ricorrere alla sola attenuazione di garanzia attraverso l'utile strumento dell'interpretazione.

In conclusione bisogna ribadire che risulta, ormai, chiaro e necessario un complessivo ripensamento del modello giuslavoristico: tale operazione ha il dovere, non solo, di dilatare la libertà di impresa secondo le richieste di datori, imprenditori, nonché del mercato, ma anche di proteggere e tutelare il lavoratore riuscendo, così, a distribuire il fondamentale principio di uguaglianza in modo da non risultare una riforma destabilizzante e sovversiva ma, semplicemente, un intervento, profondo e attento a tutti i bisogni, diritti e valori in gioco, capace di realizzare e mantenere un perfetto equilibrio.

Bibliografia:

Albi P., *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediale ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutela nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, p. 381 e ss.

Albi P., *Garanzie dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Milano, 2013.

Amato F., Sanlorenzo R., *La legge 92 del 2012 (riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in [http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentario_riforma_Fornero_\(legge_92_2012\).pdf](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentario_riforma_Fornero_(legge_92_2012).pdf).

Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A., *Diritto del lavoro*, vol. II, IV ed., Milano, 2010, p. 1405 e ss.

Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A., *Diritto del lavoro: La costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, vol. I, III ed., Milano, 2009, p. 3.

Amoroso G., Di Cerbo V., Maresca A., *Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Milano, 2009.

Ballestrero M.V., *I licenziamenti*, Milano, 1975, p. 329.

Ballestrero M.V., De Simone G., *Diritto del lavoro*, Torino, 2012.

Ballestrero M.V., *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Torino, 2009.

Biasi M., *Il nuovo art. 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-181/2013.

Boscato A., *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 170/2013.

Calafà L., *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. Amato, R. Sanlorenzo (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in www.magistraturademocratica.it

Carinci F., *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, relazione tenuta al Convegno La riforma del mercato del lavoro*, Roma, 13 Aprile 2012.

Carinci F., *Il diritto del lavoro che verrà*, Working Paper ADAPT, n. 158/2014, in www.bollettinoadapt.it

Carinci F. (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi Atto II*, Working Paper ADAPT, n. 32/2014, in www.bollettinoadapt.it

Carinci F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP CSDLE "Massimo D'Antona" .IT-172/2013, testo disponibile sul sito www.lex.unict.it

Carinci M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi, Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass*, Pisa 7-9 Giugno 2012.

Cester C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL, Padova, 2012*.

Cester C., *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero, Diritto e pratica del lavoro*, Milano, 2012, p. 30 e ss.

Chieco P., *Il licenziamento nullo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutela nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, p. 277 e ss.

Curzio P., *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutela nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, p. 407 e ss.

D'Antona M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979.

De Luca M., *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, WP CSDLE "Massimo D'Antona" .IT-164/2012, testo disponibile sul sito www.lex.unict.it

De Luca M., *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettera conforme alla Costituzione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona" .IT-175/2013, testo disponibile sul sito www.lex.unict.it

Falasca G., *Manuale di diritto del lavoro*, IV ed., Milano, 2012.

Falasca G., *I vizi del licenziamento*, in Pellacani G. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, p. 325 e ss.

Giannini M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 177.

Gottardi D., *Maternità e paternità*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero, Diritto e pratica del lavoro*, Milano, 2012, p. 124 e ss.

Lai M., *Elementi di diritto del lavoro e diritto sindacale*, Roma, 2009.

Lex A. e Keaton, *Articolodiciotto*, in informazione pura, in <http://lundici.it>

Liso F., *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro, ADL, 2012, testo disponibile sul sito www.lex.unict.it

Mancini F., *Principi fondamentali. Art. 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 199.

Magnani M., Tiraboschi M., *La nuova riforma del lavoro, Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Milano, 2012.

Marazzi M., *L'art. 18, nuovo testo dello statuto dei lavoratori*, ADL, 2012, testo disponibile sul sito www.lex.unict.it

Maresca A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in RIDL, n. 2/2012.

Mazziotti F., *I licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Torino 16/17 maggio 1987.

Mazzotta O., *Diritto del lavoro*, IV ed., in G. Iudica, P. Zatti (a cura di) Trattato di diritto privato, Milano, 2011.

Mazzotta O., *Diritto del lavoro*, V ed., in G. Iudica, P. Zatti (a cura di) Trattato di diritto privato, Milano, 2013.

Mazzotta O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP CSDLE "Massimo D'Ancona".IT-159/2012, in www.lex.unict.it

Mazzotta O., *Il recesso. La giustificazione del licenziamento. La tutela reale*, vol. II, Milano, 2005.

Mortati C., *Articolo 1*, in *Commentario della Costituzione della Repubblica*, G. Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1975, p. 10.

Mortati C., *Iniziativa privata ed imponible di manodopera*, in GC, 1958, 1191, 9.

Miscione M., *La nuova tutela obbligatoria contro i licenziamenti*, in F. Carinci, *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91*, vol. I, Napoli, 1991.

Nogler L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra <<principi>> costituzionali*, in AIDLASS (a cura di); *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Venezia 25-26 Maggio 2007*, Milano, 2008.

Pasqualetto E., *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Diritto e pratica del lavoro, Milano, 2012, p. 39 e ss.

Pupo V., *Il principio lavorista*, 2013, in www.forumcostituzionale.it

Russo C., *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Torino, 2011, p. 180.

Scognamiglio R., *Il codice civile e il diritto del lavoro*, contenuto in, *Le ragioni del diritto*, Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995, p. 1262.

Sordi P., *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in Sordi P., C. Papetti, A. Palladino, G. Mimmo, I. Fedele, e L. Di Paola (a cura di), *La riforma del lavoro: primi orientamenti dopo la legge Fornero*, Milano, 2013, p. 252 e ss.

Speziale V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ad economia*, in RIDL, 2012.

Speziale V., *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT-215/2014.

Speziale V., *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, WP CSDLE “Massimo D’Ancona”.IT-23/2004.

Tarquini E., *I licenziamenti discriminatori*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta, *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013, p. 256.

Torrente A., *Manuale di diritto privato*, VII ed., Milano, 1968, p. 240.

Tullini P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno* (giornate di studio AIDLASS).

Valentini V., *Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento*, in Pellacani G. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, p. 435.

Zambelli A., *Licenziamenti individuali e collettivi*, vol. I, *La riforma del lavoro*, Milano, 2012.

Zoppoli A., *La Costituzione Repubblicana: l'ordinamento e il progetto dell'unità d'Italia. Costituzione, cittadinanza, organizzazione sindacale*; in incontri introduttivi allo studio per gli studenti neo-iscritti alla facoltà, anno accademico 2011/2012.

Zucaro R., *Licenziamento discriminatorio. Riflessioni alla luce della Riforma Fornero*, Working Paper ADAPT, n. 2/2013, in www.bollettinoadapt.it

Sitografia:

www.bollettinoadapt.it

www.cortecostituzionale.it

www.dplmodena.it

www.EUR-lex.it

www.forumcostituzionale.it

www.governo.it

www.giuffrè.it

www.governo.it

www.giuffrè.it

www.istat.it

www.ilsole24ore.com

www.leggioggi.it

www.lex.unict.it

www.magistraturademocratica.it

www.massimod'antona.it

<http://www.rassegna.it>

www.wikilabour.it