

TITOLO

IL CONTRATTO A TEMPO INDETERMINATO A TUTELE CRESCENTI

Indice

INTRODUZIONE.....	pag. 4
CAPITOLO I: Il licenziamento: dalla libera recedibilità allo Statuto dei lavoratori	
1.1 La libera recedibilità dal contratto di lavoro a tempo indeterminato.....	pag. 6
1.2 La legge n. 604/1966 (tramonto del principio della libertà incondizionata di licenziamento).....	pag. 10
1.3 La legge n. 300/1970 (il regime ordinario della tutela reale).....	pag. 12
1.4 La legge n. 108/1990 (estensione della tutela reale).....	pag. 17
1.5 Tipologie di vizio del licenziamento individuale e loro conseguenze.....	pag. 20
1.5.1 La nullità del licenziamento (licenziamento discriminatorio e per causa di matrimonio).....	pag. 20
1.5.2 L'inefficacia del licenziamento (licenziamento privo di forma scritta ed omessa comunicazione dei motivi).....	pag. 28
1.5.3 L'illegittimità del licenziamento (giusta causa e giustificato motivo, soggettivo ed oggettivo).....	pag. 34
1.6 L'apparato sanzionatorio del licenziamento e il regime della prescrizione dei crediti di lavoro.....	pag. 44

CAPITOLO II: La legge Fornero

- 2.1 La legge n. 92/2012: quadro generale del nuovo sistema di tutele.....pag. 47
- 2.2 A proposito delle diverse fattispecie di licenziamento illecito.....pag. 49
- 2.3 Sui nuovi requisiti formali e procedurali introdotti dalla L. n. 92/2012.....pag. 52
- 2.4 La tutela reale “forte”.....pag. 53
- 2.5 La tutela reale “attenuata”.....pag. 62
- 2.6 La tutela obbligatoria “forte”.....pag. 75
- 2.7 La tutela obbligatoria “debole”.....pag. 78
- 2.8 La prescrizione dei crediti di lavoro dopo la L. n. 92/2012.....pag. 84
- 2.9 La decadenza dall’impugnazione del licenziamento.....pag. 87

CAPITOLO III: Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti: il D.lgs. n. 23/2015

- 3.1 La legge n. 183/2014: finalità.....pag. 91
- 3.2 Il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 : profili generali.....pag. 95
- 3.3 L’ambito di applicazione del D.lgs. n. 23/2015.....pag. 98
- 3.4 Il licenziamento discriminatorio, nullo ed intimato in forma orale a seguito del D.lgs. n. 23/2015.....pag. 105

3.5 I licenziamenti per giusta causa e giustificato motivo nel D.lgs. n. 23/2015.....	pag. 112
3.6 I vizi formali e procedurali nel D.lgs. n. 23/2015.....	pag. 121
3.7 La nuova offerta di conciliazione prevista dal D.lgs. n. 23/2015.....	pag. 127
3.8 La prescrizione dei crediti di lavoro a seguito del D.lgs. n. 23/2015.....	pag. 133
3.9 Profili di illegittimità costituzionale del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.....	pag. 136
BIBLIOGRAFIA.....	pag. 141

INTRODUZIONE

La disciplina dell'estinzione del rapporto di lavoro, in particolare quella attinente il licenziamento del lavoratore, ha fatto registrare una dinamica evolutiva, che l'ha portata a distaccarsi, in modo progressivo, dal regime disposto dal codice civile, incentrato, per entrambe le parti del rapporto di lavoro, sul principio, di stampo liberale, della libertà di recesso dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Un principio basato sulla necessaria temporaneità delle prestazioni di durata, comportanti un'interazione personale tra le due parti. A seguito di un monito della Corte Costituzionale¹, il legislatore introdusse la tutela c.d. "obbligatoria" (L. n. 604/1966) e, quattro anni più tardi, la tutela c.d. "reale" (art. 18 e 35, L. n. 300/1970) contro i licenziamenti individuali, pur mantenendo, tuttavia, un'area residuale di recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.). L'introduzione del principio di "giustificazione" del licenziamento individuale, si ritenne, che avesse attuato quelle "doverose garanzie" e quegli "opportuni temperamenti"

¹ La Corte Costituzionale fu chiamata a giudicare sulla compatibilità della recedibilità *ad nutum* con la garanzia costituzionale del diritto al lavoro (art. 4 Cost.). La pronuncia della Corte (n. 45/1965) fu di rigetto, in quanto "l'articolo 4 Cost. , come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di una occupazione, così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico necessario presupposto". Questa motivazione, comunque portava un monito al legislatore, in quanto "la garanzia costituzionale (art. 4) del "diritto al lavoro"esige che il legislatore, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie- particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia *erga omnes*, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tenere conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente- e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti".

fatti propri dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 45 del 1965². Con la L. n. 108/1990 si portò a compimento una generalizzazione della giustificazione del licenziamento individuale. L'intensificazione della tutela contro i licenziamenti subisce un "brusco cammino a ritroso"³ con la riforma della tutela reale ad opera della L. n. 92/2012; da un lato, la tutela reale non solo è rimasta immutata per i licenziamenti discriminatori, ma risulta anche estesa ad altri licenziamenti nulli; dall'altro lato, invece, per gli altri "licenziamenti illegittimi", questa forma di tutela è stata ridimensionata. Questo ridimensionamento risulta, da ultimo, confermato ed intensificato dalla disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, di cui al D.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. Questo decreto, attuativo della legge-delega n. 183/2014, pur essendo intitolato "Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti", non regolamenta, come può far pensare, una nuova e distinta tipologia contrattuale dotata di particolari e "crescenti tutele", ma si limita, con riguardo a quei lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, a modificare in senso peggiorativo la precedente disciplina del licenziamento relativo al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato di cui all'art. 2094 c.c.⁴.

² In proposito si v. F. Mancini, *Commento dell'art. 4 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 232

³ M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2013, 1ss

⁴ Si è parlato, in proposito, di una disciplina che "compie un nuovo giro di boa". Si v. S. Sambati, *La qualificazione del "fatto" nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del "dialogo" aperto dal legislatore delegato*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, (a cura di) L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015, p. 169 ss

CAPITOLO I

IL LICENZIAMENTO: DALLA LIBERA RECEDIBILITA' ALLO STATUTO DEI LAVORATORI

1.1. La libera recedibilità dal contratto di lavoro a tempo indeterminato

Il principio della libertà assoluta di recesso e specificatamente di licenziamento rappresentava un classico strumento dello stato liberale. All'epoca, infatti, l'articolo 1628 del codice civile del 1865 stabiliva che nessuno potesse mettersi "all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa". Tale principio garantiva una libertà solo illusoria ed una parità tra i contraenti solo formale. Si trattava di una regola che avvantaggiava in modo sproporzionato il datore di lavoro; oltre al vantaggio immediato, per il datore di lavoro, di poter licenziare senza alcuna giustificazione il lavoratore, c'era anche un vantaggio mediato, quello di avere a propria disposizione un lavoratore particolarmente sottomesso (c.d. servaggio), per il timore pressante di perdere il proprio posto di lavoro. Successivamente con l'R.d. n. 1825/1924⁵, rovesciando la regola fissata dall'articolo 1628 del codice civile del 1865, fu disposta la normale durata indeterminata del contratto di impiego. Il codice civile del 1942 ripresentò, senza

⁵ L'articolo 9 del R.d. n. 1825/1924 sanciva che « il contratto di impiego a tempo indeterminato non può essere risolto da nessuna delle due parti senza previa disdetta e senza indennità ».

particolari variazioni, la precedente disciplina del recesso unilaterale con preavviso (detto *ad nutum*); il principio, regolato nel codice civile del '42 all' articolo 2118⁶, della libertà di recesso per entrambe le parti del contratto, era connesso al bisogno particolare di quel periodo storico, di richiamare, attraverso la regola della temporaneità dei vincoli obbligatori nei rapporti a durata non predeterminata, il divieto del c.d. servaggio, vale a dire il ripristino dei rapporti irresolubili tali da vincolare “ a vita il lavoratore”⁷. L'assetto normativo proposto dal codice civile del 1942 non cambiò con l' entrata in vigore della Costituzione, avendo quest' ultima mostrato il contrasto tra il codice del 1865 ed i nuovi valori introdotti dalla Costituzione stessa, in particolare agli articoli 4 e 41, diretti a riconoscere uguaglianza tra i cittadini ed eliminando gli ostacoli di ordine economico-sociale. Furono compiuti sforzi, da parte della dottrina gius-lavoristica post-costituzionale, diretti a superare il principio della libera recedibilità *ad nutum* dal rapporto di lavoro. Tali tentativi, tuttavia, non ebbero rilevante fortuna; l' analisi in chiave costituzionale dell' articolo 2118 c.c. venne criticata per il significato programmatico della disposizione costituzionale di cui all' articolo 4 che riconosce il diritto al lavoro, inteso come impegno della Repubblica a garantire tendenzialmente la piena occupazione e di conseguenza la creazione di nuovi posti di lavoro ad esempio attraverso misure di politica industriale. Un passo verso il superamento del principio della recedibilità *ad nutum* fu compiuto dalla contrattazione sindacale che , con una serie di Accordi

⁶ L' articolo 2118 c.c. stabilisce che <<ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando preavviso... >>.

⁷ G. Napoletano, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli, 1990, p. 12

interconfederali⁸, dette risalto alla disparità delle parti propria dello strumento del recesso unilaterale. Attraverso tali accordi la contrattazione collettiva regolò il principio della necessaria giustificazione del licenziamento. E' solo verso la metà degli anni '60 che cominciò a manifestarsi un clima in cui veniva percepito come intollerabile il sistema basato su di un' assoluta libertà di licenziamento tant'è che la questione venne posta alla Corte Costituzionale, sollevando il contrasto tra l' articolo 2118 c.c. ed i principi contenuti nella Costituzione. In proposito la stessa Corte Costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale, con la nota sentenza n. 45 del 26 maggio 1965, ha ritenuto che la disposizione di cui all' articolo 2118 c.c. non si poneva in contrasto con l' articolo 4 della Cost. rilevando che tale norma “ come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un' occupazione... così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro”. La Corte aveva infatti affermato che “ se è esatto che il diritto al lavoro non può essere configurato come un diritto soggettivo all' occupazione nei confronti dello Stato o degli imprenditori, ciò non esclude che per i rapporti di lavoro già costituiti si imponga un' adeguata protezione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro”. Una volta affermato questo principio, la Corte Costituzionale rivolse

⁸ Un primo Accordo interconfederale, riguardante il settore industriale, fu quello del 7 agosto 1947 sui licenziamenti individuali, il quale ingiungeva di non procedere a licenziamenti ingiustificati ed assegnava ad un collegio arbitrale il potere, in caso contrario, di disporre la continuazione del rapporto. Fece seguito un altro Accordo, quello del 1950, riguardante i licenziamenti collettivi ed esteso *erga omnes* con d.P.R. n. 1011/1960, il quale sostituì all' ordine, l' invito a ripristinare il rapporto, o, in alternativa, a corrispondere al lavoratore una penale risarcitoria rapportata ad un certo numero di mensilità di retribuzione ed alle dimensioni dell' impresa. L' ultimo Accordo interconfederale fu quello del 29 aprile 1965, il quale introdusse la previsione che il datore di lavoro poteva licenziare solo in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo.

un invito al legislatore ordinario di “adeguare, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro” attraverso l’ introduzione di un adeguato sistema di garanzie “particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa... e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell’ interpretazione ed applicazione del diritto vigente”, così come “l’ approntamento di opportuni temperamenti in casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti”.

1.2 La legge n. 604/1966 (tramonto del principio della libertà incondizionata di licenziamento)

Il passaggio, tracciato dall' Accordo interconfederale del 1965, dall' arbitrarietà del licenziamento alla necessaria giustificazione di esso, così come la sollecitazione proveniente dalla Corte Costituzionale attraverso la sentenza n. 45/1965, portarono all' approvazione della L. n. 604 del 15 luglio 1966, intitolata “*Norme sui licenziamenti individuali*”., attraverso la quale “è stato varcato il Rubicone dell' inviolabilità del potere di recesso datoriale⁹ “. Attraverso questa legge veniva disposto che, per essere legittimo, il licenziamento dovesse essere sorretto da una giusta causa (*ex art. 2119 c.c.*) o da un giustificato motivo¹⁰, oltre al rispetto di alcune regole formali¹¹. La L. n. 15 luglio 1966, n. 604, sulle orme dell' Accordo interconfederale del 1965, introduceva nel nostro ordinamento, per la prima volta in modo espresso, il principio della necessaria motivazione dell' atto di recesso da parte del datore di lavoro (per giusta causa o giustificato motivo), gravando sul datore di lavoro l' onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo¹². La disciplina vincolistica dei licenziamenti di cui alla L. n. 604/1966 presentava, tuttavia, un limite numerico: si estendeva a tutti i datori di lavoro (privati o enti pubblici) che avessero alle proprie dipendenze più di 35

⁹ R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2011, p. 559

¹⁰ Art. 1, L. n. 604/1966

¹¹ Ai sensi dell' articolo 2 della legge n. 604/1966 : “L' imprenditore deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro. Il prestatore può chiedere, entro otto giorni dalla comunicazione, i motivi che hanno determinato il recesso: in tal caso l' imprenditore deve, nei cinque giorni della richiesta, comunicarli per iscritto... ”

¹² Ai sensi dell' articolo 5 della legge n. 604/1966: “ L' onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro”.

lavoratori¹³. Con questo limite numerico il legislatore aveva voluto dare continuità proprio a quegli Accordi del 1950 che, per effetto della L. n. 741/1959 (c.d. legge Vigorelli), furono recepiti in decreti legislativi¹⁴ e divennero applicabili *erga omnes* sia pur con riferimento al solo settore industriale ed alle aziende con più di 35 dipendenti. Secondo la parte della dottrina più favorevole alla norma in questione¹⁵ (art. 11, L. n. 604/1966) il motivo dell'esclusione delle aziende che occupassero fino a 35 dipendenti risiedeva nel fatto che nelle piccole aziende fosse presente un rapporto reale e concreto di stima e fiducia tra datore di lavoro e lavoratori, cosa che, per circostanze di fatto, non poteva venire a realizzarsi nelle grandi imprese. Per quanto concerne il regime sanzionatorio prospettato dalla L. n. 604/1966, l'articolo 8¹⁶ ha introdotto il regime della “ stabilità obbligatoria”, dove viene data facoltà al datore di lavoro, nel caso in cui risulti accertato il difetto di giustificazione, di procedere al ripristino del rapporto (entro il termine di 3 giorni) o, in mancanza, a corrispondere una penale risarcitoria (da un minimo di 5 ad un massimo di 12 mensilità) dell'ultima retribuzione.

¹³ Ai sensi dell' articolo 11 della L. n. 604/1966: “ Le disposizioni della presente legge non si applicano ai datori di lavoro che occupano fino a 35 dipendenti... ”.

¹⁴ L' Accordo interconfederale del 18 ottobre del 1950 sui licenziamenti individuali fu esteso *erga omnes* con d.P.R. n. 1011/1960; quello del 20 dicembre del 1950 sui licenziamenti collettivi fu esteso con efficacia *erga omnes* con d.P.R. n. 1019/1960.

¹⁵ M. Biagi, *La dimensione dell' impresa nel diritto del lavoro*, Milano, 1978 p. 52

¹⁶ Ai sensi dell' articolo 8 della L. n. 604/1966: “ Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore entro il termine di 3 giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versando una indennità da un minimo di 5 ad un massimo di 12 mensilità dell' ultima retribuzione, avuto riguardo alla dimensione dell' impresa, alla anzianità di servizio del prestatore ed al comportamento delle parti...”.

1.3 La legge n. 300/1970 (il regime ordinario della tutela reale)

Mentre con la L. n. 604/1966 è stata data vita ad una prima disciplina organica dei licenziamenti individuali, è solo con l' introduzione dello Statuto dei lavoratori (L. n. 20 maggio 1970, n. 300) , ed in particolare con il suo articolo 18¹⁷, che viene a compiersi quel progetto mirato al superamento definitivo del principio della libera recedibilità datoriale. Quest'ultima legge ha rappresentato una svolta radicale, dal momento che non solo ha espressamente disposto l'invalidità del licenziamento ingiustificato (che la L. n. 604/1966 non faceva) ma ha introdotto, anche grazie all' articolo 18, la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, cioè quella forma di tutela specifica del diritto del lavoratore a riprendere servizio nel posto di lavoro dal quale fosse stato estromesso ingiustamente. In seguito all' entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori il Mancini¹⁸ sottolinea come “la stabilità obbligatoria è solo una forma, un modo d' essere della libera recedibilità, mentre, dopo lo Statuto, ci troviamo dinanzi a una soluzione legislativa caratterizzata dalla stabilità reale del posto, o,

¹⁷ Ai sensi dell' articolo 18 L. n. 300/1970: “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 la inefficacia o l' invalidità a norma del comma precedente. In ogni caso, la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a 5 mensilità di retribuzione, determinata secondo i criteri di cui all' art. 2121 c.c. . Il datore di lavoro che non ottempera alla sentenza di cui al comma precedente è tenuto inoltre a corrispondere al lavoratore le retribuzioni dovute 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... “.

¹⁸ Vedi G. F. Mancini, *Il nuovo regime del licenziamento*, in AA.VV. , *L' applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano, 1975, pp. 191-192, citato da O. Mazzotta, *Il recesso, la giustificazione del licenziamento e la tutela reale*, Milano, 2005, p. 319

meglio, dalla stabilità senza aggettivi”. Il campo di applicazione dell’ articolo 18 della L. n. 300/1970 era definito nell’ articolo 35 della medesima legge. Tale norma, delimitando il campo di applicazione delle disposizioni dell’ art. 18 e del titolo III della L. n. 300/1970, al primo comma stabiliva che: “per le imprese industriali e commerciali, le disposizioni dell’ art. 18 e del titolo III, ad eccezione del comma 1 dell’ articolo 27, della presente legge si applicano a ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio e reparto autonomo che occupa più di 15 dipendenti. Le stesse disposizioni si applicano alle imprese agricole che occupano più di 5 dipendenti”. Il secondo comma proseguiva affermando che: “le norme suddette si applicano, altresì, alle imprese industriali e commerciali che nell’ ambito dello stesso comune occupano più di 15 dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano più di 5 dipendenti anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti”. Proprio la definizione del campo applicativo dell’ art. 18 dello Statuto (contenuto nell’ articolo 35 della stessa legge) portò la dottrina¹⁹ a scontrarsi sul coordinamento delle discipline in materia di licenziamento (L. n. 604/1966 e L. n. 300/1970) e sul loro ambito applicativo. E’ sufficiente ricordare che le difficoltà interpretative portarono alla soluzione nota con il nome della teoria delle “tutele parallele”; secondo questa teoria, la tutela “reale”, regolata dall’ art. 18 della L. n. 300/1970 e la tutela “obbligatoria” agirebbero su due binari, appunto, paralleli e disciplinati rispettivamente nell’ articolo 35 dello Statuto per quanto riguarda la stabilità reale (sede, stabilimento, filiale, ufficio e reparto autonomo che occupa più di 15

¹⁹ Per una approfondita ricostruzione dottrinale, si veda O. Mazzotta, *Il recesso, la giustificazione del licenziamento e la tutela reale*, Milano, 2005, p. 321 ss

dipendenti) e, per quanto riguarda la tutela obbligatoria, nell'art. 11 della L. n. 604/1966 (imprese con più di 35 dipendenti). Questo parallelismo, nello specifico, prevedeva 3 aree (appunto parallele) di disciplina dei licenziamenti: l'area delle unità produttive con più di 15 dipendenti, dove trovava applicazione la tutela "reale" ; l'area delle imprese con più di 35 dipendenti, nelle quali, limitatamente alle unità produttive con meno di 16 dipendenti, trovava ancora applicazione la tutela "obbligatoria"; ed infine, l'area delle imprese minori (con meno di 35 dipendenti) dove rimaneva operativo il regime della libera recedibilità *ex art. 2118 c.c.*, ma ancora una volta solo nelle unità produttive con meno di 16 dipendenti. La Corte Costituzionale fu chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità delle limitazioni dei campi di applicazione delle discipline dei licenziamenti introdotte, ma, con una serie di sentenze²⁰, salvò la legittimità dell' articolo 18 dello Statuto; nello specifico le ragioni che avevano condotto il legislatore a differenziare il trattamento tra unità produttive con più o meno di 15 dipendenti furono trovate *in primis* nell' elemento fiduciario che pervade il rapporto nelle unità di piccole dimensioni ed, in secondo luogo, nella necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese minori. E' importante ricordare che il concetto di "unità produttiva" è stato messo a punto dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla base delle indicazioni contenute nello stesso art. 35 dello Statuto ("sede, stabilimento, filiale, ufficio e reparto autonomo"). Tale nozione è stata sviluppata partendo proprio dall' unità lavorativa "autonoma". In relazione al concetto di "autonomia" si individuano due significati; un

²⁰ Corte Cost. , sent. 6 marzo 1974, n.55 in Foro it. 1974, I, p. 959 ; 19 giugno 1975, n.152, in Giur.cost. , III, 402

primo orientamento, sostenuto dalla Corte Costituzionale²¹ definisce il concetto di “autonomia”, individuando l’esistenza di un’ unità produttiva, intesa come “articolazione di una più complessa organizzazione imprenditoriale, fornita di autonomia dal punto di vista economico-strutturale così come da quello funzionale e del risultato produttivo”. Allo stesso modo la giurisprudenza di merito²² ha ritenuto come l’articolazione aziendale “deve essere idonea ad esplicitare, in tutto o in parte, l’ attività di produzione di beni o di servizi dell’ impresa della quale costituisce elemento organizzativo, anche ove non sia presente né il datore di lavoro né un suo *alter ego*”. Un secondo orientamento²³, invece, considera fondamentale “l’esistenza, nell’ organismo decentrato, di un soggetto dotato, in relazione ai soggetti in esso impegnati, dei poteri gerarchici e di gestione propri dell’ imprenditore”. In definitiva, con l’ articolo 18 dello Statuto si riconducono ad un unico trattamento sanzionatorio tre fattispecie in precedenza distinte: l’ inefficacia del licenziamento viziato nella forma (art. 2, L. n. 604/1966); la nullità del licenziamento intimato per rappresaglia (art. 4, L. n. 604/1966); l’annullabilità del licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo (art. 8, L. n. 604/1966). Può adesso parlarsi di un’ unica figura di licenziamento “illegittimo”, dove l’articolo 18 prevede un doppio ordine di conseguenze giuridiche: “per il futuro”²⁴ dispone la reintegrazione del lavoratore nel proprio posto di lavoro; per il periodo intercorrente tra l’estromissione del lavoratore e la sentenza di condanna alla reintegra,

²¹ *Corte. Cost.* , sent. 8 luglio 1975, n. 189, in *Foro it.* , 1975, I, 1578

²² *Cass., Sez.Lav.* , sent. 27 novembre 1986, n. 7019, in *Mass. Giust. civ.* , 1986, 1985

²³ *Cass., Sez.Lav.* , sent. 16 marzo 1988, n. 2459, in *Orient. Giur. lav.* , 1988, 571

²⁴ O. *Mazzotta*, *Diritto del lavoro*, Milano, 2008, p. 679

invece, un “risarcimento del danno“, in misura non inferiore a 5 mensilità e calcolata secondo i criteri di cui all’ articolo 2121 c.c. .

1.4 La legge n. 108/1990 (estensione della tutela reale)

La legge dell'11 maggio 1990, n. 108, intitolata “ *Disciplina dei licenziamenti individuali*”, nacque dalla necessità, avvertita da alcuni partiti politici italiani (DC, PCI E PSI), di impedire lo svolgimento di tre distinti referendum, promossi da Democrazia Proletaria, e relativi all' abrogazione: dell'articolo 35 della L. n. 300/1970, nella parte in cui si limitava l'applicazione della tutela reale a quelle imprese che occupassero più di 15 dipendenti nell' ambito della stessa unità produttiva o, quantomeno, del territorio dello stesso comune; dell'articolo 11 della L. n. 604/1966, nella parte in cui la tutela obbligatoria riguardava soltanto quei datori di lavoro, imprenditori e non, che avessero alle proprie dipendenze più di 35 dipendenti; ed infine, dell'articolo 8 della L. n. 604/1966, in quella parte in cui era prevista l'alternativa per il datore di riassumere il dipendente estromesso ingiustamente o di corrispondergli un risarcimento. Tuttavia, l'Ufficio centrale per il referendum, con un'ordinanza del 1989, comunicò che solamente il primo, dei tre referendum proposti, aveva riportato un numero di sottoscrizioni tali da poterlo sottoporre alla valutazione dell' elettorato. La stessa Corte Costituzionale²⁵, sollecitata sul punto, riconobbe l'ammissibilità del primo solamente dei tre referendum, affermando espressamente che il quesito referendario²⁶ possedeva i necessari “requisiti di chiarezza e di univocità” e che la disposizione oggetto del referendum, obiettivamente considerata nella sua struttura e finalità, conteneva

²⁵ Corte Cost., sent. 18 gennaio 1990, n. 65, in Foro it. 1990, I, 747

²⁶ Il quesito che Democrazia Proletaria voleva sottoporre al parere dell' elettorato era il seguente: “ Volete che sia abrogato l' articolo 35, comma 1, limitatamente alle parole << dell' articolo 18 >> della legge 20 maggio 1970, n. 300 ... “.

effettivamente quel “principio la cui eliminazione o permanenza dipende dalla risposta che il corpo elettorale fornirà”. La L. n. 108/1990 costituiva, quindi, una risposta “alla minaccia referendaria”²⁷. Le più importanti novità, introdotte dalla L. n. 108/1990, si trovano racchiuse nell’ articolo 1 della legge. Tale norma ha modificato radicalmente l’ articolo 18 dello Statuto dei lavoratori attraverso un intervento che ha comportato la sostituzione dei primi due commi della disposizione statutaria con cinque nuovi commi aggiuntivi, attraverso i quali viene estesa, in maniera significativa, la tutela reale contro il licenziamento illegittimo. In virtù delle modifiche apportate dalla L. n. 108/1990, l’art. 1 , comma 1, sanziona con la reintegrazione nel posto di lavoro i datori di lavoro, imprenditori o non imprenditori, che abbiano alle proprie dipendenze più di 15 lavoratori (o più di 5 se trattasi di imprenditore agricolo) e, in ogni caso, più di 60 lavoratori. La tutela reale viene altresì prevista in caso di licenziamento discriminatorio, “quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro”²⁸ “. Al contempo l’articolo 2, comma 1, della L. n. 108/1990, formulato in termini speculari rispetto all’ articolo 1, dispone la tutela obbligatoria²⁹ nei confronti di quei datori di lavoro privati (imprenditori o meno) “che occupano alle loro dipendenze fino a 15 lavoratori” (o fino a 5 se trattasi di imprenditore

²⁷ Vedi F. Carinci, *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in DLRI, 1990, p. 504, citato da O. Mazzotta, *Il recesso, la giustificazione del licenziamento e la tutela reale*, Milano, 2005, p. 331

²⁸ Art. 3 , L. n. 108/1990

²⁹ L’art. 2, comma 3, L. 108/1990 dispone che : “ Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di 3 giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un’ indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell’ ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell’ impresa, all’ anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti... “.

agricolo) e , in ogni caso, un numero di dipendenti complessivo pari a 60 lavoratori. Ciò che è importante rilevare, quindi, è che la L. n. 108/1990 ha realizzato un ampliamento soggettivo della tutela contro il licenziamento attraverso due operazioni; da una parte, ha esteso il campo di applicazione della tutela forte; dall' altro ha generalizzato la tutela debole, attraverso la soppressione del limite numerico di cui all' articolo 11, comma 1 della L. n. 604/1966. Dunque, come è stato giustamente osservato³⁰, “permane il parallelismo delle tutele... assumendo la tutela obbligatoria la configurazione di tutela generale e residuale e, perciò idonea a coprire, senza residui, qualsiasi licenziamento, comunque, non soggetto alla più intensa tutela reale”.

³⁰ M. De Luca, *Tramonto del licenziamento “ad nutum” e definizione “novellata delle aree di tutela”*, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Atti del Convegno organizzato dalla Sezione di Bari del CNSDL, “D. Napoletano”, Bari, 1-2 marzo, 1991, p. 29-30

1.5 Tipologie di vizio del licenziamento individuale e loro conseguenze

1.5.1 La nullità del licenziamento (licenziamento discriminatorio e per causa di matrimonio)

Come sappiamo un negozio giuridico affetto dal nullità è inidoneo a produrre effetti giuridici ai sensi dell' articolo 1418 c.c. . Lo stesso articolo, nei suoi tre commi, enumera le cause di nullità del negozio giuridico: la contrarietà a norme imperative (salvo che la legge disponga diversamente) , la mancanza di uno dei suoi elementi essenziali, l' illiceità della causa (*ex art. 1343 c.c.*) o per l' illiceità dei motivi (*ex art. 1345 c.c.*). Tale vizio risulta insanabile e, di conseguenza non potrà essere convalidato dalle parti né con una dichiarazione espressa di volontà né con una volontaria esecuzione dell' atto stesso. Preme ricordare che l' azione di nullità ha una natura meramente dichiarativa dal momento che si limita solo a constatare l' invalidità radicale dell' atto. Proprio da tali caratteristiche consegue anche la sua imprescrittibilità (*ex art. 1422 c.c.*). L'azione di nullità può essere altresì promossa da chiunque vi abbia interesse (c.d. legittimazione assoluta) e può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice. Con riferimento alla materia dei licenziamenti, la nullità riguarda in primo luogo quelli intimati per un motivo di carattere discriminatorio. A tale proposito è stato autorevolmente³¹ sostenuto che “la struttura del licenziamento discriminatorio consiste in un atto che, pur a fronte eventualmente di una motivazione legittima... si presenta invece caratterizzato da una specifica finalità di

³¹ M. Papaleoni, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991, p. 130

discriminazione, di regola non esternata, che vale a tipizzare una funzione dell'atto che l'ordinamento intende invece sanzionare, ai sensi dell'articolo 1345 c.c. , con la nullità “. L'articolo 4³², L. n. 604/1966 riconosce come discriminatorio il licenziamento intimato per motivi politici, religiosi e sindacali. Il quadro dei motivi discriminatori viene rafforzato dalla disposizione di cui all' art. 15 della L. n. 300/1970, la quale dispone che “è nullo qualsiasi patto o atto diretto a 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”. Il secondo comma dell' articolo 15 prevede inoltre che “le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso”³³. Con tali disposizioni antidiscriminatorie il legislatore ha voluto quelle norme imperative di natura propriamente costituzionale volte a garantire alla persona, sia individualmente che collettivamente considerata, quella serie di diritti fondamentali di natura civile, etico-sociale, politica ed economica. In seguito all' entrata in vigore della L. n. 108/1990 si è assistito ad un ampliamento della tutela antidiscriminatoria; l'articolo 3 di tale legge, oltre a ribadire l'operatività degli articoli 4 della L. n. 604/1966 e 15, L. n. 300/1970, ha anche convalidato l'applicazione della “tutela forte” ex art. 18 dello Statuto dei lavoratori, indipendentemente dal numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro nell' impresa, oltre ad

³² L' art. 4, L. n. 604/1966 stabilisce che: “ 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 addotta”.

³³ Comma così sostituito dall' articolo 13 della legge n. 903/1977.

estendere tale disciplina ai dirigenti (*ex art. 3, L. n. 108/1990*) ed ai lavoratori domestici (*ex art. 4, L. n. 108/1990*). La Corte Costituzionale³⁴ ha inoltre riconosciuto che la disciplina di cui all'articolo 3 della L. n. 108/1990 debba essere applicata anche ai lavoratori in prova; la Corte ha affermato espressamente che il licenziamento del lavoratore durante il periodo di prova “può efficacemente essere contestato dal lavoratore quando risulti che non è stata consentita, per la inadeguatezza della durata dell' esperimento o per altri motivi, quella verifica del suo comportamento e delle sue qualità professionali alle quali il patto di prova è preordinato”. La Corte prosegue ritenendo che il lavoratore stesso, in questo caso, deve essere in grado “di dimostrare il positivo superamento dell' esperimento nonché l' imputabilità ad un motivo illecito del licenziamento...”. Un elemento da analizzare è quello riguardante l'area di non applicazione della “tutela reale”, *ex art. 18 dello Statuto*, nei confronti delle c.d. “organizzazioni di tendenza”³⁵. Il motivo di tale esclusione è stato rinvenuto, da parte della dottrina maggioritaria³⁶, “nella difficoltà concettuale di consentire, attraverso l' esperibilità della tutela reintegratoria propria della stabilità forte, eventuali interferenze del provvedimento rispetto alle eventuali finalità istituzionali perseguite”. Tuttavia è fondamentale segnalare come nell'ambito delle organizzazioni di tendenza occorra distinguere, in relazione alla tutela da applicarsi, tra quei lavoratori che svolgono mansioni riguardanti la finalità stessa dell'organizzazione e lavoratori,

³⁴ *Corte Cost.*, sent. 22 dicembre 1980, n. 189, in *Giur. Cost.*, 1981, I, 679, con nota di Pera

³⁵ L' art. 4, comma 1, L. n. 108/1990 prevede espressamente che : “ La disciplina di cui all' art. 18... non trova applicazione nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto”.

³⁶ M. Papaleoni, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991, p. 137

invece, che svolgano semplicemente mansioni non ricollegabili agli orientamenti dell' organizzazione (le c.d. mansioni " neutre"). In proposito la Corte di Cassazione³⁷ ha ritenuto che il licenziamento ideologico è lecito "nei ristretti limiti in cui esso sia funzionale all'esercizio di altri diritti garantiti costituzionalmente, quali la libertà dei partiti politici e dei sindacati, la libertà religiosa e la libertà della scuola e nelle sole ipotesi in cui l' adesione ideologica costituisca requisito della prestazione lavorativa". Di conseguenza il licenziamento discriminatorio intimato nei confronti di quei lavoratori addetti alle "mansioni neutre" (portinai, addetti alle pulizie) sono nulli; il lavoratore, in questo caso, avrà diritto alla tutela reale ex art. 18 della L. n. 300/1970, sebbene sia dipendente in un'organizzazione di tendenza. Ritornando sul concetto di discriminazione, ai fini della configurabilità del licenziamento discriminatorio, la dottrina e la giurisprudenza hanno discusso sulla necessità o meno della sussistenza dell' elemento soggettivo, vale a dire la volontà discriminatoria da parte del datore di lavoro. L' orientamento giurisprudenziale³⁸ prevalente riteneva che fosse necessario un "animus" discriminatorio dal momento che l' atto discriminatorio in sé considerato è sorretto dalla specifica volontà del datore di lavoro di recare danno ai lavoratori per il loro comportamento sindacale, per le opinioni politiche, religiose, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui non sia dimostrata tale volontarietà o sia da escluderla, non potrà essere dichiarata la nullità dell' atto stesso ex art. 3, L. n. 108/1990. Al contrario la dottrina maggioritaria considera che sia sufficiente la

³⁷ Cass. Sez. Lav. 16 giugno 1994, n. 5832, in Riv. it. dir. lav. , 1995, II, 379, con nota di Santoni

³⁸ Cass., sent. nn. 5 maggio 1987, n. 4182, in Mass. Giust. civ. , 1987, I, 1179; 1 febbraio 1988, n. 868, in Mass. Giust. civ. , 1988, 310

obiettiva idoneità dell'atto a ledere il diritto protetto, in quanto è irrilevante la eventuale ricorrenza della specifica volontarietà del datore di lavoro; la dottrina argomenta questa tesi partendo proprio da quei fattori di discriminazione indicati dall'articolo 4 della L. n. 604/1966 e dall'articolo 15 della L. n. 300/1970 ("credo politico o fede religiosa, appartenenza ad un sindacato o partecipazione ad attività sindacali", "affiliazione o attività sindacale ovvero partecipazione ad uno sciopero... discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso"), che risaltano non come fini illecitamente perseguiti dal datore di lavoro, ma come effettive motivazioni, a prescindere da quelle formalmente addotte *ex art.* 4 della L. n. 604/1966. Con riferimento ai motivi discriminatori, in passato si è discusso in dottrina se le ipotesi elencate negli articoli 4 della L. n. 604/1966 e 15 della L. n. 300/1970 dovessero essere considerate tassative o meno; è diventata opinione pacifica la tesi secondo la quale sono considerate cause di nullità del licenziamento, oltre ai già citati motivi indicati dalle leggi, anche qualsiasi altro motivo per sé stesso illecito risultato determinante ai fini dell'assunzione da parte del datore di lavoro dell'atto di recesso ai sensi del combinato disposto degli articoli 1345 e 1418 c.c. . Pertanto, come autorevolmente sostenuto³⁹, "l'elencazione delle ipotesi di motivo discriminatorio deve ritenersi non tassativa". E' bene ricordare che, attraverso le pronunce relative a quei licenziamenti irrogati sulla base di un motivo illecito determinante, si è formato un principio di diritto secondo il quale la nullità dell'atto di recesso dovuta ad un motivo illecito si fonda su di una interpretazione estensiva della previsione di

³⁹ L. Montuschi, *Sub artt. 15-16, Commentario allo Statuto dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1979, p. 81

nullità per il licenziamento discriminatorio, stabilendo la tutela reale anche nei confronti dei c.d. licenziamenti ritorsivi, posti in essere a seguito di comportamenti ritenuti sgraditi all' imprenditore⁴⁰. Sotto l'aspetto probatorio, mentre l'onere della prova della sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo grava sul datore di lavoro (ex art. 5, L. n. 604/1966), la dimostrazione della discriminazione incombe invece sul lavoratore alla stregua della regola generale fissata dall' art. 2697 c.c.⁴¹. Si tratta di una prova particolarmente difficile e, proprio per questo motivo, si concede anche il ricorso a presunzioni, comunque dotate dei requisiti di cui all'art. 2729 c.c.⁴². La Corte di Cassazione⁴³, ad esempio, ha negato la possibilità di fondare la presunzione dell'illegittimità di un licenziamento di un dipendente sulla base della sola dimostrazione della sua appartenenza ad un sindacato, ad un partito politico o ad un movimento religioso. Come è stato osservato in dottrina⁴⁴, nell'ipotesi in cui il lavoratore sia certo di non poter provar il carattere discriminatorio del licenziamento, "sarà opportuno proporre in giudizio una domanda principale invocando

⁴⁰ La Corte di Cassazione, con sentenza n. 3016/1989, ha ritenuto nullo in quanto discriminatorio quel licenziamento intimato nei confronti del lavoratore come ritorsione per il fatto che questo si sia rivolto al sindacato per avere informazione sulle rivendicazioni economiche da avanzare nei confronti del datore di lavoro. La Corte ha infatti riconosciuto che " rientra tra le funzioni sindacali riconosciute dall' ordinamento il sostegno e l' assistenza anche individuale dei lavoratori, il cui diritto di fruire di tale assistenza e sostegno è tutelato, tra l' altro dagli articoli 4 della L. n. 604/1966 e 15 della L. n. 300/1970, anche sul piano individuale".

⁴¹ L' art. 2697 c.c. dispone che: " Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l' inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l' eccezione si fonda.

⁴² L' art. 2729 c.c. dispone che : " Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni.

⁴³ Cass. 25 febbraio 1988, n. 2025, in Mass. Giust. civ. , 1988, I, 483

⁴⁴ V. Cerritelli- A. Piccinini, *Il licenziamento individuale. Analisi della normativa e guida alla sua applicazione dopo la legge 11.5.1990*, n. 108, Roma, 1991, p. 116

l'articolo 3 della L. n. 108/1990, ed una subordinata con la quale si lamenta comunque la mancanza di una giusta causa o giustificato motivo". Per quanto riguarda gli effetti della nullità del licenziamento discriminatorio, anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 108/1990, la declaratoria di nullità del licenziamento intimato per un motivo discriminatorio, nel campo di operatività della tutela reale, comportava l'applicazione del relativo regime. Nello specifico, per i licenziamenti nulli ex art. 4, L. n. 604/1966 operava esplicitamente l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, mentre per le altre ipotesi di nullità previste dall'articolo 15, St.lav. . L'estensione della tutela forte era stata affermata in virtù di un' ordinanza⁴⁵ della Corte Costituzionale, con la quale si ritenne che "l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori non è né speciale né eccezionale ma dotato di forza espansiva" tale da estenderlo anche ad ipotesi diverse da quelle contemplate dallo stesso. Al di fuori dell' area considerata, la declaratoria di nullità comportava le conseguenze previste dalla nullità di diritto comune, vale a dire la continuazione del rapporto di lavoro come se questo non fosse mai stato interrotto. La L. n. 108/1990, all'articolo 3, ha invece esteso la tutela reale, ex art. 18, a tutti i rapporti di lavoro, a prescindere dal numero dei dipendenti occupati. In tema di licenziamento per causa di matrimonio la disciplina originaria era quella prevista dalla L. n. 7/1963⁴⁶; la disposizione di cui all'articolo 1, dopo aver dichiarato "nulli" i licenziamenti delle lavoratrici " attuati a causa di matrimonio", " presume... disposto per

⁴⁵ Corte. Cost. n. 338/1988 (ord.)

⁴⁶ La legge 9 gennaio 1963, n. 7 (Divieto di licenziamento delle lavoratrici per causa di matrimonio e modifiche alla legge 26 agosto 1950, n. 860: "Tutela fisica ed economica delle lavoratrici madri") è stata successivamente abrogata dal d.lgs. n. 11 aprile 2006, n. 198, dove all' articolo 35 è regolato il licenziamento per causa di matrimonio.

causa di matrimonio” il licenziamento intimato nel periodo dal giorno della richiesta delle pubblicazioni ad un anno dopo la celebrazione del matrimonio. Era sufficiente, pertanto, come sostenne la Corte di Cassazione⁴⁷, che la richiesta di pubblicazioni fosse avvenuta, secondo le formalità prescritte dal codice civile, perché si presumesse la conoscenza da parte del datore di lavoro del fatto, e non sussistesse quindi nessun obbligo di comunicazione da parte della lavoratrice. Le uniche ipotesi sono quelle disposte tassativamente dall’articolo 1 della L. n. 7/1963, che all’ultimo comma consentiva al datore di lavoro di provare che il licenziamento fosse stato disposto per una delle ipotesi regolate dall’art. 3, comma 2, lettere a), b), e c) della L. n. 860/1950: colpa della lavoratrice stessa, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro, per cessazione dell’ attività dell’azienda ovvero per l’ ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice era stata assunta o per il sopravvenire del termine per il quale il rapporto era stato stipulato. La stessa Corte Costituzionale⁴⁸ ha riconosciuto il carattere assoluto della presunzione; di conseguenza il datore di lavoro non potrà provare che il licenziamento non è stato disposto a causa di matrimonio. Tale divieto, come è stato osservato⁴⁹, è superabile dal datore di lavoro dalla dimostrazione, “ quale fatto impeditivo dell’ azione della dipendente, della ricorrenza di una delle cause di legittimo recesso individuate dalla legge”.

⁴⁷ Cass. sent. 3 gennaio 1984, n. 10, in Giur. it. , 1985, I, 1292

⁴⁸ Corte Cost. 5 marzo 1969, n. 27, in Giur. cost. , 1969, I, 101

⁴⁹ F. Basenghi, *Sub art. 5*, in *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi. Commentario alle leggi 15 luglio 1966, n. 604 e 11 maggio 1990, n. 108*, a cura di L. Galantino, Torino, 1993, p. 112

1.5.2 L'inefficacia del licenziamento (licenziamento privo di forma scritta ed omessa comunicazione dei motivi)

L'articolo 2⁵⁰, comma 2, L. n. 108/1990 ha modificato l'articolo 2 della L. n. 604/1966⁵¹, estendendo nei confronti di tutti i datori di lavoro l'obbligo di comunicare per iscritto il licenziamento. Prima dell'entrata in vigore della L. n. 108/1990, tale obbligo, in conformità alla previsione di cui all' articolo 11, comma 1 della L. n. 604/1966, spettava unicamente a quei datori di lavoro che avessero alle proprie dipendenze più di 35 dipendenti. A seguito dell'entrata in vigore della L. n. 300/1970 e, nello specifico, con l'articolo 18, tale onere riguardava anche le imprese industriali e commerciali che, in ciascuna unità produttiva occupassero più di 15 dipendenti ed alle imprese agricole con più di 5 lavoratori. L'innovazione apportata dall'articolo 2, L. n. 108/1990 è data dal fatto che al licenziamento viene riconosciuta la qualifica di atto formale per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam* in virtù dell' articolo 1350 c.c. . Essendo un atto recettizio trovano applicazione le disposizioni di cui agli artt. 1334 (“Efficacia degli atti unilaterali”) e 1335 (“Presunzione di conoscenza”) del c.c. . In forza di queste norme trova applicazione la presunzione di conoscenza in virtù della quale la comunicazione del

⁵⁰ L'articolo 2 della L. n. 108/1990 prevede che: “ Il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro.

Il prestatore può chiedere, entro 15 giorni dalla comunicazione, i motivi che hanno determinato il recesso. In tal caso il datore di lavoro deve, nei 7 giorni dalla richiesta, comunicarli per iscritto.

Il licenziamento intimato senza l'osservanza delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 è inefficace.

⁵¹ Il testo originario dell' articolo 2 della L. n. 604/1966 stabiliva: “ L'imprenditore deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro.

Il prestatore di lavoro può chiedere, entro 8 giorni dalla comunicazione, i motivi che hanno determinato il recesso: in tal caso l'imprenditore deve, nei 5 giorni dalla richiesta, comunicarli per iscritto.

Il licenziamento intimato senza l'osservanza delle disposizioni di cui ai precedenti commi è inefficace.

licenziamento si presume conosciuta nel momento in cui giunge “all’ indirizzo del destinatario”, salva la prova, da parte del lavoratore “ di essere stato, senza sua colpa, nell’impossibilità di averne notizia” (art. 1335 c.c.) . E’ bene ricordare che questo principio è stato fatto proprio anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁵², riunita a Sezioni Unite. Conseguentemente è stata ritenuta valida la comunicazione del licenziamento effettuata via telex, “ove risulti che essa provenga dal datore di lavoro e che sia pervenuta a conoscenza del lavoratore”⁵³. Allo stesso tempo la Cassazione⁵⁴ ha ritenuto inefficace il licenziamento comunicato al lavoratore mediante affissione nella bacheca dello stabilimento di lavoro. Per quanto attiene l’ambito applicativo dell’ articolo 2 della L. n. 108/1990 si sono formati in dottrina due orientamenti. Il primo è quello che ritiene che le prescrizioni formali dei licenziamenti debbono essere rispettate in tutti i rapporti di lavoro, compresi quindi anche quei rapporti di per sé stessi esenti dalla soggezione ad un criterio limitativo (lavoro domestico, in prova, oppure intercorrenti con anziani aventi i requisiti pensionistici), essendo un “ adempimento intrinsecamente derivante dai principi generali dell’ ordinamento positivo in materia di buona fede e di correttezza contrattuale”⁵⁵. Il secondo orientamento dottrinale è quello invece che esclude dall’ applicazione della disciplina di cui al presente articolo i lavoratori

⁵² Cass. S.U. 18 ottobre 1982, n. 5394, in *Foro it.* , 1983, I, 2206; La Corte di Cassazione, riunita a Sezioni Unite, ha ritenuto che il licenziamento non attuato in forma scritta non è soggetto, per l’ impugnazione, al termine di decadenza di 60 giorni di cui all’ articolo 6 della L. n. 604/1966, potendo sempre il lavoratore proporre l’ ordinaria azione di accertamento dell’ inefficacia del licenziamento “ con il solo vincolo dei termini prescrizionali per i diritti consequenziali”.

⁵³ Cass. 11 aprile 1980, n. 2319, in *Notiz. giur. lav.* , 1980, 500

⁵⁴ Cass. 29 aprile 1977, n. 1654, in *Mass. Foro it.* , 1977, 337

⁵⁵ M. Papaleoni, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991, p.114

domestici (ovvero quei rapporti di lavoro regolati dalla L. n. 339/1958), secondo l'esplicita esclusione operata dall'articolo 4, comma 1, della L. n. 108/1990, così come i lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici, che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto (*ex art. 4, comma 2, della L. n. 108/1990*). A sostegno di questo orientamento è proprio la previsione di cui al comma 4 dell' articolo 2 che estende l'obbligo della forma scritta dei licenziamenti "anche ai dirigenti" ; quest'ultima disposizione non avrebbe alcun senso se si ammettesse un'applicazione totale del requisito formale, in quanto non occorrerebbe specificare ulteriormente che tale disciplina si applica "anche ai dirigenti". A seguito della comunicazione scritta del licenziamento, il lavoratore può chiedere, entro 15 giorni (entro 8 nel testo originario), la motivazione del licenziamento, che il datore è tenuto a fornire per iscritto nei 7 giorni successivi (5 nel testo previgente). In proposito il lavoratore può formulare la richiesta dei motivi di recesso sia oralmente⁵⁶ , che per iscritto⁵⁷. La norma lascia al lavoratore la scelta di chiedere o meno i motivi che hanno indotto il datore a licenziarlo, non essendo necessaria la contestuale motivazione del licenziamento all'atto dell'intimazione. Come detto la richiesta dei motivi del licenziamento deve essere effettuata entro 15 giorni dalla comunicazione dello stesso. Una parte della dottrina ritiene che tale

⁵⁶ In tal caso il termine, a carico del datore di lavoro, di esplicitare i motivi di recesso comincia a decorrere dalla data di richiesta orale. Resta fermo per il lavoratore l' onere di dimostrare la tempestività e la data della richiesta.

⁵⁷ In questo caso il termine per la comunicazione scritta dei motivi comincerebbe a decorrere, se spedita per posta, dalla data di spedizione e non da quella di ricezione da parte del lavoratore. Tuttavia, avendo parlato di atto recettizio e di conseguente applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 1334 e 1335 c.c. , il termine comincia a decorrere dal momento in cui la motivazione giunge all' indirizzo del destinatario in base alla " presunzione di conoscenza" disposta dall' articolo 1335 c.c. .

termine abbia carattere “perentorio”⁵⁸, comportando, in caso di mancato rispetto dello stesso, la possibilità di impugnarlo *ex* articolo 6 della L. n. 604/1966. Tuttavia la giurisprudenza⁵⁹ ha ritenuto che il mancato esercizio, da parte del lavoratore, della facoltà di chiedere i motivi nel termine di 15 giorni non gli preclude la successiva impugnazione, “mancando all’ uopo un’ esplicita esclusione in tal senso”. La motivazione addotta dal datore di lavoro non deve essere generica ma specifica e circostanziata, “tale da consentire al destinatario dell’ atto di preparare un’adeguata linea di difesa giudiziaria”⁶⁰ “.Da ciò consegue che, una volta rese note le ragioni che hanno indotto il datore a licenziare il lavoratore, i motivi non potranno più essere modificati (c.d. principio di immutabilità dei motivi), con la conseguenza che le ulteriori motivazioni addotte dal datore non possono prese in considerazione dal giudice come cause autonome di recesso ma solo come, eventualmente, circostanze confermatrici del fatto contestato”⁶¹. L’articolo 2, comma 3, della L. n. 604/1966 dispone che “il licenziamento intimato senza l’ osservanza delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 è inefficace”. Secondo l’opinione ormai consolidata in dottrina, “l’inefficacia costituisce una sostanziale nullità”⁶², intesa come incapacità dell’atto di recesso di produrre i

⁵⁸ G. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, p. 54

⁵⁹ Cass. 1 giugno 1987, n. 4824, in *Notiz. giur. lav.*, 1987, 540

⁶⁰ G. Ghezzi- U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1987, p. 297, citato da O. Mazzotta, *I fondamenti della disciplina protettiva, la tutela obbligatoria e i licenziamenti collettivi*, Milano, 2005, p. 53

⁶¹ Cass. 9 febbraio 1988, n. 823, in *Notiz. giur. lav.*, 1989, 167; La Corte di Cassazione, con sentenza n. 2590/1989, ritenne che un licenziamento intimato per eccessiva morbilità non potesse essere dichiarato legittimo dal giudice per una sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore a svolgere le sue mansioni, dal momento che tale motivazione non era stata originariamente addotta e ciò avrebbe comportato un mutamento dei fatti originariamente posti a base del recesso datoriale.

⁶² G. Napoletano, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli, 1990, p. 97, nota n. 29

propri effetti, in quanto nullo per mancanza di un requisito essenziale ex art. 1325 c.c. . Sul punto la stessa Corte di Cassazione, riunita a Sezioni Unite, ha configurato il licenziamento intimato senza il rispetto delle prescrizioni di cui all'articolo 2, comma 3, della L. n. 604/1966 come “*tamquam non esset*”⁶³, insuscettibile quindi di produrre qualunque effetto. La stessa Corte Costituzionale⁶⁴, inoltre, ha assimilato il licenziamento adottato irritualmente a quello privo dei requisiti di forma sulla base della natura formale di entrambi. Analizzando ora le conseguenze dell'inefficacia si nota subito come lo stesso articolo 2 della L. n. 604/1966 nulla dispone in ordine alle sanzioni conseguenti all'inefficacia del licenziamento. La situazione non pone particolari problemi nel caso dell'applicazione della tutela forte (ex art. 18, L. n. 300/1970); la norma, parificando tutte le ipotesi di nullità, annullabilità ed inefficacia, dispone la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro, oltre al risarcimento del danno per il licenziamento illegittimo. Un discorso diverso va fatto quando si incorra nella zona di applicazione della tutela debole, poiché l'articolo 8 della L. n. 604/1966 regola il regime della stabilità obbligatoria riferendosi unicamente all' ipotesi del licenziamento ingiustificato. In proposito si sono formati due orientamenti. Il primo, data l'assenza di specifiche indicazioni normative, ritiene che debbano essere applicati i principi generali in materia di nullità dell' atto di recesso, considerando il rapporto di lavoro come “mai interrotto”, secondo il principio confermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶⁵, con il conseguente obbligo da parte del datore di lavoro

⁶³ Cass. S.U., 21 febbraio 1984, n. 1236, in Riv. it. dir. lav., 1984, II, 682, con nota di Orsi Vergiati

⁶⁴ Corte Cost., 30 novembre 1982, n. 204, in Foro it., 1983, I, 855, con nota di De Luca

⁶⁵ Cass. Sez. Lav., 1 marzo 1996, n. 1596, in Riv. it. dir. lav., 1996, II, 881, con nota di Tullini

di corrispondere al lavoratore le retribuzioni perdute a causa del licenziamento illegittimo. Il secondo orientamento, sostenuto da una parte della dottrina e della giurisprudenza, ritiene applicabile la tutela risarcitoria *ex* articolo 8 della L. n. 604/1966 sulla base di valutazioni sistematiche. Come è stato osservato⁶⁶, “il legislatore ha consapevolmente voluto... fare un trattamento di favore ai piccoli datori di lavoro, adottando un più blando regime sanzionatorio”. Secondo questo orientamento l’applicabilità dell’ articolo 8 (riassunzione o pagamento di una penale risarcitoria), pur non riferendosi espressamente al licenziamento viziato nella forma, deriva da un’ esigenza di protezione nei confronti del piccolo imprenditore, dal momento che, se operasse un regime sanzionatorio unico, per l’imprenditore che non raggiunge i requisiti dimensionali previsti dall’ articolo 18 della L. n. 300/1970, sarebbe più oneroso un licenziamento inefficace di uno illegittimo.

⁶⁶ G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, p. 68

1.5.3 L'illegittimità del licenziamento (giusta causa e giustificato motivo, soggettivo ed oggettivo)

L'articolo 1 della L. n. 604/1966 prevede che “nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato... il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del codice civile o per giustificato motivo”. La giusta causa di licenziamento, secondo quanto stabilito dall' articolo 2119 c.c. , rappresenta una “causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto”. L'articolo 3 della L. n. 604/1966 definisce il concetto di giustificato motivo, sia soggettivo (“notevole inadempimento degli obblighi contrattuali “) che oggettivo (“ragioni inerenti l'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”). Merita di essere segnalato, in proposito, il fatto che il legislatore del 1990 non ha modificato il quadro normativo appena menzionato. Da ciò ha conseguito che, come acutamente osservato dal Garofalo⁶⁷, “ l'interpretazione di queste clausole generali rimane consegnata alla giurisprudenza” elaborata in data anteriore alla L. n. 108/1990. Prima dell' emanazione della L. n. 604/1966, in relazione al concetto di “giusta causa“ si sono formati in dottrina due orientamenti diversi ai fini della configurabilità della stessa. Un primo orientamento ha sostenuto la c.d. “teoria oggettiva⁶⁸”, ritenendo che la giusta causa possa consistere anche in fatti e comportamenti che, pur essendo estranei al rapporto lavorativo in senso stretto, siano tali da far venir meno il rapporto di fiducia tra datore di lavoro e lavoratore. Un secondo orientamento, invece, è

⁶⁷ M. G. Garofalo, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, in *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Bari, 1991, p. 56

⁶⁸ G. Napoleitano, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli, 1990, p.114 ;

quello che professa la c.d. “teoria contrattuale⁶⁹” (o soggettiva) della giusta causa, secondo la quale, ai fini della configurabilità della stessa, devono essere prese in considerazione soltanto quelle violazioni, inerenti gli obblighi contrattuali, posti in essere dal prestatore di lavoro. A sostegno di questo secondo orientamento la dottrina ha richiamato la disposizione di cui all’articolo 8 della L. n. 300/1970, la quale vieta al datore di lavoro “di effettuare indagini... su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell’attitudine professionale del lavoratore”. A seguito dell’entrata in vigore della L. n. 604/1966 la dottrina prevalente sostenne, con ancor più vigore, la teoria “contrattuale” dell’inadempimento del lavoratore, ritenendo che la giustificazione del licenziamento non può fondarsi su comportamenti del lavoratore che attengono alla sua vita privata, “ma può aver riguardo esclusivamente agli obblighi direttamente ed immediatamente funzionalizzati alla posizione assunta dal prestatore di lavoro⁷⁰ “. Altresì è stata unanime la dottrina nel ritenere che tra la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo non sussistono differenze qualitative del comportamento posto in essere dal lavoratore ma solamente differenze quantitative⁷¹, dal momento che la giusta causa è costituita da fatti ancora più gravi di quelli che sono suscettibili di rientrare nel concetto di giustificato motivo soggettivo. Al contrario, la giurisprudenza⁷² ha dato particolare rilevanza

⁶⁹ F. Mazziotti, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, p. 123

⁷⁰ M. Persiani, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, a cura di L. Sanseverino e G. Mazzoni, Padova, 1971, 685

⁷¹ Merita di essere segnalata la definizione che G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, p. 70, fornisce sulla giusta causa identificandola come un “giustificato motivo particolarmente caratterizzato dal fatto che, per la sua entità e gravità, rende improseguibile il rapporto; è un *plus* rispetto alla situazione base determinante e giustificante”.

⁷² Cass., 14 ottobre 1988, n. 5583, in Rep. Foro. It., 1988, Voce Lavoro-rapporto, n. 2017ha ritenuto che per stabilire in concreto l’esistenza di una giusta causa di licenziamento, che “deve

all'elemento fiduciario del rapporto, sulla base della considerazione che la violazione, posta in essere dal lavoratore, deve essere tale da comportare il venir meno della fiducia, quale "presupposto essenziale della collaborazione"⁷³. Tuttavia merita di essere segnalato un certo indirizzo giurisprudenziale⁷⁴ che ha rinvenuto la sussistenza di una giusta causa di licenziamento anche in relazione a fatti o comportamenti riguardanti la sfera privata del lavoratore ma contraddistinti da una gravità tale da riflettersi anche su quel particolare rapporto di lavoro che, per le sue caratteristiche, richiede al lavoratore un'ampia fiducia estesa anche alla sua sfera privata. Per quanto concerne il concetto di giustificato motivo (soggettivo), la L. n. 604/1966 lo qualifica espressamente come un "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro". Merita di essere segnalato il fatto che, inizialmente, la dottrina ha posto attenzione al rapporto tra il concetto di inadempimento di non scarsa importanza⁷⁵ (*ex art. 1455 c.c.*) ed inadempimento notevole (*ex art. 3, L. n. 604/1966*). E' stato così osservato come "l'articolo 1455

rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro ed in particolare di quello fiduciario, occorre valutare, da un canto, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore subordinato, in relazione alla portata soggettiva ed oggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e l'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altro la proporzionalità tra tali fatti e la sanzione inflitta, stabilendo se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro sia in concreto tale da giustificare o meno la più grave delle sanzioni disciplinari".

⁷³ A. Di Monte, *Sub art. 3, L. n. 604/1966*, in *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di L. Galantino, Torino, 1993, p. 47

⁷⁴ Con la sentenza del 22 novembre 1996, n. 10299, in Rep. Foro it., 1996, voce Lavoro (rapporto), n. 1432, la Cassazione ritenne giustificato il licenziamento di un dipendente di una banca, inquadrato come commesso, motivato con il fatto che era stato elevato un protesto ad effetti cambiari nei suoi confronti per una cifra di circa 30.000.000 di lire. Il fatto è stato considerato di una gravità tale da far ritenere il lavoratore in questione "professionalmente inadatto alla prosecuzione del rapporto in relazione all'ampio margine di fiducia richiesto".

⁷⁵ L'articolo 1455 c.c. dispone che: "Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra".

c.c. pone in relazione la non scarsa importanza dell'inadempimento con l'interesse dell'altra parte, mentre tale riferimento è del tutto assente nell'articolo 3 della L. n. 604/1966, e debba pertanto escludersi ogni residua rilevanza dell'interesse creditorio nella valutazione della legittimità del licenziamento⁷⁶ “. Secondo la dottrina prevalente, il “notevole inadempimento degli obblighi contrattuali” rappresenta quella soglia minima che legittima il datore a porre in essere il licenziamento⁷⁷. Quindi, mentre la giusta causa viene a coincidere con “la colpa gravissima ed il dolo”⁷⁸ del lavoratore, il giustificato motivo (soggettivo) richiede la “colpa grave⁷⁹”, quale presupposto che legittima un “notevole inadempimento”. E' proprio sulla base di queste considerazioni che viene rafforzata quanto sostenuto in precedenza; tra la giusta causa e il giustificato motivo non sussistono differenze qualitative ma soltanto quantitative. Così, anche nella giurisprudenza, si è formato un orientamento prevalente, secondo il quale la specifica mancanza del dipendente deve essere valutata non solo dal punto di vista oggettivo, ma anche soggettivo, in relazione al contesto in cui è stata posta in essere ed al grado del dolo o della colpa⁸⁰. Accanto al licenziamento per giustificato motivo

⁷⁶ M.V. Gentili Ballestrero, *I licenziamenti*, Milano, 1975, p. 330

⁷⁷ Come ha osservato M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 228-229, non può interpretarsi il giustificato motivo come inadempimento di media gravità posto tra lo spazio riservato alle sanzioni disciplinari e quello occupato dalla giusta causa: raggiunta la soglia del notevole inadempimento “ l' unico problema che si porrà è come fare il salto, se cioè il licenziamento debba produrre l' effetto estintivo immediatamente o al termine del preavviso”.

⁷⁸ F. Mazziotti, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, p. 124

⁷⁹ M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 227

⁸⁰ La Corte di Cassazione, con sentenza del 1 febbraio 1990, n. 659, in *Notiz. giur. lav.*, 1990, 602, sostenne che l' accertamento della gravità e dell' entità della violazione posta in essere dal lavoratore dovesse essere compiuta tenendo in considerazione “ l' incidenza sull' elemento fiduciario” sussistente tra le parti e valutando gli “ aspetti concreti dei fatti addebitati al lavoratore”, con riguardo allo specifico rapporto ed all' intensità dell' elemento soggettivo (dolo o colpa).

(soggettivo), l' articolo 3 della L. n. 604/1966 regola il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, vale a dire quello determinato "da ragioni inerenti l' attività produttiva, all' organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa". Si tratta di una specifica fattispecie di licenziamento, non riguardante il lavoratore considerato nella sua soggettività, quanto piuttosto l'organizzazione aziendale in cui il lavoratore si inserisce ed esplica la propria attività. Proprio come avviene nel caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, anche quello disposto per giustificato motivo oggettivo deve essere posto in essere con preavviso ai sensi dell' articolo 2118 c.c. . Dal dato testuale si evince che siamo in presenza di una disposizione che consente di far riferimento a quegli eventi inerenti "l'impresa in senso oggettivo"⁸¹. Fin dagli anni '80 la dottrina si è interrogata su come dovevano essere definiti i concetti espressi nell' articolo 3 in commento, ipotizzando, alcuni Autori⁸², la necessità di indagare il significato di ogni singola espressione. Tuttavia l'opinione dottrina prevalente preferì ricorrere all' espressione universale di licenziamento "nell'interesse dell' impresa"⁸³. Come espresso

⁸¹ G. Napoletano, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli, 1990, p. 129

⁸² D. Napoletano, *I licenziamenti dei lavoratori*, Torino, 1966, p. 50-51, sostenne che " le ragioni inerenti all' attività produttiva sono quelle che attengono all' impiego delle energie di lavoro e dei mezzi strumentali, quelle inerenti all' organizzazione del lavoro attengono, invece, alla programmazione, alla divisione e all' impiego del lavoro e, infine, le ragioni inerenti al regolare funzionamento dell' organizzazione del lavoro attengono, più propriamente, alla disciplina e alla direzione del lavoro". Allo stesso modo, M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 284 e ss. , ritenne che in relazione all' attività produttiva può rilevare solo il " se" dell' impresa e, pertanto, la sola evenienza della cessazione effettiva e definitiva dell' impresa; mentre, per quanto attiene l' organizzazione del lavoro ed al suo regolare funzionamento, risaltano, come ragioni risolutive del rapporto, la trasformazione dell' azienda (ristrutturazione e riconversione) e la riduzione dell' azienda (riorganizzazione aziendale o mutamento del suo funzionamento), purchè "oggettive", " definitive" ed "effettive".

⁸³ M. Persiani, *La tutela dell' interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, a cura di L. Sanseverino e G. Mazzoni, Padova, 1971, p. 686

dall'articolo 5 della L. n. 604/1966, “l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo spetta al datore di lavoro”. Con riferimento alla questione dei limiti del controllo giudiziale sull'effettiva sussistenza del giustificato motivo oggettivo si sono formati, in dottrina, quattro orientamenti diversi, data la difficoltà di attribuire un preciso significato alla garanzia costituzionale della libertà di iniziativa economica di cui all' articolo 41 della Costituzione. Un primo orientamento ritiene che al giudice sia interdetto il controllo in merito alle scelte tecnico-produttive dell'imprenditore dovendosi limitare a valutare la congruità tra la motivazione addotta ed il licenziamento⁸⁴. Un secondo orientamento minoritario considera legittimo il controllo giudiziale sulle scelte imprenditoriali al fine di verificarne la loro conformità all'“utilità sociale”⁸⁵ imposta al libero svolgimento dell' iniziativa economica privata dall' articolo 41, comma 2 della Costituzione. Un terzo orientamento invece, pur non riconoscendo al giudice la possibilità di indagare sulle scelte a carattere tecnico-produttivo dell' imprenditore, ritiene che sia legittimo un controllo da parte del giudice sull'adeguatezza e la razionalità tecnica del licenziamento⁸⁶. Il quarto ed ultimo orientamento, considerato prevalente, è quello che, fermo restando l'insindacabilità sul merito, configura il licenziamento per giustificato motivo come “*extrema ratio*”⁸⁷. La stessa giurisprudenza,

⁸⁴ In dottrina si v. G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, p. 49 ss; in giurisprudenza si v. Cass. 18 marzo 1987, n. 2738, in Rep. Foro It. , 1987, voce Lavoro-rapporto, n. 2320, la quale stabilisce che il controllo del giudice non può estendersi fino a sindacare “ l' opportunità e la congruità delle scelte imprenditoriali”.

⁸⁵ Su questo orientamento si v. M.V. Ballestrero, *I licenziamenti*, Milano, 1975, p. 248 ss

⁸⁶ In questo senso, si v. M. Persiani, *La tutela dell' interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, a cura di L. Sanseverino e G. Mazzoni, Padova, 1971, p. 690

⁸⁷ In tal senso si v. M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 256 ss

soprattutto quella di legittimità, è particolarmente concorde nel ritenere che il controllo giudiziale non possa riguardare, per il principio di cui all'articolo 41, Cost. (libertà di iniziativa economica), la validità dei criteri gestionali dell'impresa e l'opportunità e la congruità delle scelte imprenditoriali⁸⁸. In giurisprudenza si è inoltre affermato che il controllo giudiziale deve riguardare non solo la veridicità delle ragioni addotte dal datore di lavoro che vuol procedere ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma anche l'inutilizzabilità del lavoratore in altre mansioni compatibili con la sua qualifica⁸⁹. Nel caso di ristrutturazione aziendale, il giustificato motivo oggettivo non deve essere costituito da un generico ridimensionamento dell'attività, ma dalla specifica necessità di operare una soppressione di quel posto di lavoro o di quel reparto cui è addetto quel singolo lavoratore; in tal caso incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare non solo la concreta riferibilità di quello specifico licenziamento a ragioni di carattere produttivo-organizzative ma anche l'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni equivalenti e comunque compatibili con la qualifica rivestita e con il contenuto professionale dell'attività cui il lavoratore era precedentemente adibito (c.d. "obbligo di *repechage*"⁹⁰). Ancora si ritiene legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato dall'ultimazione di un cantiere edile, accompagnato

⁸⁸ Cass. 1 febbraio 1989, n. 618, in *Giust.civ.mass.* 1989, secondo la quale il giudice deve limitarsi ad accertare se il ridimensionamento sia stato effettivo e se sia dimostrata l'esistenza del nesso di causalità tra il ridimensionamento ed il singolo licenziamento. Stabilisce inoltre che il giudice non può sindacare nel merito le ragioni delle scelte tecniche operate dal datore di lavoro ed i criteri economici-produttivi seguiti dallo stesso nel ridimensionamento dell'azienda.

⁸⁹ Cass. 2 febbraio 1988, n. 986, in *Giust.civ.mass.* 1988, in cui viene ribadita l'insindacabilità della congruità e dell'opportunità delle scelte datoriali.

⁹⁰ V. Cerritelli- A. Piccinini, *Il licenziamento individuale. Analisi della normativa e guida alla sua applicazione dopo la legge 11.5.1990*, n. 108, Roma, 1991, p. 76

sempre dalla prova dell'impossibilità di utilizzare in altri cantieri della stessa impresa il lavoratore licenziato⁹¹. Ancora è considerato legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dovuto all'installazione di un impianto sostitutivo⁹². Per quanto riguarda il regime sanzionatorio conseguente all'accertamento della insussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, occorre, in primo luogo, far riferimento all'articolo 8 della L. n. 604/1966⁹³, come modificato dall'articolo 2 della L. n. 108/1990. La tutela accordata dall'articolo 8 si applica in tutti i casi in cui non sia operante la c.d. tutela reale ex articolo 18 dello Statuto dei lavoratori (datori di lavoro con più di 15 dipendenti nell'unità produttiva ovvero con più di 60 complessivamente). La tutela c.d. obbligatoria, prevista dal citato articolo 8, si caratterizza per il fatto che, nei rapporti regolati dalla stessa, il licenziamento è comunque, anche se privo di una giusta causa o di un giustificato motivo, idoneo ad interrompere il rapporto di lavoro. La sua caratteristica fondamentale risiede nell'alternativa che il datore di lavoro ha di optare per la riassunzione o per il pagamento di un'indennità (tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità) "liquidata *ad hoc* in sentenza"⁹⁴. Merita di essere segnalato il fatto che in dottrina si sia dibattuto circa il rapporto che

⁹¹ Cass. 18 maggio 1989, n. 2364, in *Giust.civ.mass*, 1989, fasc. 5

⁹² Corte di Appello di Roma, 31 gennaio, 1975, in *Segnal.g. lav.*, II, 22a, 195

⁹³ L'articolo 8 della L. n. 604/1966 dispone: "Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di 3 giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai 10 anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai 20 anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di 15 prestatori di lavoro".

⁹⁴ M. Papaleoni, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991, p. 107

intercorre tra l'obbligazione della riassunzione e quella del risarcimento del danno. Secondo un primo orientamento, peraltro minoritario, questo rapporto dovrebbe costituirsi secondo lo schema delle obbligazioni facoltative, in cui l'obbligazione principale è costituita dalla riassunzione e, nel caso in cui l'adempimento di tale obbligo divenga impossibile per fatto non imputabile al datore o per rifiuto del lavoratore a riprendere servizio, "il lavoratore si libererebbe completamente anche dell'obbligo risarcitorio"⁹⁵. Secondo un altro orientamento, peraltro prevalente, invece il rapporto tra la riassunzione e la penale risarcitoria si configurerebbe come un'obbligazione alternativa; in tal caso la facoltà di scelta sarebbe rimessa completamente al datore di lavoro, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui non sia possibile adempiere con una, l'obbligazione si concentrerebbe sull'altra⁹⁶. Tale orientamento è stato confermato anche dalla Corte Costituzionale, la quale ha affermato che "il pagamento dell'indennità, qualora il rapporto non si ripristini, sia sempre dovuto e lo sia per il solo fatto del mancato ripristino dello stesso, senza che a nulla rilevi quale sia il soggetto e quale la ragione per cui ciò abbia a verificarsi"⁹⁷. Per quanto attiene invece il l'ambito di applicazione della tutela reale ex articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, la L. n. 108/1990 ha modificato questo articolo, considerando rilevante, ai fini risarcitori, un unico periodo di tempo che va dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva

⁹⁵ Per tale orientamento dottrinario si v. E. Balletti, *Riassunzione o risarcimento del danno*, in *I licenziamenti individuali*, a cura di G. Ferraro, Napoli, 1990, p. 100 ss ; R. De Luca Tamajo- O. Mazzotta, *Sub art. 8 l. n. 604/1966*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano, 2013, p. 935; G. Napoletano, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli, 1990, p. 172

⁹⁶ Per tale orientamento si v. D. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966, p. 76

⁹⁷ Corte Cost. 28 dicembre 1970, n. 194, in *Foro.it*, 1971, I, p. 3

reintegrazione⁹⁸. Il legislatore del 1990 non è intervenuto sulla tripartizione delle categorie di illegittimità del licenziamento. Resta ferma quindi la precedente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale riguardante: il licenziamento inefficace perché intimato senza l'osservanza della forma scritta (*ex art. 2, L. n. 108/1990*), il licenziamento considerato nullo in quanto discriminatorio (*ex art. 3, L. n. 108/1990*) ed, infine, il licenziamento annullabile in quanto intimato senza giusta causa o giustificato motivo (*ex art. 3, L. n. 604/1966*).

⁹⁸ L'art. 18 della L. n. 300/1970, come modificato dall' articolo 1 della l. n. 108/1990, dispone: "Ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall' articolo 7 della L. n. 604/1966, il giudice con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell' articolo 2 della predetta legge o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo, ... ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro (primo comma dell' art. 1 della L. n. 108/1990).

Il giudice con la sentenza di cui al primo comma condanna il lavoratore al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità stabilendo una indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione,... in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a 5 mensilità di retribuzione globale di fatto" (quarto comma del predetto articolo).

1.6 L'apparato sanzionatorio del licenziamento e il regime della prescrizione dei crediti di lavoro

Come è noto, sussiste un rapporto di stretta correlazione tra il campo di applicazione della disciplina vincolistica in materia di licenziamenti individuali e la questione della decorrenza o meno, in corso di rapporto, del termine di prescrizione breve dei crediti retributivi del prestatore di lavoro subordinato. Quando si parla di prescrizione, occorre distinguere tra prescrizione ordinaria decennale (art. 2946 c.c.), che trova applicazione in casi eccezionali e, la prescrizione ordinaria quinquennale (art. 2948 c.c.), che opera nella generalità dei casi. Secondo quanto disposto dal codice civile, i diritti del prestatore di lavoro sono sottratti, di norma, alla prescrizione ordinaria decennale e sottoposti, in quanto crediti retributivi, alla prescrizione quinquennale regolata dall'articolo 2948, nn. 4 e 5⁹⁹. Si segnala inoltre che la prescrizione non è rilevabile d'ufficio dal Giudice (art. 2938 c.c.), è inderogabile, dal momento che “è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione” (art. 2936 c.c.) ed è irrinunciabile (art. 2937 c.c.). L' aspetto che interessa maggiormente è quello riguardante il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione. Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale con la storica sentenza del 10 giugno 1966, n. 63¹⁰⁰, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 2948, n.4, 2955 n. 2 e 2956, n. 1 del c.c. “limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro”. Alla

⁹⁹ L' articolo 2948 n. 4 c.c. dispone che: “ Si prescrivono in 5 anni gli interessi e, in generale, tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi”.

L' articolo 2948 n. 5 c.c. dispone che: “ Si prescrivono in 5 anni le indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro”.

¹⁰⁰ Corte Cost., 10 giugno 1966, n. 63, in Foro.it ,1966, I

base della pronuncia la Corte ha richiamato l'articolo 36 della Costituzione in materia di retribuzione; da tale norma è stato ricavato il principio della irrinunciabilità del diritto di credito alla retribuzione durante il rapporto di lavoro. La *ratio* della sentenza della Corte si comprende se si osserva il contesto socio economico dell'epoca: in un sistema lavorativo basato sulla libera recedibilità, diventava fondamentale proteggere il lavoratore, il quale, trovandosi in una posizione concreta di pericolo ("timore del recesso", secondo la sentenza) di essere licenziato, poteva essere indotto a non esercitare i propri diritti, rinunciandovi. Questo costituiva un pericolo particolarmente concreto in quei rapporti di lavoro di tipo privatistico, non aventi quella particolare "forza di resistenza"¹⁰¹ che caratterizza, per esempio, i rapporti di lavoro pubblicistici. E' proprio alla luce di queste considerazioni che la Corte Costituzionale si è sentita in dovere di riconoscere il differimento del termine di prescrizione dei crediti di lavoro alla fine del rapporto. Successivamente la Corte Costituzionale, sulla scorta del mutato contesto economico-normativo rispetto a quello che caratterizzava la sentenza del 1966, intervenne nuovamente nell'ambito della decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro. In proposito la Corte ha escluso l'applicazione del principio della non decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto nei confronti di quei rapporti caratterizzati dalla stabilità prevista dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. La Corte ritenne che il principio sul quale si basava la parziale illegittimità dell'articolo 2948, n. 4 del c.c. "non dovesse trovare applicazione tutte le volte che il rapporto di lavoro subordinato sia caratterizzato da una particolare forza di resistenza, quale deriva da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del

¹⁰¹ Corte Cost. 20 novembre 1969, n. 143, in *Giust.civ.*, 1969, I, 319

rapporto e fornisca la garanzia di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione”¹⁰². In definitiva dunque, la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto “è collegata alla stabilità reale che garantisce il dipendente e gli consente di invocare, nel caso di illegittimità del licenziamento, la reintegrazione nel posto di lavoro prevista dall’ articolo 18 dello Statuto”¹⁰³. Di contro, nei rapporti di lavoro ai quali trova applicazione la tutela “debole”, *ex art. 8, L. n. 604/1966*, il *dies a quo* della prescrizione dei crediti di lavoro è quello della cessazione del rapporto di lavoro.

¹⁰² Corte Cost. 21 dicembre 1972, n. 174, in *Giust.civ.* 1973, III, 37

¹⁰³ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’ articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, p. 436

CAPITOLO II

LA LEGGE FORNERO

2.1 La legge n. 92/2012: quadro generale del nuovo sistema di tutele

Con la legge 28 giugno 2012, n. 92 (cd "Legge Fornero" dal nome del Ministro del Lavoro in carica al momento della sua approvazione), intitolata “ *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*”, il legislatore ha perseguito le seguenti finalità.

In primo luogo ridimensionare il fenomeno del lavoro irregolare rendendo più flessibile e, quindi, più "appetibile" per il datore di lavoro, il mercato del lavoro.

In secondo luogo aumentando la flessibilità in uscita, anche e soprattutto alleggerendo e rendendo prevedibili e, quindi, calcolabili i costi del licenziamento per le imprese.

Fino al 2012 il legislatore ha accresciuto la c.d. flessibilità in entrata, rendendo possibile il ricorso reiterato a rapporti di durata temporanea.

Con la nuova legge, specialmente con il suo articolo 1, comma 42, che ha modificato l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, si è rafforzata la c.d. flessibilità in uscita, intervenendo sulla materia dei licenziamenti¹⁰⁴.

Intanto va evidenziata la diversa rubrica del "nuovo" art. 18 St.lav.

¹⁰⁴ Sull' analisi delle finalità della L. n. 92/2012, si v. O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 235 ss. L' Autore sottolinea come, a suo giudizio, non tutti gli scopi, che tale legge si prefiggeva, siano stati perseguiti con mezzi idonei.

Mentre lo "storico" art. 18 dello Statuto dei lavoratori era intitolato "*Reintegrazione nel posto di lavoro*", il nuovo art. 18 significativamente si intitola: "*Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*".

Prima della riforma del 2012, l'art. 18 St. lav. stabiliva che, accertata l'illegittimità del licenziamento, il datore di lavoro era tenuto a reintegrare il lavoratore nel proprio posto di lavoro e a risarcirgli il danno commisurato alla retribuzione (globale di fatto) che il lavoratore avrebbe percepito dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegra, con un "*minimum*" di danno pari a 5 mensilità.

Si assiste ad un incremento "quantitativo" dei precetti che compongono l'art. 18 St.lav. attraverso l'introduzione di una pluralità di tutele che si affiancano a quella tradizionale della reintegrazione nel posto di lavoro.

Il legislatore realizza infatti una graduazione del sistema sanzionatorio sulla base dello specifico vizio che colpisce l'atto di recesso, limitando la sanzione più "afflittiva" della reintegra ai casi di maggiore gravità e prevedendo, negli altri casi, un risarcimento del danno, seppur diversamente misurato¹⁰⁵.

¹⁰⁵ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav. , fasc. 2, 2012, p. 437; l'Autore sottolinea come sia opinione generalizzata il fatto che nel nuovo sistema sanzionatorio l' indennità risarcitoria rappresenta la regola, mentre la reintegrazione nel posto di lavoro è l' eccezione "in quanto la suddetta norma (art. 18, St.lav.) attribuisce prevalenza alla prima sanzione rispetto alla seconda".

2.2 A proposito delle diverse fattispecie di licenziamento illecito

Il nuovo art. 18 St.lav. fa riferimento a quattro differenti fattispecie di licenziamento illecito, a ciascuna delle quali corrisponde un diverso tipo di tutela.

La "prima" forma di tutela, disciplinata dai primi due commi del nuovo art. 18 St.lav. , è quella che viene definita “reintegrazione ad effetti risarcitori pieni¹⁰⁶”.

Essa dispone la reintegrazione nel posto di lavoro (primo comma) e l'integrale risarcimento dei danni medio tempore subiti, con un minimo di danno stabilito in cinque mensilità della retribuzione globale di fatto del lavoratore (secondo comma).

Questa forma di tutela è prevista nei seguenti casi:

- licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della L. n. 108/1990;
- licenziamento in concomitanza col matrimonio ex art. 35 del D.lgs. n. 198/2006;
- licenziamento per violazione dei divieti posti a tutela della maternità e paternità ai sensi dell'art. 56, commi 1, 6, 7 e 9 del D.lgs. n. 151/2001;
- licenziamento adottato sulla base di un motivo illecito determinante ai sensi dell' art. 1345 c.c.;
- licenziamento riconducibile agli altri casi di nullità previsti dalla legge;
- licenziamento orale.

Questa prima forma di tutela ricomprende tutti i lavoratori subordinati (compresi i dirigenti) “quale che sia il numero dei dipendenti occupati

¹⁰⁶ M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE “ Massimo D'Antona”, 4/06/2012, p. 2

dal datore di lavoro” (art.18, comma 1, come modificato dalla L. n. 92/2012).

Una seconda forma di tutela è quella prevista dall’art. 18, commi 4 e 7, primo periodo e prima parte del secondo periodo, che regola la “reintegrazione ad effetti risarcitori limitati” (c.d. “reintegrazione depotenziata”¹⁰⁷): alla reintegrazione nel posto di lavoro si somma un’indennità che in ogni caso non può superare le 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto.

Questa tutela è prevista in caso di:

- insussistenza, giuridica o di fatto, del "fatto tipico" contestato al lavoratore, fondante il licenziamento disciplinare dello stesso per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo;
- contestazione di un "fatto tipico" disciplinarmente rilevante che, secondo il contratto collettivo o il codice disciplinare applicabili, è punibile con una sanzione conservativa;
- manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo;
- mancanza di giustificatezza del licenziamento intimato, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della L. n. 68/1999, per inidoneità fisica o psichica del lavoratore;
- licenziamento intimato in violazione dell’articolo 2110, secondo comma, c.c.

La terza forma di tutela (c.d. “tutela indennitaria forte”), disciplinata dal comma 5 e dal comma 7, seconda parte del secondo periodo e del terzo periodo, prevede a favore del lavoratore illegittimamente

¹⁰⁷ Sul punto si v. G. Vidiri, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in Riv. it. dir. lav. , fasc. 4, 2012, p. 620 ss

licenziato la corresponsione di un'indennità compresa tra le 12,5 e le 24 mensilità della sua ultima retribuzione globale di fatto.

Tale tutela è prevista in tutti i casi di mancanza di giusta causa o di giustificato motivo (soggettivo o oggettivo) diversi da quelli cui si applica la reintegrazione "depotenziata", sopra indicati.

L'ultima forma di tutela, contemplata dal comma 6 dell' art. 18 St.lav., è quella della c.d. " tutela indennitaria debole"¹⁰⁸.

Essa dispone a favore del lavoratore illegittimamente licenziato un'indennità compresa tra le 6 e le 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Tale tutela si applica nelle ipotesi di licenziamento ingiusto per il mancato rispetto:

- del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della L. n. 604/1966;
- della procedura di contestazione disciplinare di cui all' art. 7 della L. n. 300/1970;
- della procedura di cui all'art. 7 della L. n. 604/1966.

¹⁰⁸ Sul punto si v. P. Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, (a cura di) P. Chieco, Bari, 2013, p. 384 e ss; si v. anche R. Galardi, *Il licenziamento inefficace*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 299 e ss; l' Autore parla, di " un'indennità risarcitoria dimidiata" nelle ipotesi di inefficacia previste dall' art. 18, comma 6, St.lav. .

2.3 Sui nuovi requisiti formali e procedurali introdotti dalla L. n. 92/2012

La legge Fornero ha apportato alcune modifiche (introdotte dall'art. 1, commi 37, 38, 39, 40, 41 e 42, lett. b), cpv. 10) che attengono ai requisiti formali e procedurali del recesso.

Quanto alla comunicazione obbligatoria e contestuale dei motivi del recesso per giustificato motivo oggettivo l'art. 1, comma 37, dispone che “la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato”;

La legge prevede poi un nuovo più ridotto termine per la proposizione dell'azione giudiziaria volta alla dichiarazione di illiceità del licenziamento, che da 270 giorni passa a 180 giorni.

La legge prevede inoltre un meccanismo di conciliazione obbligatoria preventiva per i soli licenziamenti economici nelle aziende con più di 15 dipendenti e, infine, la possibilità per il datore di revocare il licenziamento entro i 15 giorni successivi alla sua irrogazione¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Sul punto si v. V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto e economia*, in Riv. It. dir. lav. , 2012, I, p. 521 ss ; l' Autore sebbene osservi come la nuova regolamentazione “sembri enfatizzare” queste modifiche, subito dopo ne mette in luce le criticità.

2.4 La tutela reale “forte”

I primi tre capoversi della lettera b) dell'articolo 1, comma 42, della L. n. 92/2012 hanno sostituito i commi 1, 2 e 3 del "vecchio" articolo 18 della L. n. 300/1970 e contengono la disciplina sanzionatoria delle varie ipotesi di nullità del licenziamento.

Come detto, a seguito delle modifiche apportate dalla legge Fornero, la reintegrazione nel posto di lavoro (o, in alternativa, un'indennità sostitutiva pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto del lavoratore) e il risarcimento integrale del danno subito operano nei casi di licenziamento nullo o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell' articolo 1345 c.c. o inefficace perché intimato in forma orale.

Tale disciplina rappresenta “l'ultimo baluardo della vecchia tutela reale ex art. 18 della L. n. 300/1970”¹¹⁰.

Tale disciplina trova applicazione ogniqualvolta il licenziamento sia conseguenza di un motivo discriminatorio o di una delle altre ragioni indicate nel comma 1 dell'art. 18 St.lav. e ciò "indipendentemente dal motivo formalmente addotto”.

Tale precisazione ha come finalità quella di evitare che sia la motivazione formalmente addotta dal datore di lavoro a vincolare il giudice nell'indagine sulla "illegittimità" dell'atto di recesso. Spetta pertanto sempre al giudice, a prescindere dalle motivazioni addotte dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento, indagare sulla vera ragione che ha determinato il licenziamento e applicare la tutela corrispondente.

¹¹⁰ M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”. IT- 181/2013, p. 10

La prima ipotesi di licenziamento nullo, contenuta nel nuovo articolo 18, è quella del licenziamento discriminatorio.

Il legislatore fa espresso rinvio all'articolo 3 della L. n. 108/1990, il quale, a sua volta, richiama i motivi discriminatori di cui all'articolo 4 della L. n. 604/1966 e all'art. 15 dello St.lav.¹¹¹.

Vi sono poi altri motivi discriminatori, non espressamente menzionati nel comma 1 dell' art. 18 St. Lav., ma che ricadono nell'applicazione del regime di tutela della "reintegrazione ad effetti risarcitori pieni"¹¹², in virtù del rinvio, operato dal nuovo art. 18, "agli casi di nullità previsti dalla legge"¹¹³.

In primis il riferimento è all'ipotesi di "accertata infezione da HIV che non può costituire motivo di discriminazione, in particolare...per l' accesso o il mantenimento di posti di lavoro" (art. 5, comma 5, L. n. 135/1990).

C'è poi l'ipotesi secondo cui "costituisce discriminazione ogni comportamento che, direttamente o indirettamente, comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale o etnica, le convinzioni e le pratiche religiose", con la precisazione che "compie un atto di

¹¹¹ E' discriminatorio il licenziamento " determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall' appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali" (art. 4, L. n. 604/1966) nonché quello adottato nei confronti del lavoratore " a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero" e ancora " a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull' orientamento sessuale o sulle convinzioni personali" (art. 15, L. n. 300/1970, come modificato dall' art. 4, comma 1, D.lgs. 9 settembre 2003, n. 216).

¹¹² M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE " Massimo D'Antona", 4/06/2012, p. 2

¹¹³ Sul punto si v. P. Sordi, *Il nuovo articolo 18 della L. n. 300/1970*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Milano, 2013, p. 254 ; E. Tarquini, *I licenziamenti discriminatori*, in *Il nuovo mercato del lavoro; dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 253 ss ;

discriminazione [...] e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori [...] compiono qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza a una razza, a un gruppo etnico o linguistico, a una confessione religiosa, a una cittadinanza" (così l'art. 43, D.lgs. n. 286/1998).

Neppure con la L. n. 92/2012 è stata risolta la questione, oggetto di un acceso dibattito dottrinale, in merito al carattere tassativo o meno dell'elenco dei motivi discriminatori.

Mentre una parte della dottrina ha sostenuto la tassatività delle ipotesi di discriminazione¹¹⁴, un'altra parte della dottrina, e, con essa, la giurisprudenza di merito maggioritaria, ritiene invece che l'elenco dei motivi discriminatori abbia carattere solamente esemplificativo in quanto la dilatazione degli interessi vietati è tale da ricomprendervi "qualunque finalità, oggettivamente perseguita, diversa da quelle positivamente ammesse nell'ordinamento"¹¹⁵.

La seconda ipotesi di vizio, regolata dal nuovo articolo 18 St. lav., è rappresentata dalla nullità del licenziamento intimato: "in concomitanza col matrimonio" (articolo 35 del D.lgs. n. 198/2006),

¹¹⁴ Sul punto si v. O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, p. 520 ; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 51 ; a favore del carattere tassativo si è espressa anche la Corte di Giustizia la quale, con la sentenza Chacon Navas dell' 11 luglio del 2006, C- 13/05, riferendosi alla direttiva 200/78 ha respinto chiaramente l' estensione analogica dell' ambito di applicazione della normativa comunitaria " al di là delle discriminazioni fondate su motivi enunciati in modo esaustivo nell' articolo 1 di quest' ultima", negando, nello specifico, che la malattia, diversamente dall' handicap, rappresenti un fattore di differenziazione vietato.

¹¹⁵ M. T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in www.aidlass.it , 2012, p. 23; in giurisprudenza si v. Cass. , 8 agosto 2011, n. 17087, in Riv. giur. lav, 2012, II, 326, ove si parla di una possibile interpretazione estensiva del divieto di licenziamento discriminatorio, tale che l' area dei motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione inteso come " ingiusta o arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e, pertanto, accomunata nella reazione".

per la maternità, l'adozione o l'affidamento, per la domanda o la fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore (art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, D.lgs. n. 151/2001).

Le suindicate ipotesi non sono state modificate dall'intervento del legislatore del 2012.

L'art. 35 del D.lgs. n. 198/2006 prevede la nullità del licenziamento intimato a causa di matrimonio. Al riguardo il legislatore prevede una presunzione di nullità per causa di matrimonio di quei licenziamenti di lavoratrici (ma non anche di lavoratori) intimati nel periodo che va dalla richiesta delle pubblicazioni di matrimonio sino ad un anno dopo le nozze¹¹⁶.

L'altra forma di vizio regolata dall'articolo 18 è quella "ricongiungibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge".

In merito una parte della dottrina ha ritenuto che il concetto di "legge" possa essere esteso fino a farci rientrare anche la Costituzione "quale autentica miniera di diritti giurisprudenziali"¹¹⁷.

¹¹⁶ Sul punto si v. P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, p.279; E. Pasqualetto, *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, (a cura di) F. Carinci- M. Miscione, Dir. prat. Lav, 2012, n. 33, p. 46: l'Autrice sottolinea come una parte della giurisprudenza abbia sostenuto l'estensibilità della tutela in caso di matrimonio anche nei confronti dei lavoratori e non solo delle lavoratrici; in proposito l'Autrice segnala alcune sentenze, tra le quali Pre.t. Salerno, 26 luglio 1989, in *Giur. mer.*, 1991, 47; Pre.t. Buccino, 11 luglio 1989, in *Lav. prev. Oggi*, 1990, 144

¹¹⁷ F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in WP CSDLE " Massimo D' Antona", 2012, p. 21; dello stesso avviso è anche C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 546, il quale ritiene che il concetto di " altre ipotesi di nullità previste dalla legge" abbia natura di " norma di natura onnicomprensiva", secondo la quale sarebbero compresi non solo le ipotesi di frode alla legge, ma anche le ipotesi in cui sarebbero coinvolti " beni costituzionalmente garantiti".

Resta fermo che sono sanzionati con il regime della “tutela forte” quei licenziamenti che sono stati adottati in violazione di norme imperative (art. 1418 c.c.) oppure in frode alla legge (art. 1344 c.c.).

L’ultima fattispecie di licenziamento nullo prevista dall’art. 18 St. Lav., come modificato dalla L. n. 92/2012, è quella del recesso causato da “un motivo illecito determinante ai sensi dell’ articolo 1345 del codice civile”.

In proposito una parte della dottrina ha ritenuto che, per come è formulata la norma statutaria, non sia richiesto il requisito dell’“esclusività” del motivo illecito determinante, prevedendo conseguentemente la nullità del licenziamento - e, quindi, il regime sanzionatorio della “tutela forte” a esso conseguente - anche nell’ipotesi in cui il recesso si basi su uno o più motivi legittimi concorrenti¹¹⁸.

Altra dottrina ha ritenuto invece poco convincente la tesi sul presupposto che l’art. 1345 c.c. espressamente stabilisce che “il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe”. Di conseguenza il rinvio operato dalla disposizione statutaria all’art. 1345 c.c. deve esser letto nel senso che il datore di lavoro si è determinato al licenziamento del lavoratore “esclusivamente” per un motivo illecito¹¹⁹.

¹¹⁸ Per tale dottrina, si v. M. Marazza, *L’art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE “ Massimo D’Antona”, 4/06/2012, p. 5;

¹¹⁹ Per tale dottrina, si v. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 51-52; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in Arg. dir. lav. , 2012, p. 556- 557; E. Pasqualetto, *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, (a cura di) F. Carinci- M. Miscione, Dir. prat. Lav, 2012, n. 33, p.45-46

La Suprema Corte di Cassazione ha fatto rientrare in quest'ambito di tutela la fattispecie del licenziamento per ritorsione (diretta o indiretta) sul presupposto che è nullo il licenziamento “quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2, c.c., 1345 e 1324 c.c.” .

La Cassazione ha affermato che il licenziamento per ritorsione costituisce ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore (ritorsione diretta) o di altra persona a esso legata (ritorsione indiretta), che attribuisce al licenziamento il connotato dell'“ingiustificata vendetta”¹²⁰.

L'ultima ipotesi prevista dal comma 1 dell'articolo 18 della L. n. 300/1970, come modificato dalla L. n. 92/2012, è quella del licenziamento “dichiarato inefficace perché intimato in forma orale”.

Passando ad analizzare il contenuto della “tutela reale forte”, si nota come la sanzione della reintegrazione con effetti risarcitori pieni applicabile ai licenziamenti nulli di cui al novellato art. 18 St.lav. sia sostanzialmente sovrapponibile a quella prevista *ante* Riforma Fornero.

Così dalla declaratoria di nullità del licenziamento scaturisce non solo la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (art. 18, comma 1), ma anche il risarcimento del danno commisurato “all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quella della effettiva reintegrazione, dedotto quanto eventualmente percepito nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altra attività lavorativa, fermo restando che “ la misura

¹²⁰ Cass. ,8 agosto 2011, n. 17097, Riv. giur. lav, II, 2012, 326 ss. , con nota di Cannati

del risarcimento non potrà essere inferiore a 5 mensilità dell' ultima retribuzione globale di fatto" del lavoratore (art. 18, comma 2).

In merito al concetto di "ultima retribuzione globale di fatto" non si può menzionare sia pure brevemente la disputa dottrinale sul punto.

Una parte della dottrina considera, come base di calcolo, la retribuzione percepita prima del licenziamento con esclusione degli eventuali aumenti economici che siano nel frattempo intervenuti nel periodo successivo al licenziamento¹²¹.

Un'altra parte della dottrina fa invece riferimento al concetto di "ultima retribuzione" - come del resto è espressamente disposto nel nuovo art. 18 - intesa come comprensiva di tutti quegli emolumenti che il lavoratore avrebbe ricevuto nello specifico arco temporale che va dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione.

Da ciò discende che con l'espressione "ultima retribuzione" non ci si può che riferire a quella retribuzione che il lavoratore avrebbe percepito "prima del momento di effettiva riammissione in servizio", comprensiva dunque degli eventuali aumenti contrattuali nel frattempo intervenuti¹²².

Il comma 2 del nuovo art. 18 St.lav. prosegue affermando che dall'indennità deve essere "dedotto quanto percepito, nel periodo di

¹²¹ In questo senso si v. G. Vidiri, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in Riv. it. dir. lav. , fasc. 4, 2012, p. 622; M. Marazza, *L' articolo 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE " Massimo D' Antona". IT, 4/06/2012, p. 8 ; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell' articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in Arg. dir. lav. , 2012, p. 786

¹²² V. Speziale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell' art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE " Massimo D' Antona". IT- 165/2012, p. 55-56 ; nello stesso senso anche P. Chieco, *Il licenziamento nullo, in Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, p. 301

estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative” (il c.d. *aliunde perceptum*), confermando, per contro, l’esclusione della detraibilità del c.d. *aliunde percipiendum*, vale a dire quello che il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione¹²³.

L’ultimo aspetto da analizzare del regime della "tutela reale forte" è quello contenuto nell’art. 18, comma 3, che prevede la facoltà del lavoratore di “chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un’indennità pari a 15 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro”.

Quindi, secondo questa disposizione, la cessazione del rapporto di lavoro, è collegata alla sola dichiarazione, da parte del lavoratore, di optare per l’indennità monetaria, pari a 15 mensilità non assoggettate a contribuzione, senza essere in alcun modo ricondotta all’effettivo pagamento della stessa da parte del datore di lavoro, come era ritenuto dalla giurisprudenza¹²⁴.

¹²³La detraibilità dell’ *aliunde percipiendum* è per legge circoscritta alla sola sanzione della reintegrazione ad effetti risarcitori limitati di cui all’ art. 18, comma 4, L. n. 300/1970. In merito alle conseguenze della detraibilità dell’ *aliunde perceptum* si v. C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in Arg. dir. lav. , 2012, p. 556; P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012*, n. 92, Bari, 2013, p.299 ss.

¹²⁴ In passato si è discusso a proposito del momento in cui doveva considerarsi estinto il rapporto in seguito all’ opzione indennitaria. La stessa Corte Costituzionale aveva riconosciuto che il momento estintivo del rapporto non dovesse essere ricollegato alla ricezione, da parte del datore di lavoro, della manifestazione della volontà, bensì al pagamento dell’ indennità sostitutiva (Corte Cost. 92/1981, in Foro. It. , 92, I, 2044, con nota di D’ Antona). Conseguenza di questa impostazione fu che permaneva in capo al datore di lavoro l’ obbligo contributivo fino a quando non fosse stata pagata la somma dovuta. Dello stesso avviso fu anche la giurisprudenza, la quale ritenne che, finchè il datore di lavoro non avesse compiuto il pagamento dell’ indennità sostitutiva, permanesse in capo allo stesso non solo l’ obbligo ma anche il diritto del lavoratore a far valere come titolo esecutivo la sentenza che, nel riconoscere la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, ha attribuito a titolo risarcitorio le retribuzioni globali di fatto dalla

Da ultimo il comma 3 dell' art. 18 St. lav. precisa che “la richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall' invito da parte del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione”¹²⁵

data del licenziamento a quella della riassunzione (Cass. 23 dicembre 2009, n. 27147, in Riv. it. dir. lav. , 10, II, 544 ; Cass. 21 dicembre 2009, n. 26890, in Mass. Giur. lav. , 10, 302, con nota di Menghini ; Cass. 28 luglio 2003, n. 11609, in Lav. giur. , 2003, 6829).

¹²⁵ Quest' ultima disposizione è stata particolarmente criticata da una parte della dottrina per il fatto che la facoltà di opzione, concessa al lavoratore, è preordinata alla comunicazione del deposito della sentenza e, quindi alla conoscenza delle motivazioni della dichiarazione di nullità del licenziamento. L' anticipazione del suo esercizio (rispetto al deposito della sentenza), a seguito dell' invito del datore di lavoro a riprendere servizio, potrebbe pregiudicare il lavoratore, costringendolo ad optare per l' indennità sostitutiva, senza nemmeno avere conoscenza delle ragioni del *decisum* del Giudice e quindi di tutti quegli elementi che gli consentirebbero una valutazione attenta e ragionata sulla convenienza dell' opzione facoltativa. In tali termini si v. M. Marazza, *L' articolo 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE “ Massimo D' Antona”. IT, 4/06/2012, p. 9.

2.6 La tutela reale “attenuata”

La tutela reale “attenuata” (o debole), regolata dall’ articolo 18, come modificato dalla L. n. 92/2012, è prevista, in primo luogo, in caso di assenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo “per insussistenza del fatto contestato” (art. 18, comma 4) o nel caso in cui il fatto rientri “tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili” (art. 18, comma 4). Deve essere fin da subito segnalato il fatto che il regime sanzionatorio, disposto dall’ articolo 18, comma 4, (reintegrazione nel posto di lavoro e risarcimento del danno non superiore a 12 mensilità di retribuzione globale di fatto, dedotto l’ *aliunde perceptum e percipiendum*) si applica ai datori di lavoro con più di 15 dipendenti (o più di 5, nel caso di impresa agricola) nell’ unità produttiva e, in ogni caso, ai datori che occupino alle proprie dipendenze più di 60 dipendenti¹²⁶. La riforma del 2012 non ha apportato modifiche al concetto di giusta causa e giustificato motivo, per i quali continuano ad operare, rispettivamente, le disposizioni di cui all’ articolo 2119 c.c. e all’ articolo 3 della L. n. 604/1966¹²⁷. Pertanto, per integrare gli estremi del giustificato motivo soggettivo, occorre che il fatto (l’inadempimento) del lavoratore debba essere “notevole” (art. 3, L. n. 604/1966), mentre, ai fini della sussistenza della giusta causa, occorre che lo stesso debba essere tale

¹²⁶ L’ articolo 18, comma 8, della L. n. 92/2012, stabilisce espressamente i necessari requisiti numerici che devono sussistere affinché operi il regime sanzionatorio previsto dalle disposizioni dei commi dal quarto al settimo dello stesso articolo.

¹²⁷ Sul punto sono concordi vari Autori; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’ articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav., fasc. 2, 2012, p. 439; M. Marazza, *L’ articolo 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE “Massimo D’ Antona”. IT, 4/06/2012, p. 13; V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in Riv. it. dir. lav., II, 2012, p. 552

da “ impedire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto” (art. 2119, c.c.). Uno degli aspetti che ha suscitato più discussioni in dottrina attiene all’ espressione di “insussistenza del fatto contestato”. In proposito una parte della dottrina ha ritenuto che il concetto di “fatto” dovesse essere inteso in senso oggettivo, “materiale”, valutato nei suoi elementi oggettivi (azione/omissione, nesso di causalità, evento) e privo di qualunque connotazione legata alla condotta del lavoratore (dolo, grado della colpa, ecc...)¹²⁸. In base a questa prospettiva il “fatto” deve essere analizzato nella sua storicità materiale, quale evento concreto, e la sua sussistenza deve essere accertata senza margini per valutazioni discrezionali. Un’altra parte della dottrina, invece, ha qualificato il concetto di “ fatto” come “ fatto giuridico”, comprensivo non solo della pura e semplice condotta tenuta dal lavoratore ma anche degli aspetti connessi al comportamento del lavoratore sotto il profilo dell’ elemento soggettivo (dolo, grado della colpa, ecc...)¹²⁹. Come è stato osservato, se si prescindesse dalla valutazione del comportamento alla luce della sua qualificazione giuridica, dovrebbero ammettersi anche le

¹²⁸ Per un’adeguata ricostruzione sul punto, si v. M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare nell’ articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, (a cura di) F. Carinci- M. Miscione, Dir. prat. Lav, 2012, n. 33, p.53. Allo stesso modo si sono espressi anche : A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’ articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav. , II, 2012, p. 438 ss. ; C. Pisani, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie ed oneri probatori*, in Mass. Giur. lav. , 2012, 744

¹²⁹ Sul concetto di fatto come “ giuridico” sono concordi vari Autori: O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 248 ; R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 291 ss , il quale ritiene che “ il fatto contestato non può prescindere dalla valutazione dei profili soggettivi della condotta del lavoratore”. ; R. Riverso, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in csdle.lex.unict.it ,

contestazioni di fatti di scarso o inesistente rilievo¹³⁰. Opinioni unanimesi non si sono registrate neanche nella giurisprudenza. *In primis*, dopo pochi mesi dall'entrata in vigore della L. n. 92/2012, si è avuta una prima puntualizzazione sul significato dell'espressione "insussistenza del fatto contestato", ad opera di un' Ordinanza del Tribunale di Bologna del 15 ottobre 2012¹³¹; in proposito si è affermato che, parlando di fatto, la norma dovesse far necessario riferimento al "c.d. Fatto Giuridico, inteso come globalmente accertato nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo", quindi non solo al fatto materiale, ma anche all'elemento psicologico. In secondo luogo, merita di essere segnalata la posizione assunta dalla Suprema Corte di Cassazione nel 2014¹³², la quale ha voluto precisare che l'art. 18, L. n. 300/1970, nella sua nuova formulazione, opera una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo soggettivo e che, ai fini della tutela reintegratoria, rileva la sola verifica "della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento", senza margini per valutazioni discrezionali in proposito. Passando ora

¹³⁰ Lo stesso O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, in Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 248, ritiene che la lettura del concetto di "fatto" come fatto prettamente materiale sia " del tutto priva di ogni, sia pur minimo, barlume di ragionevolezza". Lo stesso Autore, infatti, si pone una domanda: " come è possibile che possa essere sufficiente a giustificare il licenziamento l' allegazione e la successiva prova di un mero fatto materiale del tutto irrilevante dal punto di vista disciplinare?".

¹³¹ Trib. Bologna (ord.) 15 ottobre 2012 (Giudice Marchesini), in Riv.it.dir.lav. , 2012, II, 1049 (nota).

¹³² Cass. Civ. 6 novembre 2014, n. 23669, in Giur.it. , 2015, 2183; nel caso di specie la Suprema Corte ha confermato la decisione della Corte di Appello di Venezia del 18/12/2013, la quale, in riforma della sentenza impugnata, aveva annullato il licenziamento intimato ad un direttore di una filiale di una Banca ai sensi dell' art. 18, comma 4, L. n. 300/1970, come modificato dalla L. n. 92/2012.

all'altra ipotesi, prevista dall' art. 18, comma 4, della L. n. 300/1970, del fatto che rientra "tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili", deve essere fin da subito specificato che, in questo caso, pur sussistendo gli estremi dell'inadempimento imputabile al lavoratore (il fatto, quindi, "sussiste"), è però presente l' espressa previsione, nel codice disciplinare applicabile a quel rapporto, della condotta addebitata al dipendente licenziato come comportamento punibile con una sanzione conservativa. L'interpretazione dottrina del "fatto", inteso come "fatto giuridico" (nell' *unicum* della sua componente oggettiva e soggettiva) sembra che debba trovare conferma proprio alla luce di quest' ultima fattispecie¹³³. Nella versione precedente all' approvazione della L. n. 92/2012 si ricollegava l'applicazione della reintegrazione nella sua forma "attenuata" non solo a quelle ipotesi in cui il fatto fosse sanzionato con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi e dei codici disciplinari, ma anche sulla base "delle previsioni di legge", *in primis* con riferimento al principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'infrazione di cui all'articolo 2106 c.c.¹³⁴ . Con la formulazione

¹³³ R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare, in Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 292 ss. L' Autore osserva infatti come la " riprova matematica dell'identificazione tra fatto ed inadempimento" (inteso come inadempimento a lui imputabile) risieda proprio nella seconda parte del comma 4, in ragione del fatto che i codici disciplinari ed i contratti collettivi non disciplinano fatti nella loro nuda materialità ma " inadempimenti che, a seconda della loro gravità, ricevono un diverso trattamento sanzionatorio" ; Allo stesso modo è concorde V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in Riv.it.dir.lav. , 2012, I, 553

¹³⁴ Nella prima versione dell'articolo 18, comma 4, approvata dal Consiglio dei Ministri il 23 marzo 2012, la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato per motivi disciplinari poteva essere disposta solo nelle ipotesi di: a) insussistenza del fatto; b) o perché "il fatto rientra tra le

definitiva dell'articolo 18, comma 4, pur mancando il riferimento espresso alle "previsioni di legge", non si può prescindere dal giudizio di proporzionalità della sanzione (come disposto dall' art. 2106 c.c.), non essendo abrogato né implicitamente né esplicitamente¹³⁵. In definitiva, in queste ipotesi, il giudice, per dichiarare l'illegittimità del recesso e disporre così la reintegrazione, dovrà valutare non solo che il fatto risulti esistente, ma abbia anche una portata tale da poter comportare l'applicazione di una sanzione conservativa sulla base del contratto collettivo (applicabile a quel rapporto), del codice disciplinare e della legge¹³⁶. L'articolo 18, comma 7, secondo periodo, della L. n. 300/1970, dispone che la tutela reintegratoria "attenuata" "possa" essere prevista nel caso in cui il giudice accerti "la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo"¹³⁷. Merita di essere segnalato il fatto che con la

condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle tipizzazioni di giustificato motivo soggettivo e di giusta causa previste dai contratti collettivi applicabili". Nella versione dello stesso articolo, trasmessa il 5 aprile 2012 al Senato, veniva modificata la seconda condizione, consentendo di procedere alla reintegrazione se "il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili". A tale proposito, F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 172/2013, p. 43, osserva come la "Confindustria credeva di aver chiuso una volta per tutte la battaglia interpretativa coll'ottenere che venisse soppresso il riferimento alla "previsione di legge".

¹³⁵ F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona", 2012, p. 21, ritiene che l'articolo 2106 c.c. costituisca "l'elemento caratterizzante dello stesso esercizio del potere disciplinare, che come tale lo connatura e lo condiziona nel suo stesso esistere". Dello stesso avviso è anche M. Marazza, *L'articolo 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT, 4/06/2012, p. 12

¹³⁶ Come ha affermato V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in Riv.it.dir.lav. , 2012, I, 555, " il giudizio di proporzionalità è confermato come elemento essenziale dell' accertamento del giudice, seppur delegato ad atti esterni, contrattuali o unilateralmente predisposti dal datore di lavoro".

¹³⁷ L'articolo 18, comma 7, della L. n. 300/1970, dispone che : " Il giudice... può altresì applicare la predetta disciplina nell' ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del

riforma del 2012 è stata introdotta un'apposita procedura preventiva ed obbligatoria di conciliazione, disciplinata dal nuovo testo dell' art. 7 della L. n. 604/1966, da esperire nel caso in cui il datore di lavoro, in possesso dei requisiti dimensionali di cui all' ottavo comma dell'articolo 18, intenda procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo¹³⁸. Prima di analizzare il contenuto della normativa predisposta dal novellato articolo 18, comma 7, è opportuno richiamare gli estremi che configurano il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all' articolo 3 della L. n. 604/1966, secondo il quale esso dovuto a “ ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”. Da questa definizione la giurisprudenza ha colto l'occasione, più di una volta, di specificare i requisiti che occorrono per integrare gli estremi del giustificato motivo oggettivo. In primo luogo il giustificato motivo oggettivo si deve basare su delle modifiche strutturali nell'organizzazione aziendale dovute a situazioni non contingenti, comportanti una riduzione della forza lavoro impiegata¹³⁹ (ad esempio un'esternalizzazione di un segmento produttivo dell'azienda). In tale tal caso è consentito al giudice solo un controllo sulla effettiva sussistenza e veridicità di tali motivi, mentre è fatto divieto di

licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma”.

¹³⁸ Per un' approfondita disamina di questa procedura preventiva obbligatoria di conciliazione, si v. P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 263 ss

¹³⁹Tra le tante, si v. Cass. 14 maggio 2012, n. 7474, in *Mass.Giust.civ.* , 2012, n. 5, 608; Cass. 28 settembre 2011, n. 19616, in *Mass. Giust. civ.* , n. 9, 1345. Secondo la giurisprudenza il licenziamento per g.m.o. , per essere legittimo, occorre una crisi non contingente che comporti una soppressione del posto di lavoro e legata a situazioni sfavorevoli dotate di una “ certa stabilità”.

sindacare sul merito delle scelte imprenditoriali (in quanto espressione della libertà di iniziativa economica ai sensi dell'art. 41 Cost.). In secondo luogo, l'altro requisito che serve per configurare il giustificato motivo oggettivo è quello riguardante la sussistenza del nesso causale tra i motivi che hanno comportato la soppressione del posto di lavoro ed il licenziamento del prestatore di lavoro addetto proprio a quel posto¹⁴⁰. Il terzo requisito richiesto è quello riguardante la prova (a carico del datore di lavoro) dell'impossibilità di *repechàge*¹⁴¹, ovverosia l'impossibilità di adibire il lavoratore non solo ad altre mansioni equivalenti, ma anche a mansioni inferiori¹⁴² in altre sedi aziendali¹⁴³. Perché possa essere accordata la tutela reale, seppur nella sua forma "attenuata", occorre, ai sensi del nuovo articolo 18, comma 7, della L. n. 300/1970, che la mancanza del giustificato motivo oggettivo sia "manifesta". Questo aggettivo, in dottrina, ha suscitato notevole perplessità e discussioni in ragione della sua formulazione. Una parte della dottrina ha ritenuto che il concetto di "manifesta insussistenza" dovesse essere inteso come "evidente"¹⁴⁴

¹⁴⁰ Cass. 26 marzo 2010, n. 7381, in *Orient. Giur. lav.*, 2010, n. 2, 469; Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, in *Dir. prat. Lav.*, 2010, 857, con nota di Bordone.

¹⁴¹ Sul punto si v. Cass. Sez. lav. 4 settembre 2014, n. 18678, in *altalex.com*, la quale ha ritenuto legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, pur non essendo provato tuttavia l'adempimento dell'obbligo di *repechage*, di un lavoratore a seguito di numerose assenze qualificate, dalla Suprema Corte, "a macchia di leopardo" e comunicate all'ultimo momento dal lavoratore, "con conseguente mancanza di continuità e proficuità...", da cui derivava una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile da parte della società, risultando la stessa inadeguata sotto il profilo produttivo, e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale".

¹⁴² Cass. Sez. lav. 1 luglio 2011, n. 14517; Cass. 18 marzo 2009, n. 6552, in *Dir. prat. Lav.*, 2009, n. 2, 507

¹⁴³ Secondo un orientamento della Cassazione il datore di lavoro deve fornire la prova di non poter adibire il lavoratore neppure in una sede situata all'estero; Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, in *Orient. Giur. lav.*, 2011, I, 182

¹⁴⁴ A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, p. 58; allo stesso modo, si v. anche A. Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 666, il quale

insussistenza, da ravvisarsi nel c.d. “torto marcio”¹⁴⁵ del datore di lavoro. Altra parte della dottrina ritiene, forse più correttamente, che “manifesta” debba essere intesa come “evidente e facilmente verificabile assenza di presupposti giustificativi”¹⁴⁶. Ad ogni modo, il novellato articolo 18 comma 7, della L. n. 300/1970, dispone letteralmente che, una volta accertata la “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”, il giudice “può” applicare la tutela reale attenuata di cui al comma 4 dell’articolo 18. Anche su questo punto si sono registrate delle discussioni in dottrina. Attenendosi al dettato normativo, una parte della dottrina ha affermato che quel “può” deve essere letto come espressione di un potere discrezionale del giudice di ordinare, in caso di “manifesta insussistenza”, la reintegrazione nel posto di lavoro

ritiene che il concetto di “manifesta” debba essere riferito “alla maggiore o minore evidenza delle circostanze invocate dal datore di lavoro a fondamento dell’addotto giustificato motivo oggettivo di licenziamento.” Secondo M. Marazza, *L’articolo 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT, 4/06/2012, p. 16, la differenza tra insussistenza semplice e “manifesta” insussistenza può essere ricercata nel grado di coincidenza “tra i fatti descritti nella lettera di licenziamento e quelli provati in giudizio (con onere a carico del datore di lavoro) “a seguito dei quali può risaltare una “maggiore o minore coincidenza tra il fatto descritto ed il fatto concreto dal quale ricavare l’ accertamento della “manifesta” insussistenza”, quindi l’ applicazione della tutela reale attenuata.

¹⁴⁵ A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’ articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav. , II, 2012, p. 443

¹⁴⁶ O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 252. Lo stesso Autore configura come ipotesi di “manifesta” insussistenza il caso di un lavoratore che viene licenziato perché sostituito da una macchina e la macchina non c’è; dello stesso avviso anche V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in Riv. it. dir. lav. , 2012, I, p. 563, ritiene che la “manifesta insussistenza” debba identificarsi con “la carenza della ragione organizzativa o quando essa, pur presente, non ha un rapporto causale con il recesso” (ad esempio in caso di licenziamento per riorganizzazione aziendale inesistente o di scarsissima consistenza, soppressione di un posto di lavoro che in realtà non è stato eliminato, ecc...). Dello stesso avviso anche F. Carinci, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 172/2013, p. 48 ss.

ed il risarcimento del danno, sia pure nella sua forma attenuata¹⁴⁷. A tale impostazione se ne è opposta un'altra, da ritenersi preferibile, secondo la quale quel "può" deve essere interpretato come un "deve", sul presupposto della "tassatività delle condizioni nelle quali la reintegrazione opera"¹⁴⁸. L'ultimo gruppo di ipotesi, per le quali è prevista la tutela reale "attenuata", è quello regolato dal primo periodo del comma 7 del novellato articolo 18 St. Lav. , il quale dispone l'applicabilità del regime di cui al comma 4 "nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della L. n. 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

¹⁴⁷ Il carattere facoltativo della reintegra è sostenuto, tra gli altri, da: P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Relazione di P. Ichino al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del lavoro "Domenico Napoletano"*- Pescara, 11 maggio 2012, p. 17, secondo il quale il giudice può valutare, in ciascun caso concreto, " se la mancanza di alcuna evidenza della perdita attesa indicata dall' imprenditore possa o no considerarsi indizio di un motivo illecito del licenziamento". Dello stesso avviso anche C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav. , 2012*, p. 577; si v. anche M. Marazza, *L' articolo 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE " Massimo D' Antona". IT, 4/06/2012, p.14; da ultimo anche, V. Speziale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE " Massimo D' Antona".IT- 165/2012, p. 50

¹⁴⁸ Così A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all' articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav. , 2012*, p. 443; nello stesso senso si v. anche, O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 252 ; T. Treu, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in *La nuova riforma del lavoro- Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*, (a cura di) M. Magnani, M. Tiraboschi, Milano, p. 34; F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 172/2013, p. 47, il quale ritiene che, se quel "può" fosse interpretato come un libero esercizio discrezionale da parte del giudice, esso potrebbe configurare anche un' ipotesi di illegittimità costituzionale per " manifesta irragionevolezza" dovuta all' assenza di criteri che limitino la scelta del magistrato se procedere o meno alla reintegrazione. ; in giurisprudenza si v. Trib. Milano, 28 novembre 2012, Est. Casella, in www.dplmodena.it

civile” (c.d. superamento del periodo di comporto). Tale previsione rinviene la propria legittimazione in tre norme costituzionali: l’articolo 2 Cost. nell’ambito dei doveri inderogabili di solidarietà; nell’articolo 32 Cost. che tutela specificatamente il diritto alla salute; ed infine nell’articolo 38, comma 3, Cost. che tutela il diritto all’educazione ed all’avviamento professionale dei soggetti inabili e minorati¹⁴⁹. Per quanto riguarda la prima ipotesi si fa riferimento al licenziamento intimato per “l’inidoneità” sopravvenuta “fisica o psichica del lavoratore”. A titolo puramente esemplificativo possono essere richiamati, nella disposizione, i casi regolati nell’art. 4, comma 4, della L. n. 68/1999 (“*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*”): i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni a seguito di infortunio o malattia; i lavoratori divenuti inabili a causa dell’inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro. Vengono inoltre ricondotti in questa disciplina anche quei lavoratori che rientrano nell’ambito dell’articolo 10, comma 3, della L. n. 68/1999: lavoratori assunti in quota disabili nell’ipotesi di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell’organizzazione del lavoro. L’altro riferimento, contenuto nel comma 7 dell’articolo 18 St.lav. , è quello riguardante il licenziamento intimato in violazione dell’articolo 2110, comma 2, c.c. . L’ipotesi è quella attinente la malattia del lavoratore che si protragga oltre il c.d. periodo di comporto, oltre cioè quel lasso di tempo che la legge

¹⁴⁹ Per un’interessante ricostruzione giurisprudenziale riguardante questa tipologia di licenziamento, si v. P. Sordi, *Il nuovo articolo 18 della legge n. 300/1970*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero.* , Milano, 2013, p. 295 ss ; P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 267 ss.

pretende trascorra, prima che il datore possa recedere dal rapporto, lasso di tempo durante il quale rimane a carico del datore di lavoro il rischio relativo all' impossibilità di ottenere la prestazione da parte del lavoratore¹⁵⁰. Infine, in merito al contenuto della tutela reale "attenuata", esso risulta descritto nel comma 4 del novellato articolo 18 St.lav.¹⁵¹. Essa stabilisce che il giudice annulli il licenziamento e condanni il datore alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al pagamento di un' indennità risarcitoria (fino ad un massimo di 12 mensilità dell' ultima retribuzione globale di fatto) dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, dedotto non solo l'*aliunde perceptum* (come avviene nei casi di licenziamento nullo), ma anche l'*aliunde percipiendum* (vale a dire quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione). La differenza principale rispetto alla tutela reintegratoria piena risiede nel fatto che in quella "attenuata" non è contemplato un risarcimento totale della perdita

¹⁵⁰ Sul punto si v. Cass. Sez. lav. , 31 gennaio 2012, n. 1404, in Rep. Foro it. , voce Lavoro (rapporto), n. 513, la quale ritiene che le regole dettate dall' articolo 2110 c.c. , per le ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, prevalgano, in quanto speciali, sia sulla disciplina dei licenziamenti individuali sia su quella degli articoli 1256, 1463 e 1464 c.c. , e si sostanziano nell' impedire al datore di lavoro di porre fine unilateralmente al rapporto fino al superamento del limite di tollerabilità dell' assenza (c.d. comportamento) predeterminato dalla legge, dalle parti o, in via equitativa, dal giudice, nonché nel ritenere tale superamento unica condizione di legittimità del recesso.

¹⁵¹ Il comma 4 dell' art. 18, L. n. 300/1970 dispone che : " Il giudice... annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un' indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione... ".

economica subito a seguito del licenziamento illegittimo, ma un' "indennità risarcitoria" con due limiti: il primo è quello della detraibilità non solo dell'*aliunde perceptum*, anche dell'*aliunde percipiendum*; il secondo è dato dal fatto che l'indennità, non potendo superare le 12 mensilità, potrebbe essere tale da minimizzare il costo del licenziamento illegittimo posto in essere dal datore di lavoro, e tale da compromettere l'interesse del lavoratore¹⁵². Nelle ipotesi coperte dalla tutela reale "attenuata" il licenziamento è annullato e viene ordinata la reintegrazione; il recesso non è idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro che si considera come "mai interrotto"¹⁵³ ed, a seguito del provvedimento giudiziale, il lavoratore ha diritto alla ricostituzione della propria situazione giuridica in precedenza esistente. Il comma 4, come detto, prevede che l'indennità risarcitoria debba essere commisurata "all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione". Così come formulato, quindi, sembrerebbe coprire anche il periodo successivo alla sentenza¹⁵⁴. Questo aspetto è stato giudicato diversamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza: la dottrina maggioritaria tende a ritenere che l'indennità risarcitoria debba coprire il c.d. "periodo intermedio"¹⁵⁵ (vale a dire quello che intercorre tra il licenziamento sino a quello della decisione del giudice che ordina la

¹⁵² Sul punto è particolarmente critico M. Marazza, *L'articolo 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT, 4/06/2012, p. 19

¹⁵³ A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, p. 54

¹⁵⁴ Sul punto si v. P. Sordi, *Il nuovo articolo 18 della legge n. 300/1970*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero.*, Milano, 2013, p. 307, il quale ritiene che se l'indennità risarcitoria fosse commisurata fino al "giorno della effettiva reintegrazione", essa "produrrebbe l'inaccettabile conseguenza" secondo la quale nessuna conseguenza economica graverebbe sul datore di lavoro che rifiutasse di eseguire l'ordine di reintegrazione.

¹⁵⁵ In questo senso, si v. A. Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in Riv. it. dir. lav., IV, 2012, p. 677; G. Vidiri, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in Riv. it. dir. lav., IV, 2012, p. 636

reintegrazione del lavoratore) ; al contrario, la giurisprudenza di merito, in alcune sentenze, ha quantificato l' indennità rapportandola dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Tra le tante si v. Trib. Roma (ord.) 8 aprile 2013, Est. Armone- R.G. 32596/2012, in Lav. giur. , 2013, 7, 747 ; Trib. Roma (ord.) 14 gennaio 2013, Est. Valle- R.G. 35289/2012, in www.giuslavorist.it

2.6 La tutela obbligatoria “forte”

L'ambito di operatività della tutela obbligatoria (c.d. indennitaria) “forte” è definito in via residuale, nel senso che si riferisce a quei casi di insussistenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo o oggettivo per i quali non opera la tutela reale “attenuata”¹⁵⁷. È previsto che quando sussistono “le altre ipotesi” regolate dai commi 5 e 7 dell'articolo 18 St.lav. , il giudice “dichiara risolto il rapporto di lavoro” e condanna il datore di lavoro al pagamento di una “indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata da un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”, liquidata secondo criteri fissati dalla legge. Come si è avuto modo di osservare, lo scopo del legislatore è stato quello di voler confermare che, in queste ipotesi, il recesso, sebbene illegittimo, comunque “estingue il rapporto di lavoro”¹⁵⁸. Allo stesso tempo è stato riconosciuto come la dichiarazione di risoluzione del rapporto di lavoro non abbia carattere giudiziale, tanto meno con effetto

¹⁵⁷ L'articolo 18, comma 5, della L. n. 300/1970 dispone così: “ Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto 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 12 ed un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo”.

L'articolo 18, comma 7, della L. n. 300/1970 dispone allo stesso modo che: “... nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo (oggettivo), il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma...”.

¹⁵⁸ P. Sordi, *Il nuovo articolo 18 della legge n. 300/1970*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero.* , Milano, 2013, p. 302; sullo scopo delle norme in commento, si v. anche, V. Speziale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE “ Massimo D' Antona”.IT- 165/2012, p. , il quale sostiene che l' indennizzo economico rispecchi un approccio di “ *law and economics*” che consente un' esatta quantificazione del costo del recesso. L' Autore continua affermando, tuttavia, che questo indennizzo conduce soltanto ad una “mera monetizzazione del licenziamento” come se il bene lavoro “ fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo”.

costitutivo, dal momento che l' estinzione del rapporto di lavoro non può essere ricondotta alla pronuncia del giudice, “ma alla volontà, per quanto non sorretta da giustificazione, del datore di lavoro”¹⁵⁹. Il recesso risolve il rapporto di lavoro dalla “data del licenziamento”¹⁶⁰. Con riferimento all' indennità (compresa tra 12 e 24 mensilità), il legislatore prevede espressamente che, per carenza di motivi soggettivi in cui è possibile applicare questa forma di tutela, essa debba essere commisurata, in primo luogo, “all'anzianità del lavoratore” , presumibilmente “di servizio”¹⁶¹, e tenuto conto di altri fattori, quali: il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro; dimensioni dell'attività economica; comportamento e condizioni delle parti¹⁶² (art. 18, comma 5, della L. n. 300/1970). Viceversa, nelle ipotesi di licenziamento illegittimo per carenza di giustificato motivo oggettivo i cui è possibile applicare questa forma di tutela, il giudice determina la medesima indennità risarcitoria tenendo conto, oltre che dei parametri già indicati, anche delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento tenuto dalle parti nell'ambito della procedura obbligatoria preventiva di

¹⁵⁹ C. Cester, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, (a cura di) F. Carinci- M. Miscione, Dir. prat. Lav, 2012, n. 33, p. 37, il quale, a sostegno di questa considerazione, l' Autore evidenzia come il giudice “dichiari risolto il rapporto, non a caso con effetto dalla data di licenziamento.

¹⁶⁰ A tale proposito A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all' articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav. , II, 2012, p. 425, osserva che questa data identifica il momento in cui “ si estingue il rapporto di lavoro anche nel caso di accertata illegittimità del licenziamento”.

¹⁶¹ R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 282

¹⁶² A tale proposito lo stesso A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all' articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav. , II, 2012, p. 425 osserva come “all'anzianità del lavoratore” debba essere riconosciuto un “peso preponderante” rispetto agli altri criteri indicati dal legislatore.

conciliazione di cui all' articolo 7 della L. n. 604/1966 (art. 18, comma 7, secondo periodo, della L. n. 300/1970). Come espressamente previsto dal legislatore l' indennità è definita come “onnicomprensiva” e, secondo la dottrina maggioritaria, ha carattere “puro” e, come tale, coprirebbe qualsiasi danno, incluso quello di carattere previdenziale¹⁶³.

¹⁶³In questo senso A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all' articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav. , II, 2012, p. 425; M.T. Carinci, *Il rapporto del lavoro al tempo della crisi*, in www.aidlass.it. p. 21. ; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, p. 453 ; M. Marazza, *L' articolo 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE “ Massimo D' Antona”. IT, 4/06/2012, p. 16-17

2.7 La tutela obbligatoria “debole”

La quarta ed ultima forma di tutela, disciplinata nel nuovo articolo 18, comma 6, della L. n. 300/1970, come modificato dalla Legge Fornero, si applica nelle ipotesi di “inefficacia del licenziamento”, quali: violazione del requisito di motivazione di cui all’articolo 2, comma 2, della L. n. 604/1966; violazione della procedura di cui all’articolo 7 della L. n. 300/1970; ed infine, nei casi di violazione della procedura di cui all’articolo 7 della L. n. 604/1966. Questa forma di tutela obbligatoria viene qualificata come “debole” dal momento che riconosce al lavoratore un’ indennità risarcitoria onnicomprensiva “tra un minimo di 6 ed un massimo di 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, determinata in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro”. In dottrina è pacifico che, in tali casi, sebbene non sia espressamente previsto, l’atto di recesso risulta comunque idoneo a produrre l’effetto estintivo del rapporto, comportando il pagamento della predetta indennità risarcitoria¹⁶⁴. Lo stesso comma 6 della L. n. 300/1970 ha cura di precisare che tale forma di tutela trova applicazione nelle ipotesi elencate “a meno che il Giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal

¹⁶⁴ Sul punto si v. R. Galardi, *Il licenziamento inefficace*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 300; l’ Autore fa notare come nel comma 6 non sia indicato il momento in cui deve considerarsi estinto il rapporto di lavoro. Come affermato dallo stesso “l’apparente lacuna è parzialmente colmata dall’ articolo 1, comma 41, L. n. 92/2012, secondo la quale << il licenziamento intimato all’esito della procedura disciplinare di cui all’articolo 7 della legge 300/1970, oppure all’ esito del procedimento di cui all’articolo 7 della L. n. 604/1966... produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento è stato avviato, salvo l’eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva>>”. ; dello stesso avviso anche M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 181/2013, p. 41

presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo”¹⁶⁵. Come è possibile notare nel nuovo sistema il vizio della inefficacia riceve un trattamento diversificato, in ragione del fatto che occorre distinguere, da un lato, tra inefficacia causata dalla comunicazione del licenziamento in forma orale e, dall’altro inefficacia determinata dalla violazione delle norme indicate nel comma 6 dell’ articolo 18 St.lav. . Nel primo caso, l’articolo 18, comma 1, della L. n. 300/1970 dispone che “al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale” (ed indipendentemente dal numero dei lavoratori occupati dal datore di lavoro) debba essere applicata la tutela reintegratoria “ forte” (reintegrazione più risarcimento del danno non inferiore nel minimo a 5 mensilità)¹⁶⁶. Nel secondo caso, invece, è previsto unicamente il pagamento di una indennità dimezzata (da 6 a 12 mensilità). Partendo dall’ ipotesi della “violazione del requisito di motivazione”, una parte della dottrina ha ritenuto che essa debba essere ravvisata nella

¹⁶⁵ Il riferimento è rivolto alla reintegra accompagnata da un indennizzo con un massimo di 12 mensilità, alla risoluzione del rapporto con indennizzo compreso tra 12 e 24 mensilità ovvero alla reintegra con indennizzo massimale di 12 mensilità per il caso in cui il difetto di giustificazione riguardi l’addotta incapacità psico-fisica del lavoratore licenziato o relativo al presunto superamento del periodo di comporto per malattia o infortunio; mentre, per il difetto di giustificazione nelle “altre ipotesi” più marginali, ci si riferisce alla risoluzione del rapporto con indennizzo compreso fra 12 e 24 mensilità (commi 4, 5 e 7 dell’ articolo 18, L. n. 300/1970).

¹⁶⁶ La Legge n. 92/2012 ha inciso sui requisiti di forma. La prima modifica è contenuta nell’ articolo 1, comma 37, che, sostituendo il comma 2 dell’articolo 2 della L. n. 604/1966, dispone che “la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato. La forma scritta *ad substantiam* della comunicazione del licenziamento deve essere integrata con la “specificazione” dei motivi e quindi, con la nuova legge viene meno la precedente procedura relativa alla semplice facoltà concessa al lavoratore di richiedere i motivi del recesso al datore. L’uso del termine “specificazione” rende l’obbligo del datore di lavoro più stringente, dal momento che i motivi del licenziamento non devono essere solo indicati, ma anche specificati e quindi non può essere ammessa una generica indicazione. In questo caso il licenziamento è del tutto inidoneo ad estinguere il rapporto, alla stregua del licenziamento nullo perché discriminatorio, con conseguente diritto alla reintegra.

mancanza di motivazione¹⁶⁷. Un'altra parte della dottrina, più correttamente, invece, tende a far rientrare nel concetto di “violazione del requisito di motivazione” oltre alla assoluta mancanza di quest'elemento anche la sua difformità rispetto ai requisiti richiesti dallo stesso articolo 2, comma 2, della L. n. 604/1966¹⁶⁸. Per quanto riguarda invece le altre due ipotesi regolate dal comma 6 dell'articolo 18 St.lav. , come modificato dalla L. n. 92/2012, occorre far riferimento alla “violazione” della procedura preventiva di conciliazione obbligatoria¹⁶⁹ a seguito di un licenziamento per

¹⁶⁷ Si v. F. Carinci, *Il licenziamento inefficace*, in *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, (a cura di) F. Carinci- M. Miscione, Dir. prat. Lav, 2012, n. 33, p. 73; l' Autore sottolinea che, nel caso in cui la motivazione risulti imprecisa, incompleta o insufficiente, si realizzerebbe una violazione non più formale (e quindi soggetta alla disciplina di cui all' articolo 18, comma 6, St.lav.), ma sostanziale e quindi non sanabile dal datore di lavoro in virtù del principio della immodificabilità della motivazione.

¹⁶⁸ In tal senso, si v. R. Galardi, *Il licenziamento inefficace*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 302 ; P. Sordi, *Il nuovo articolo 18 della legge n. 300/1970*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero.* , Milano, 2013, p. 323.

¹⁶⁹ Una delle novità apportate dalla legge Fornero consiste nella previsione di un procedimento preventivo obbligatorio a seguito di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Occorre innanzitutto segnalare che tale procedura conciliativa si applica solo a quei datori di lavoro che abbiano i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, comma 8, St.lav. . Il comma 1 dell' articolo 7 della L. n. 604/1966 dispone che “ il licenziamento per giustificato motivo oggettivo... deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza al lavoratore”. Il comma 2 dello stesso articolo prosegue affermando che in tale comunicazione “il datore di lavoro deve dichiarare l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo e indicare i motivi del licenziamento medesimo... nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato”. A questo punto, entro il termine perentorio di 7 giorni, decorrenti dalla ricezione della richiesta, la DTL deve convocare le parti (le quali possono essere assistite, come disposto dal comma 5 dell' art. 7 della L. n. 604/1966, dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato oppure da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o da un consulente del lavoro) davanti alla Commissione di conciliazione. In caso di legittimo e documentato impedimento del lavoratore a presenziare all'incontro, la procedura può essere sospesa fino ad un massimo di 15 giorni. Una volta avviata questa procedura deve concludersi entro 20 giorni, fatta salva l' ipotesi in cui le parti, di comune accordo, non ritengano di proseguire la discussione finalizzata al raggiungimento di un accordo. Se le parti risolvono consensualmente il rapporto, è prevista l'applicabilità dell'indennità di disoccupazione dell' ASpl ed un'assistenza alla ricollocazione. Se

giustificato motivo oggettivo (*ex art. 7, L. n. 604/1966*) ed alla violazione della procedura per l'irrogazione di una sanzione disciplinare (*ex art. 7, L. n. 300/1970*). Come è stato osservato, il vocabolo "violazione" risulta ampio e generico, "poiché potenzialmente riferibile a tutta la gamma che va dall'omissione della procedura alla sua tenuta irregolare, senza distinzione alcuna circa la rilevanza della irregolarità, considerata a sé o nell'economia complessiva"¹⁷⁰. Dunque, per il caso di "violazione" del nuovo tentativo obbligatorio di conciliazione, la disciplina di cui all' art. 18, comma 6, L. n. 300/1970 (c.d. tutela obbligatoria "debole") trova applicazione non solo quando la procedura in questione sia stata omessa completamente o non siano state rispettate le prescrizioni contenute nell'articolo 7 della L. n. 604/1966 , ma anche in caso di difformità tra i motivi indicati nella procedura conciliativa e quelli indicati nella comunicazione del licenziamento¹⁷¹. Deve essere segnalato il fatto che il dottrina si è assistito ad un vivace dibattito riguardante i confini dell'obbligo procedurale anteriore all'irrogazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo; da un lato, una parte della dottrina ha ritenuto che la procedura preventiva di

invece fallisce il tentativo di conciliazione e, comunque, decorso il termine perentorio di 7 giorni entro il quale la DTL deve convocare l' incontro, il datore può comunicare il licenziamento al lavoratore.

¹⁷⁰ F. Carinci, *Il licenziamento inefficace*, in *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, (a cura di) F. Carinci- M. Miscione, Dir. prat. Lav, 2012, n. 33, p. 74

¹⁷¹ Sul punto la dottrina è concorde. Si v. , tra gli altri, R. Galardi, *Il licenziamento inefficace*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 308, il quale osserva come la " violazione della procedura non impedisce al recesso di produrre i suoi effetti". L'Autore mette in luce anche il fatto che non si comprende il motivo per il quale tale procedura trovi applicazione unicamente nei confronti dei datori di lavoro che occupino più di 15 dipendenti. ; M. D'Onghia, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, (a cura di) P. Chieco, Bari, 2013, p. 365.

conciliazione obbligatoria debba essere esperita solo con riferimento ai licenziamenti “economici”, vale a dire intimati (o *intimandi*) per un motivo inerente strettamente la sfera dell’impresa, con esclusione, quindi, di quei licenziamenti disposti non solo per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore, ma anche per superamento del periodo di comportamento¹⁷²; dall’altro lato, è stato sostenuto, invece, che l’obbligo procedurale dovrebbe essere esteso a tutte le ipotesi di giustificato motivo oggettivo, comprese quelle attinenti la sfera personale del lavoratore¹⁷³. L’ultima ipotesi, regolata dall’art. 18, comma 6, St.lav. , per la quale è prevista l’applicazione della tutela obbligatoria (o indennitaria) “ debole” è quella riguardante la “violazione della procedura di cui all’articolo 7 della L. n. 300/1970”. Come è stato autorevolmente osservato “la disposizione non allude genericamente alla violazione della procedura disciplinare né alla violazione dell’ articolo 7 St.lav. ma solo <<alla violazione della procedura dell’ articolo 7 St.lav.>>”¹⁷⁴. Pertanto le possibili violazioni si riferiscono non solo alle ipotesi in cui rilevi la mancanza o

¹⁷² In tal senso si veda, tra gli altri, G. Cannella, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un’analisi ragionata*, (a cura di) F. Amato e R. Sanlorenzo, p. 182

¹⁷³ In tale direzione si veda, tra gli altri, D. Borghesi- G. Pellacani, *La procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, (a cura di) G. Pellacani, *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013, p. 254 ; P. Sordi, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali*, (a cura di) AA.VV. , Milano, 2013, p. 235-236.

¹⁷⁴ R. Galaridi, *Il licenziamento inefficace*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 305: l’Autore sottolinea, infatti, che non rilevano le violazioni riconducibili al vincolo della necessaria predeterminazione e pubblicità del codice disciplinare (ex art. 7, L. n.300/1970); in giurisprudenza si segnala Cass. 20 maggio 2011, n. 1119, in *Lav. giur.* , 2011, 8, 8450, ove si ribadisce l’indirizzo consolidato secondo il quale non è necessaria la pubblicazione in ordine ai comportamenti punibili con il licenziamento ove essi integrano una violazione di obblighi del lavoratore derivanti dalla legge o riconducibili alle regole fondamentali del vivere civile.

l'insufficienza della contestazione disciplinare preventiva¹⁷⁵, ma anche con riferimento alle ipotesi di mancata audizione del lavoratore ed, infine, alle violazioni riguardanti i termini stabiliti dalla legge nell'interesse del lavoratore¹⁷⁶. Per tutte le ipotesi di "inefficacia" previste dal comma 6 del novellato articolo 18 della L. n. 300/1970, si applica il "regime di cui al quinto comma", ma con due varianti; la prima riguarda l'indennità risarcitoria "onnicomprensiva" compresa tra 6 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto; la seconda attiene, invece, ai criteri di quantificazione dell'indennità, la quale deve essere rapportata alla "gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro".

¹⁷⁵ Così A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav. , II, 2012, p. 426 ;

¹⁷⁶ L'art. 7, comma 5, L. n. 30/1970, dispone che: " In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale, non possono essere applicati prima che siano trascorsi 5 giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa". In dottrina, A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all' articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav. , II, 2012, p. 426 ritiene che debbono essere ricomprese anche le violazioni delle procedure disciplinari regolate dai contratti collettivi nazionali di categoria sul presupposto che " le eventuali procedure contrattuali partecipano della stessa natura di quella legale e, quindi, possono ritenersi ricomprese nel comma 6 dell' art. 18, secondo un'interpretazione estensiva".

2.8 La prescrizione dei crediti di lavoro dopo la L. n. 92/2012

Le modifiche, che la L. n. 92/2012 ha apportato alla normativa concernente i licenziamenti individuali, hanno avuto un'inevitabile ricaduta sulla disciplina della prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore, con particolare riferimento al *dies a quo* della sua decorrenza. Come si rammenta, a seguito degli interventi della Corte Costituzionale sull'argomento, la prescrizione dei crediti di lavoro non decorre in costanza di rapporto¹⁷⁷, ad eccezione nell'ipotesi in cui questo rapporto non fosse caratterizzato da una "particolare forza di resistenza, quale deriva da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto e fornisca la garanzia di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione"¹⁷⁸. Nello specifico, prima della Riforma Fornero, la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto era legata alla garanzia della stabilità reale del posto di lavoro (*ex art. 18, St.lav.*); di contro, nei confronti di quei rapporti di lavoro per i quali trovava applicazione solo la tutela "obbligatoria" (*ex art. 8, L. n. 604/1966*), il *dies a quo* della prescrizione dei crediti coincideva con il giorno della cessazione del rapporto di lavoro. Questo sistema, tuttavia, è entrato in crisi a seguito della L. n. 92/2012, la quale ha diversificato le tutele previste in caso di licenziamento illegittimo¹⁷⁹. Come è stato autorevolmente osservato, la tutela reintegratoria, a seguito della L. n. 92/2012, viene messa "palesamente in discussione"¹⁸⁰ dalle modifiche apportate all'

¹⁷⁷ Così *Corte Cost.*, 10 giugno 1966, n. 63, in *Foro.it*, 1966, I

¹⁷⁸ Così *Corte Cost.*, 20 novembre 1969, n. 143, in *Giust.civ.*, 1969, I, 319

¹⁷⁹ Critico su questo aspetto è C. *Romeo*, *Prescrizione dei crediti di lavoro: recenti profili problematici*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 15/12/2015

¹⁸⁰ L. *Galantino*, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi: le modifiche all'articolo 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riforma del lavoro*, (a cura di) G. Pellacani, Milano, 2012, 265

art. 18 St.lav. . In particolare, la tutela indennitaria diviene la regola ordinaria in caso di licenziamento ingiustificato anche con riferimento a uei rapporti di lavoro che ricadono nell’ambito di applicazione del novellato articolo 18. A tale proposito, è stata sostenuta la necessità di un intervento chiarificatore da parte della Corte Costituzionale¹⁸¹. Da parte della giurisprudenza, inoltre, è stato enucleato un altro principio che può ritenersi incontrovertito; si intende far riferimento all’affermazione secondo la quale il requisito della tutela reale del rapporto di lavoro, che ammette la decorrenza della prescrizione della quinquennale dei crediti retributivi in costanza di rapporto, debba essere valutata con riguardo al “concreto atteggiarsi del rapporto medesimo” nel corso del suo svolgimento, e non già alla stregua della qualificazione ad esso attribuita dal giudice all’esito del processo, con un giudizio necessariamente *ex post*¹⁸². In dottrina, a seguito dell’entrata in vigore della L. n. 92/2012, si è discusso se la prescrizione potesse decorrere anche in corso di svolgimento del rapporto di lavoro. La soluzione che sembra debba essere preferita è quella che, a partire dal 18 luglio del 2012 (data di entrata in vigore della legge Fornero), la prescrizione dei crediti retributivi del

¹⁸¹ In questo senso, si v. M. Marazza, *L’ articolo 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in WP CSDLE “ Massimo D’ Antona”. IT, 4/06/2012, p. 11; in senso contrario, si v. A. Russo, *I possibili effetti della Riforma Fornero sul regime di prescrizione dei crediti retributivi*, in QFMB Saggi/Ricerche, p. 8-9, il quale ritiene che non sia necessario un intervento della Corte costituzionale per due motivi; il primo riguarda il fatto che, a parere dell’ Autore, il cambiamento del contesto normativo non sembra incidere sul fondamento della sentenza della Corte Costituzionale n. 63/1966, in quanto non si ravvisa in questa pronuncia alcun collegamento tra la stabilità del rapporto e la decorrenza della prescrizione.; il secondo motivo riguarda il fatto che la Corte costituzionale si è “ sempre rifiutata di attribuire valore vincolante alle proprie interpretazioni, attribuendo invece al giudice ordinario l’esclusiva competenza <<a conoscere>> gli eventuali effetti sulla norma derivanti dal mutato contesto normativo”.

¹⁸² Così Cass. Sez. Un. 28 marzo 2012, n. 4942; in dottrina si v. sul punto, V. Maio, *Stabilità e prescrizione del lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, (a cura di) G. Ferraro, Milano, 2015, p. 174

lavoratore non decorra in pendenza del rapporto di lavoro, neppure se a questo si applichi l'art. 18 della L. n. 300/1970¹⁸³.

¹⁸³ In questo senso, in dottrina, si v. P. Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediale ed effetti sulle garanzie dei diritti, in Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, (a cura di) P. Chieco, Bari, 2013, p. 386 ss ; R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare, in Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 285, il quale aggiunge che “ il termine di prescrizione decorre in costanza di rapporto in caso di licenziamento nullo in virtù della reintegrazione integrale prevista dall' art. 18, comma 1, St.lav.”. ; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St.lav.* , in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 244, il quale osserva come “ il rapporto di lavoro ha perduto con la riforma del 2012 i rigorosi requisiti di stabilità prefigurati dalla giurisprudenza...” ; A. Palladini, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, in Riv.it.dir.lav. , IV, 2012, 656

2.9 La decadenza dall'impugnazione del licenziamento

In origine l'impugnazione del licenziamento era sottoposta ad un termine di decadenza di 60 giorni, decorrenti dalla ricezione della comunicazione scritta del recesso o, nell' ipotesi in cui questa non fosse stata contestuale, dei motivi del licenziamento, secondo quanto disposto dall' articolo 6 della L. n. 604/1966¹⁸⁴ . Questo termine di decadenza era stato introdotto a protezione della parte datoriale, al fine di non lasciarla esposta ad eventuali impugnazioni proposte, da parte del lavoratore, a notevole distanza di tempo dall' avvenuto recesso. Per quanto attiene la forma dell'impugnazione, il licenziamento può essere impugnato con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, tale da manifestare al datore di lavoro la volontà specifica del lavoratore la legittimità del licenziamento, “indipendentemente dalla terminologia usata e senza necessità di formule sacramentali”¹⁸⁵. La stessa Corte Costituzionale ha escluso l'illegittimità dell' articolo 6 della L. n. 604/1966, con specifico riferimento agli articoli 3, 24 e 101 della Costituzione, nella parte in cui prevedeva, con eccessiva genericità, che il licenziamento potesse essere impugnato con qualsiasi “atto scritto”, nel termine di 60 giorni dalla comunicazione del licenziamento, ritenendo che la disposizione

¹⁸⁴ L' articolo 6 del testo originario della L. n. 604/1966 disponeva che: “ Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l' intervento dell' organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso.

Il termine di cui al comma precedente decorre dalla comunicazione del licenziamento ovvero dalla comunicazione dei motivi ove questa non sia contestuale a quella del licenziamento.

A conoscere delle controversie derivanti dall' applicazione della presente legge è competente il pretore.

¹⁸⁵ R. De Luca Tamajo- O. Mazzotta, *Sub art. 6, L. 15 luglio 1966, n. 604*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano, 2013, p. 930 ; in giurisprudenza si v. Cass. 30 maggio 1991, n. 6102, la quale, nello specifico, ha ritenuto che la lettera, con cui il lavoratore si riserva di adire le vie legali nei confronti del datore di lavoro, costituisca idonea impugnazione del licenziamento.

impugnata, più che imporre una forma vincolata, ha inteso assicurare il controllo in sede giudiziaria sull'osservanza del termine stabilito e l'idoneità a rendere nota la volontà del lavoratore di impugnare il licenziamento¹⁸⁶. Una volta che fosse stata impedita la decadenza, anche in via stragiudiziale, l'azione giudiziale (necessaria per far valere l'illegittimità del licenziamento) poteva essere proposta dal lavoratore entro il lungo termine di prescrizione di 5 anni, valevole per le azioni di annullamento e, senza alcun termine, nel caso di licenziamento nullo¹⁸⁷. Proprio al fine di porre rimedio a questa situazione, e costringere i lavoratori a proporre l'impugnazione del licenziamento entro un termine ragionevole, si sono avuti, in successione, due interventi legislativi. Il primo è stato compiuto con la L. 4 novembre 2010, n. 183¹⁸⁸. Ai nostri fini interessa specificatamente la disposizione di cui all'articolo 32 della legge, la quale ha innovato l'articolo 6 della L. n. 604/1966, lasciando invariato il regime dell'impugnazione stragiudiziale, ma introducendo un ulteriore termine di decadenza per la proposizione dell'impugnazione giudiziale. L'articolo 6, comma 2, così come modificato dall'articolo 32 della L. n. 183/2010, prevede che "l'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di 270 giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di

¹⁸⁶ Corte Cost. ord. 13 maggio 1987, n. 161, in *For.it*, 88, I, 1374

¹⁸⁷ Sul punto si v. A. Levi, *Sub art. 6, L. 15 luglio 1966, n. 604*, in *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, a cura di L. Galantino, Torino, 1993, p. 122

¹⁸⁸ La Legge n. 183/2010 è intitolata "Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro".

tentativo di conciliazione o arbitrato... . Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro 60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo". Quindi, dal momento in cui è stata proposta (entro il termine di 60 giorni, a norma dell' art. 6, comma 1) impugnazione in via stragiudiziale, il lavoratore ha a disposizione 270 giorni per proporre quella giudiziale, tramite deposito del ricorso in giudizio. Infine deve essere segnalato il fatto che il termine di decadenza di 60 giorni è esteso dall' articolo 32, comma 2, della L. n. 183/2010 "a tutti i casi di invalidità di licenziamento"¹⁸⁹. Il secondo intervento legislativo in materia è stato realizzato con la L. n. 92/2012, la quale, con l'articolo 1, comma 38, è intervenuta sul secondo comma dell'art. 6 della L. n. 604/1966, riducendo da 270 a 180 giorni il termine entro il quale il lavoratore, che ha impugnato stragiudizialmente il licenziamento,¹⁹⁰ deve proporre il ricorso giudiziale. Il comma 39 dell'articolo 1 prosegue affermando che il nuovo termine di 180 giorni vale per le impugnazioni dei licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della L. n. 92/2012 (quindi, a partire dal 18 luglio 2012). Infine, per quanto riguarda il *dies a quo* del termine stabilito per la proposizione del ricorso giudiziale, il comma 2 dell'articolo 6 della L. n. 604/1966 dispone che "l'impugnazione inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di 180 giorni..." . La dottrina ha interpretato tale norma in modo differente; una parte ha ritenuto che tale termine comincia a decorrere dalla scadenza del termine di 60

¹⁸⁹ Sul punto si v. M.V. Ballestrero- G. De Simone, *Diritto del lavoro*, Torino, p. 513 ss

¹⁹⁰ Il comma 38 della L. n. 92/2012 dispone che: " Al secondo comma dell'articolo 6 della Legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, la parola <<duecentosettanta>> è sostituita dalla seguente <<centottanta>>."

giorni stabilito per l'impugnazione stragiudiziale¹⁹¹; un'altra parte della dottrina ritiene, invece, che il termine cominci a decorrere dalla data di spedizione di tale impugnazione¹⁹²; da ultimo, dalla data della sua ricezione da parte del datore di lavoro¹⁹³.

¹⁹¹ In tal senso si v. M. Casola, *La decadenza nel diritto del lavoro dopo la L. n. 92 del 2012*, in *GM*, 2012, 1862

¹⁹² In tal senso si v. G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni nel c.d. Collegato lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010, 889

¹⁹³ Così, si v. D. Borghesi, *Licenziamento (aspetti processuali)*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, (a cura di) G. Pellacani, Milano, 2013, 861

CAPITOLO III

IL CONTRATTO A TEMPO INDETERMINATO A TUTELE CRESCENTI

3.1 La legge n. 183/2014: finalità

Nel nome della *flexsecurity*¹⁹⁴ il Governo Renzi ha portato avanti l'intenzione di rendere più semplici i licenziamenti nel rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, da un lato portando questo contratto in una posizione di centralità, a discapito delle forme di lavoro più flessibili, dall'altro cercando di assicurare ai lavoratori privi di occupazione un'adeguata protezione. Un primo provvedimento è rappresentato dal D.l. 20 marzo 2014, n. 34, (c.d. Decreto Poletti, dal nome del ministro che ne è stato il regista), intitolato “*Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell’occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*”, successivamente convertito con la legge 16 maggio 2014, n. 78. Questo testo ha eliminato la “causale”, alla quale era condizionata la valida apposizione del termine finale nel contratto di lavoro subordinato: ciò comportando un’importante modificazione del sistema precedente¹⁹⁵. Il nuovo “contratto di lavoro a tempo

¹⁹⁴ Su questa espressione, si v. il contributo offerto da A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 22 ss

¹⁹⁵ In data 20 maggio 2014 è entrata in vigore la legge di conversione n. 78 del decreto legge n. 34/2014. A seguito della nuova normativa viene meno la necessità delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo per la stipulazione del contratto a tempo determinato. Pertanto, si libera in modo pressoché generalizzato il contratto a termine dal vincolo delle causali; attualmente, nell’ambito dei 36 mesi, è possibile stipulare rapporti a termine privi di causale che, nel rispetto degli intervalli tra un contratto e l’altro ed utilizzando le 5 proroghe a disposizione, consentono al datore di lavoro di avere una certa flessibilità nell’utilizzo della forza lavoro per un periodo di 3 anni. Con questo primo provvedimento viene

indeterminato a tutele crescenti” trova un suo primo riconoscimento proprio nell’articolo 1 della L. n. 78/014, dove viene richiamata la “perdurante crisi occupazionale e l’incertezza dell’attuale quadro economico nelle quali le imprese devono operare, nelle more dell’adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l’attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro...”. Il secondo passaggio, riguardante il processo di formazione di questo “contratto a tutele crescenti”, si è avuto con il c.d. “Jobs Act, atto II¹⁹⁶”, vale a dire con la legge 10 dicembre 2014, n. 183, recante “ *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell’attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*”¹⁹⁷. La L. n.

soppressa quella che è stata definita da vari Autori, tra i quali F. Carinci, *Ricerche le riforme del mercato del lavoro: dalla legge Fornero al Jobs Act, atto I: la legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *Dir. rel. ind.* , 2015, I, 26, il “causalone”. Stesso intervento è stato realizzato anche per il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato. Mentre nel contratto di apprendistato sono stati solo in parte ridotti gli obblighi formativi gravanti sul datore di lavoro, all’ interno della figura denominata “ apprendistato professionalizzante”. In dottrina si v. A. Palladini, *Le disposizioni in tema di servizi per il lavoro e di regolarità contributiva*, in *Riv. giur. lav.* , 2014, I, 679; E. Gragnoli, *L’ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *Lav. giur.* , 2014, 429

¹⁹⁶ M. Corti, A. Sartori, *Legislazione in materia di lavoro il Jobs Act, atto secondo: la legge n. 183/2014*, in *Riv.it. dir. lav.* , 2015, I, 2; sul punto si v. anche V. Speziale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT- 233/2014, p. 2, il quale ritiene che “la legge delega approvata dal Parlamento (L. n. 183/2014) è l’atto secondo del Jobs Act, da leggere in connessione con la prima essenziale riforma del contratto a tempo determinato e sull’apprendistato realizzata con il d.l. 20 marzo 2014, n. 34 (convertito poi nella L. n. 78/2014)”.

¹⁹⁷ Questa legge raggruppa in un solo articolo (per esigenze di voto di fiducia) un insieme di deleghe che variano dal mercato al rapporto di lavoro, dagli ammortizzatori sociali fino ai servizi ispettivi. I primi due commi raffigurano una riforma della CIG e dell’ ASpl, con lo scopo di “ razionalizzare e uniformare ulteriormente il quadro”, di favorire il “coinvolgimento attivo dei

183/2014 è collegata alla già richiamata *flexsecurity*, vale a dire ad un modello tipico di alcuni paesi del Nord Europa (in particolare scandinavi), secondo il quale la tutela del lavoratore non dovrebbe essere più garantita ed assicurata nel rapporto di lavoro, bensì nel mercato del lavoro¹⁹⁸. Tutto questo deve essere affiancato non solo ad un irrobustimento della gestione unilaterale del rapporto di lavoro da parte datoriale, a cominciare dai licenziamenti (c.d. flessibilità in uscita), ma anche ad una serie di misure che garantiscano un sostegno a quei lavoratori che hanno perso il lavoro e rendano più facile la ricerca di una nuova occupazione, attraverso servizi che offrano un'adeguato orientamento formativo al lavoratore (c.d. sicurezza). E' solo con l' articolo 1, comma 7, lettera c), della L. n. 183/2014, che viene nominato espressamente il "contratto a tutele crescenti"¹⁹⁹,

percettori" e di "ridurre gli oneri contributivi". I commi 3 e 4 contengono le deleghe finalizzate al "riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive". I commi 5 e 6 riconoscono, invece, al Governo la delega per l'adozione di decreti legislativi di "semplificazione e razionalizzazione delle procedure di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro nonché in materia di igiene e sicurezza sul lavoro".

¹⁹⁸ Sul punto si v. la ricostruzione offerta da A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 17 ss, il quale analizza il modello di contratto a tutele crescenti prospettato dall'Unione Europea, definendolo come "un contratto caratterizzato da una *entry phase* piuttosto lunga (aumento graduale dei diritti in base all'anzianità di servizio), seguita da una *stability phase*, volto a rappresentare una valida ed effettiva alternativa rispetto all'uso dei contratti temporanei". Un'interessante ricostruzione dei vari modelli di *flexsecurity* è compiuta anche da M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexsecurity all'italiana a confronto*, in www.aidlass.it.

¹⁹⁹ L'articolo 1, comma 7, della legge n. 183/2014, dispone che: " Allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva, il Governo è delegato ad adottare, su proposta del Ministro del Lavoro e delle politiche sociali, entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi... nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi...":

disponendo una sostanziale svalutazione della reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo. Allo stesso tempo, il mandato di “promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti”(art. 1, comma 7, lettera b, L. n. 183/2014), ricomprende, come è stato osservato, “la formula dell’articolo 1, comma 01, del D.lgs. n. 368/2001²⁰⁰... già ripresa, non senza un tocco di enfasi, dall’articolo 1, comma 1, L. n. 92/2012, col qualificarlo “cosiddetto contratto dominante, quale forma comune del rapporto di lavoro”²⁰¹.

c)”previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all’anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l’anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l’impugnazione del licenziamento”.

²⁰⁰ L’articolo 1, comma 01, del D.lgs. n. 368/2001 dispone che: “ Il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro”.

²⁰¹ F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del d.lgs. 24 dicembre 2014)*, in WP CSDLE “ Massimo D’Antona”.IT- p. 2 ; C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 273/2015, p. 4, è critico su questo punto. Egli osserva come, anche rispetto alla legge Fornero, la nuova disciplina del contratto a tutele crescenti comporti un’ulteriore “marginalizzazione della tutela reale, e nella generalizzazione della sua monetizzazione, peraltro, predeterminata e decisamente al ribasso...”.

3.2 Il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23: profili generali

Il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, primo decreto di attuazione della Legge-delega n. 183/2014(nello specifico quelle di cui all'art.1, comma 7, lettera c), è intitolato “*Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*”. Esso non costituisce tecnicamente una nuova tipologia contrattuale, bensì una nuova regolamentazione del comune contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, in particolare per quanto riguarda gli aspetti relativi al recesso datoriale (licenziamento individuale e collettivo). Nello specifico, con questo decreto legislativo è stata realizzata una vera e propria revisione della regolamentazione dei licenziamenti, operante per i lavoratori (“operai, impiegati e quadri”, come disposto dall’art. 1, D.lgs. n. 23/2015), assunti con contratto a tempo indeterminato a partire dal 7 marzo 2015 (vale a dire dal giorno dopo la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale). In questo testo normativo si fa riferimento, come detto, ai licenziamenti individuali, non solo nei confronti dei datori di lavoro per i quali trova applicazione l’articolo 18 della L. n. 300/1970, ma anche nelle “piccole imprese” come nelle “organizzazioni di tendenza” (art. 9, D.lgs. n. 23/2015) ; ai licenziamenti collettivi (art. 10, D.lgs. n. 2015) ; finanche, secondo alcuni²⁰², ai licenziamenti effettuati dalla generalità dei datori di lavoro pubblici. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 23/2015 assumono una grandissima rilevanza, stravolgendo un assetto che si era formato solo 3 anni prima con la legge Fornero, soprattutto per quei datori di lavoro soggetti all’art. 18

²⁰² E’ questa l’ opinione di M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 236/2015, p. 10, secondo il quale “la lettura coordinata della Legge-delega n. 183/2014 e del decreto attuativo non offre riferimenti testuali diretti per concludere nel senso dell’esclusione del pubblico impiego dal nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti”.

St.lav. nonché per coloro che lo sarebbero divenuti “in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all’entrata in vigore del presente decreto” (art. 1, comma 3, D.lgs. n. 23/2015). Una prima caratteristica della nuova disciplina del “contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti è la marginalizzazione della reintegrazione nel posto di lavoro, che, da regola, diventa eccezione²⁰³. Essa è limitata ai casi di nullità espressamente previsti dalla legge: licenziamento discriminatorio ovvero riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge e nell’ipotesi di licenziamento intimato in forma orale (art. 2, comma 1, D.lgs. n. 23/2015) ; nel caso in cui “il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore (art. 2, comma 4, D.lgs. n. 23/2015). L’assenza della giusta causa e del giustificato motivo viene, a seguito del decreto in commento, sanzionata esclusivamente con un risarcimento economico, fuorchè la fattispecie del “licenziamento disciplinare” (anche essa circoscritta) nel caso in cui “sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore” (art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015). Come è stato osservato, si tratta di una “svolta di tipo copernicano... che innesci un processo di superamento della normativa originariamente prevista

²⁰³ In questo senso, si v. A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e n. 23, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 30-31 ; L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e n. 23, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 128; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 246/2015, p. 4

dall'art. 18 della legge n. 300/1970²⁰⁴. Un secondo aspetto da sottolineare riguarda l'introduzione di una forma di conciliazione volontaria per la risoluzione stragiudiziale delle controversie sui licenziamenti illegittimi, disciplinata all'articolo 6 del D.lgs. n. 23/2015; il datore di lavoro ha la possibilità di offrire al lavoratore, entro il termine di impugnazione stragiudiziale del licenziamento (60 giorni dalla ricezione del recesso), un importo pari ad una mensilità di retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, per ogni anno di servizio (in misura non inferiore a 2 e non superiore a 18 mensilità), che non costituisce reddito imponibile e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, e la cui accettazione da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto di lavoro e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento (anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta). In ultima analisi l'articolo 10 del decreto legislativo n. 23/2015 disciplina la materia dei licenziamenti collettivi in una linea di continuità rispetto a quella dei licenziamenti individuali; in caso di licenziamento collettivo "intimato senza l'osservanza della forma scritta", esso è assoggettato al regime della reintegrazione, mentre in caso di violazione dei criteri di scelta di cui alla L. n. 223/1991 consegue l'applicazione di una sanzione economica, come definita dall' art. 3, comma 1, D.lgs. n. 23/2015 (in misura non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità).

²⁰⁴ Così L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e n. 23, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 104

3.3 L'ambito di applicazione del D.lgs. n. 23/2015

Gli articoli 1 e 9, D.lgs. n. 23/2015, approvati in attuazione della legge-delega n. 183/2014, disciplinano l'ambito di applicazione del contratto a tutele crescenti. L'articolo 1, comma 1, D.lgs. n. 23/2015, stabilisce che il nuovo regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo trovi applicazione nei confronti dei "lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati e quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto" (vale a dire a partire dal 7 marzo 2015). Il contratto a tutele crescenti sostituisce il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato limitandosi ad introdurre un nuovo modello di statuto protettivo contro i licenziamenti, la cui sfera di applicazione, *ratione temporis*, resta esclusivamente condizionata dalla data di costituzione del vincolo obbligatorio (*ante o post* d.lgs. n. 23/2015). Il provvedimento in esame esclude dal suo campo di applicazione i "dirigenti", nei confronti dei quali rimane ferma non solo la disciplina previgente del licenziamento di cui all'articolo 2118 e 2119 c.c. , ma anche la tutela che riconosce al dirigente, licenziato ingiustificatamente, un'indennità supplementare collegata ad un certo numero di mensilità della retribuzione globale di fatto tra un minimo ed un massimo prestabiliti²⁰⁵. In ogni caso rimane ferma, nei confronti

²⁰⁵ Sull'esclusione della categoria dei "dirigenti" dal campo di applicazione dell'art. 1 del D.lgs. n. 23/2015, si v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 236/2015, p. 12; F. Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. n. 23/2015*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, G. Ferraro (a cura di), Milano, 2015, p. 116-117, mette in luce il fatto che la scelta di esclusione della categoria dirigenziale "appare in parziale controtendenza rispetto all'articolo 16 della L. n. 161/2014 (c.d. legge europea 2013-bis)", la quale include i dirigenti nel novero delle categorie dei lavoratori da conteggiare fra gli esuberanti di personale ai fini dell'applicabilità della procedura collettiva. ; C. Romeo, *Il dilemma*

della categoria dirigenziale, l'applicazione della disciplina di cui all'articolo 18, commi 1, 2 e 3, St.lav. , come modificato dalla L. n. 92/2012²⁰⁶. Per come è formulato l'articolo 1 del D.lgs. n. 23/2015, le nuove disposizioni non sembrano possano essere applicate all'apprendistato²⁰⁷, dal momento che tale disciplina è riservata “agli operai, impiegati e quadri”. Ai sensi dell'art. 1, comma 2, D.lgs. n. 23/2015, “le disposizioni del predetto decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva (al 7 marzo 2015) all'entrata in vigore del presente decreto... di apprendistato in contratto a tempo indeterminato”. In tal caso si avrà un contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti. Quindi, per come risulta formulato il comma 2, l'applicazione della disciplina delle “tutele crescenti” trova applicazione unicamente nell'ipotesi della trasformazione (successiva al 7 marzo 2015) del contratto di apprendistato in un normale di contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato²⁰⁸. Si ritiene che

delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act, in Arg. dir. lav. , II, 2015, 292

²⁰⁶ Ai sensi dell'art. 18, comma 1, L. n. 92/2012, la reintegrazione “piena” si applica anche ai dirigenti in caso di licenziamento discriminatorio, nullo ed intimato in forma orale.

²⁰⁷ Categorico sull'esclusione degli “apprendisti” è F. Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. n. 23/2015*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, G. Ferraro (a cura di), Milano, 2015, p. 115- 116; si v. anche G. Gentile, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 62, secondo il quale all'apprendistato non si applicano, al momento della stipulazione, le tutele crescenti. ; M. Tiraboschi, *La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, in Guida lav./ Il sole 24Ore , 18/2015, p. 3-4, il quale mette in evidenza il fatto che gli apprendisti acquisiscono la qualifica solo alla fine del periodo di formazione, essendo il contratto di apprendistato costituito da una prima fase di formazione, in cui entrambe le parti possono recedere solo motivatamente, ed una seconda fase eventuale a regime ordinario, che si svolge solo nel caso in cui le parti non si siano avvalse del diritto di recesso.

²⁰⁸ M. Tiraboschi, *Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di apprendistato e somministrazione di lavoro*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, F. Carinci e M. Tiraboschi (a cura di), Adapt Labour Studies, e-book series, n. 37 p. 111, il quale sottolinea come il contratto di apprendistato, solo al termine del periodo di formazione, “là dove non venga esercitata la facoltà di recesso, <<il rapporto prosegue come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato>>, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera m, del d.lgs. n.

la disciplina delle “tutele crescenti” non troverebbe applicazione nei confronti di quei rapporti speciali di lavoro, non sussumibili nelle categorie di cui all’articolo 2095 c.c. (categorie dei prestatori di lavoro), che erano e sono destinatari di un loro tipico regime di tutela²⁰⁹. A titolo esemplificativo si richiamano i lavoratori domestici, il cui ambito di impiego è disciplinato dalla legge n. 339/1958 (recante “*Norme per la tutela del rapporto di lavoro domestico*”) e gli sportivi professionisti, disciplinati dalla legge 91/1981 (recante “*Norme in materia di rapporti tra società e sportivi professionisti*”). Infine, l’articolo 1, comma 3, D.lgs. n. 23/2015 prevede espressamente che “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, e successive modificazioni, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto”. Quindi, oltre che ai nuovi assunti, la disciplina introdotta dal decreto si applica anche ai dipendenti già occupati da datori di lavoro che oggi rientrano nel campo di applicazione della c.d. “tutela obbligatoria”, nel caso in cui, a seguito di assunzioni effettuate successivamente al 7 marzo 2015, sia superata una delle soglie dimensionali stabilite dall’articolo 18, commi 8 e 9, della legge

167/2011 (c.d. Testo unico dell’apprendistato), e quindi, sarà “inevitabilmente disciplinato dal nuovo regime di tutela disposto dal d.lgs. n. 23/2015”.

²⁰⁹ In questo senso, si v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 236/2015, p. 12 e 13; F. Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti*, in I licenziamenti nel contratto << a tutele crescenti >>, a cura di Giuseppe Ferraro, Cedam, p. 117

300/1970²¹⁰. Pertanto l'ultimo comma dell'articolo 1 estende il contenuto della disciplina prevista dal decreto legislativo n. 23/2015 anche a quei lavoratori assunti in data anteriore al 7 marzo 2015, qualora l'organico dell'azienda del datore di lavoro sia passato da un numero di 15 o meno dipendenti a più di 15 dipendenti per effetto di assunzioni avvenute successivamente. La *ratio* della disposizione è, senz'altro, riconducibile alla finalità di incentivare nuove assunzioni, permettendo al datore di lavoro di servirsi delle nuove norme nei confronti di tutti i dipendenti. Tuttavia questa scelta, di fatto, applica la nuova disciplina dei licenziamenti anche a coloro che sono stati assunti prima del 7 marzo 2015²¹¹. Venendo all'articolo 9 del decreto

²¹⁰ L' art. 18, comma 8, prevede che: <<Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di 15 lavoratori o più di 5 se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro,imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di 15 dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di 5 dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di 60 dipendenti>>; L'art 18,comma 9: << Ai fini del computo del numero dei dipendenti di cui all'ottavo comma 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 all'ottavo comma non incide su norme o istituti che prevedono agevolazioni finanziarie e creditizie>>.

²¹¹ La disposizione di cui all'art. 1, comma 3, D.lgs. n. 23/2015, ha sollevato, in dottrina, dubbi di legittimità costituzionale, dal momento che l'art. 1, comma 7, lettera c) della Legge-delega n. 183/2014 richiamava espressamente la disciplina delle "tutele crescenti" solo nei confronti dei nuovi assunti. In particolare, M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-236/2015, p. 13, fa espresso riferimento ad "un serio rischio di superamento dei limiti della delega, con possibile rischio di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 76 e 77 Cost. ". Al contrario, M. L. Buconi, *Il decreto legislativo n.23/2015: ambito applicativo e profili di compatibilità costituzionale*, Lav. Giur., 2015, VII, 668, considera la norma conforme ai principi contenuti nella legge-delega alla luce del criterio direttivo richiamato nell'art. 1, comma 7, lett. b), secondo il quale occorre " promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti".

legislativo n. 23/2015, esso disciplina le conseguenze del licenziamento illegittimo intimato dai piccoli datori di lavoro e dalle c.d. “organizzazioni di tendenza”. Il comma 1 dispone testualmente che “ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all’articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300/1970, non si applica l’articolo 3, comma 2, e l’ammontare delle indennità e dell’importo previsti dall’articolo 3, comma 1, dall’articolo 4, comma 1 e dall’articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di 6 mensilità”. Quindi viene disposta l’applicazione del contratto a tutele crescenti anche nei confronti di quei lavoratori (neoassunti a partire dal 7 marzo 2015), per i quali trova applicazione la tutela c.d. obbligatoria²¹². Dunque, anche per questi lavoratori siamo in presenza di un regime “duale” di tutele: uno per i lavoratori assunti fino alla data di entrata in vigore del decreto e per i quali continuerà ad operare il regime di cui all’art. 8 della L. n. 604/1966 (che prevede un minimo di 2,5 mensilità) e l’altro (per quelli assunti a partire dal 7 marzo 2015) concernente la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 23/2015. La differenziazione, oltre a consistere nell’esclusione dell’obbligo di reintegrazione a seguito di un licenziamento disciplinare, rispetto al quale sia dimostrata

²¹² Si tratta, come è noto, di quei datori di lavoro con meno di 16 dipendenti in ciascuna unità produttiva, ovvero con meno di 16 dipendenti nello stesso comune, oppure con meno di 6 nel caso di impresa agricola e, in ogni caso, con meno di 61 dipendenti a livello nazionale. Una parte della dottrina ha fatto notare come non sia pienamente chiaro se l’art. 9, D.lgs. n. 23/2015, debba essere riferito solo alle “piccole imprese” oppure anche a tutti i datori di lavoro, anche non imprenditori. Questo è dovuto al fatto che tale norma, nella rubrica, sembra riferirsi solamente alle “piccole imprese”, mentre nel comma 1 parla di “piccoli datori di lavoro...”. ; sul punto si v. F. Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti*, in *I licenziamenti nel contratto << a tutele crescenti >>*, a cura di G. Ferraro, Milano, p. 127; sul punto C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT , 273/2015, p. 20, ritiene che, in caso di contrasto tra la rubrica e il testo della norma, quest’ultimo debba prevalere, riconoscendo, di conseguenza, la nuova indennità risarcitoria nei confronti di tutti i datori di lavoro che non raggiungano la soglia dimensionale disposta dall’ art. 18, ottavo e nono comma.

l'insussistenza del fatto materiale del lavoratore (art. 3, comma 2), si manifesta inoltre nella diversa misura dell'indennità risarcitoria²¹³ (che è dimezzata e non può superare, in ogni caso, le 6 mensilità). Per concludere, l'articolo 9, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 rende applicabile la disciplina del presente decreto anche "ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, si applica la disciplina di cui al presente decreto"²¹⁴. Questa norma rappresenta una disposizione di grande rilievo sostanziale dal momento che equipara tali soggetti ai datori di lavoro titolari di aziende; in precedenza, nei confronti delle organizzazioni di tendenza (come i partiti politici, i sindacati, le associazioni culturali), era applicabile la tutela obbligatoria di cui all'art. 8, L. n. 604/1966, anche nell'ipotesi in cui, per numero di dipendenti, risultassero soggette all'art. 18 St.lav²¹⁵. Ebbene, la nuova disciplina del contratto a tutele crescenti trova applicazione anche nei confronti di queste "organizzazioni di tendenza"²¹⁶; la sanzione della reintegrazione trova

²¹³In dottrina è stato sollevato un problema di costituzionalità dell'art. 9 rispetto alla legge delega (che si propone di tutelare *in primis* i lavoratori in possesso di una maggiore anzianità di servizio), considerato che l'indennizzo di cui al comma 1 è pari ad una mensilità per ogni anno di servizio e non può in ogni caso superare il limite delle 6 mensilità con la conseguenza che il dipendente in possesso di 6 anni di anzianità viene ad essere considerato al pari di un altro lavoratore in possesso di un'anzianità maggiore. Tra gli Autori, si v. L. Buconi, *Il decreto legislativo n.23/2015: ambito applicativo e profili di compatibilità costituzionale*, in *Lav. Giur.* , 2015, VII, 669

²¹⁴ P. Ichino, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, in www.pietroichino.it , parla di una norma che si pone come scopo quello di superare "vecchi dualismi e la balcanizzazione delle tutele".

²¹⁵ Nello specifico, l'art. 4 della L. n. 108/1990 dispone che: " La disciplina di cui all'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'articolo 1 della presente legge, non torva applicazione nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione e di culto".

²¹⁶ Secondo la giurisprudenza più recente, si v., tra le altre, Cass. Sez. Lav. , 2 dicembre 2010, n. 24437, in *Mass. Giust. civ.* , 2010, 12, p. 1555, è l'assenza di lucro a caratterizzare le

applicazione non solo nelle ipotesi di nullità o di inefficacia del licenziamento per mancanza di forma scritta (a prescindere dal requisito dimensionale), ma anche in caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore²¹⁷. Sebbene non sia espressamente previsto, si ritiene che la disciplina di cui all'art. 9, comma 2, D.lgs. n. 23/2015, risulti applicabile solo nei confronti dei neoassunti (a partire dal 7 marzo 2015) nelle "organizzazioni di tendenza", sulla base della considerazione per cui il comma 1 dell'art. 1, D.lgs. n. 23/2015 specifica con chiarezza quali siano i destinatari dell'applicazione del contratto a tutele crescenti²¹⁸ mentre, per quelli assunti anteriormente a questa data, continuerà ad applicarsi la disciplina previgente²¹⁹.

organizzazioni di tendenza, non essendo necessario che le attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione o religiosa abbiano una "caratterizzazione ideologica", che pure può connaturare alcune di esse. Nello stesso senso anche Cass. Sez. Lav., 27 maggio 2011, n. 11777, in Mass. Giust. civ., 2011, 5, p. 820

²¹⁷ Sul punto si v. , tra gli altri, G. Gentile, *L' ambito di applicazione della nuova disciplina*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo – A. Perulli (a cura di) , Torino, p. 64; F. Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti*, in *I licenziamenti nel contratto << a tutele crescenti >>*, a cura di Giuseppe Ferraro, Milano, p. 130

²¹⁸ L' art. 1, comma 1, D.lgs. n. 23/2015 dispone che. "Per i lavoratori... assunti con contratto a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

²¹⁹ In tal senso, si v. E. Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in Lav. Giur., 2015, 2, 130; A. Bellavista, *Piccoli datori di lavoro ed organizzazioni di tendenza*, in *Il licenziamento all'indomani del D.lgs. n. 23/2015*, *Adapt Labour Studies* n. 46/2015,p. 190- 191

3.4 Il licenziamento discriminatorio, nullo ed intimato in forma orale a seguito del D.lgs. n. 23/2015

L'articolo 2 del decreto legislativo n. 23/2015 disciplina l'area nella quale opera il regime della tutela reintegratoria "piena"²²⁰. Il decreto n. 23 rimodella, dopo 3 anni dalla Legge Fornero, le tutele in caso di licenziamento illegittimo perché discriminatorio, nullo ed intimato in forma orale. Fondamentalmente queste nuove regole, dettate dall'articolo 2 del decreto legislativo n.23/2015, non contengono grandi novità in materia di licenziamenti nulli e discriminatori rispetto alla riforma del mercato del lavoro del 2012 . Le fattispecie previste sono le stesse già oggetto di regolamentazione da parte dei primi 3 commi dell'art. 18 St.lav. , come modellato dalla L. n. 92/2012, anche se il testo di cui al decreto n. 23 "non riproduce affatto quello dell'art. 18 St.lav. "²²¹. La nuova disciplina non sostituisce quella precedente, ma viene ad affiancarsi ad essa, con la conseguenza che troverà applicazione nei confronti di quei lavoratori (operai, impiegati e quadri) assunti con contratto a tempo indeterminato a partire dal 7 marzo 2015²²². Una prima differenza tra la disciplina contenuta

²²⁰ L'art. 2, comma 1, D.lgs. n. 23/2015 dispone che: "Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge... . Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale".

Il comma 4 dello stesso articolo prosegue affermando che: " La disciplina di cui al presente articolo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore..." .

²²¹ F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del D.lgs. 24 dicembre 2014)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, p. 6; C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-273/2015, parla, in proposito, della stessa area di tutela di cui all'art. 18 St.lav. e tale che, se pregiudicata, "la reazione dell'ordinamento è ancora quella più rigida".

²²² Si ricordi che nei confronti dei dirigenti troverà ancora applicazione la disciplina di cui all'art. 18 St.lav. , come modificato dalla L. n. 92/2012.

nell'art. 2, D.lgs. n. 23/2015 e quella contenuta nell'art. 1 della L. n. 92/2012, riguarda i rinvii normativi che concorrono a delineare la fattispecie di licenziamento discriminatorio; mentre l'art. 18 St.lav. richiama espressamente l'art. 3 della L. n. 108/1990²²³, l'art. 2, D.lgs. n. 23/2015 rinvia all'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori e successive modificazioni²²⁴. Questa scelta si giustifica alla luce del fatto che l'articolo 15 St.lav. rappresenta, senza dubbio, la norma cardine per descrivere il concetto di discriminazione. Da un lato, infatti, questo articolo contiene un elenco ampio, anche se non

²²³ L'art. 3, L. n. 108/1990 non contiene una vera e propria definizione di licenziamento discriminatorio, dal momento che opera un rinvio, a sua volta, a due norme; esso infatti dispone che: 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... è nullo".

²²⁴ L'art. 15, L. n. 300/1970 afferma che: "E' nullo qualsiasi patto o atto diretto a :

a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;

b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella 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, religiosa, razziale, di lingua o di sesso ((di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali))). Sul carattere tassativo o esemplificativo disposto da questo elenco, si v., in dottrina, tra gli altri, A. Guariso, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Dir. lav. e relazioni ind.* , 2014, n. 142, p. 354, il quale sostiene il carattere tassativo delle ipotesi di discriminazione alla luce degli "insuperabili riferimenti letterali del diritto nazionale e comunitario". Allo stesso modo, si v. P. Chieco, *Il licenziamento nullo, in Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, P. Chieco, (a cura di), Bari, 2013, p. 281, secondo il quale siamo in presenza di "un'ampia ma finita gamma di caratteri, stati, condizioni, convinzioni della persona del lavoratore". Al contrario, la non tassatività delle ipotesi di discriminazione è sostenuta, tra gli altri, da: A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 39 ; M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav.* , 2013, I, 148 ; in giurisprudenza, sul carattere tassativo ma con un'interpretazione estensiva delle ipotesi di discriminazione, si v. tra le tante, Trib. Milano, 11 febbraio 2013 (Colosimo est.), in *Riv. crit. dir. lav.* , 2013, p. 210 ss, la quale, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria (v. Corte giust. , 11 luglio 2006, C-13/05) riconduce la malattia di lunga durata alla nozione di handicap. ; a proposito del carattere esemplificativo, si v. , tra le altre, Cass. Sez. Lav. 8 agosto 2011, n. 17087, in *Riv. giur. lav.* , 2012, II, p. 326 ss. , con nota di G. Cannati, La ritorsione indiretta

esaustivo²²⁵, delle ragioni discriminatorie vietate dall'ordinamento (motivi di ordine sindacale, politico, religioso, razziale, di lingua, di sesso, di handicap, di età o basati sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali). Dall'altro lato, viene a delinarsi, come è stato definito²²⁶, un concetto "oggettivo" di discriminazione, destinato a dare risalto alla "qualificazione oggettiva della discriminazione che attribuisce rilievo agli effetti pregiudizievoli o di particolare svantaggio e, di conseguenza, fa astrazione delle intenzioni di colui che pone in essere la discriminazione". in linea con le prescrizioni del diritto dell'Unione Europea²²⁷. Un'ulteriore importante differenza tra i regimi normativi di cui all'art. 18 St.lav. e all'art. 2, D.lgs. n. 23/2015, riguarda il fatto che, mentre nell'art. 18 vengono non solo menzionate altre fattispecie cui si applica la tutela reintegratoria "piena" (licenziamento in concomitanza con il matrimonio, licenziamento legato alla maternità e paternità e licenziamento per motivo illecito determinante), ma anche "altri casi di nullità previsti dalla legge" (art. 18, comma 1, come modificato dalla L. n. 92/2012), l'art. 2, invece, si limita a richiamare il licenziamento "riconducibile

²²⁵ Il riferimento è, per fare un esempio, all'ipotesi di discriminazione per infezione da HIV; secondo l'art. 5, comma 5, L. n. 135/1990: "L'accertata infezione da HIV non può costituire motivo di discriminazione, in particolare... per l'accesso o il mantenimento del posto di lavoro".

²²⁶ M. V. Ballestrero, voce *Licenziamenti individuali*, in Enc. Dir. , Annali V, 2012, p. 811

²²⁷ In questo senso, si v. P. Bellocchi, *Il licenziamento discriminatorio*, in Arg. dir. lav. , 2013, p. 830 ss; A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, F. Galgano (diretto da), Padova, 2010, p. 55; allo stesso modo, V. Brino, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015, p. 85, la quale osserva che il legislatore delegato ha fatto esplicito rinvio all'art. 15 St.lav. per dar seguito alle indicazioni provenienti dalle Commissioni parlamentari incaricate di valutare lo schema del decreto; nello specifico la Commissione Lavoro del Senato, con parere dell'11 febbraio 2015, aveva sostenuto che "sarebbe stato opportuno definire meglio il perimetro applicativo dello stesso articolo (con ripresa, senza variazioni, dell'elenco di criteri di differenziazione vietati contenuti nell'articolo 15 dello Statuto dei lavoratori)".

agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge”. In proposito il testo dell’articolo 2 ha assunto, in dottrina, un duplice significato; da una parte si è ritenuto che il regime della tutela reintegratoria “piena” dovesse trovare applicazione unicamente nell’ipotesi in cui tale nullità fosse espressamente richiamata dalla norma in tema di licenziamento²²⁸(c.d. interpretazione restrittiva), come nel caso del recesso della lavoratrice durante il periodo della gravidanza (art. 54, comma 1, 2e 3, D.lgs. n. 151/2001) o a causa di matrimonio (art. 35, D.lgs. n. 198/2006); dall’altra, una seconda interpretazione (c.d. estensiva) ritiene che sia applicabile la tutela reintegratoria, oltre che nelle ipotesi sopra richiamate, anche a quelle previste dall’art. 1418 c.c.²²⁹. Pertanto non si pongono problemi in relazione al licenziamento per motivo illecito: la sanzione della nullità è chiaramente affermata nell’art. 1418 c.c. , secondo il quale il

²²⁸ Tale tesi è sostenuta, tra gli altri, da T. Treu, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in Guida lav. Ilsole24Ore, III, 16 Gennaio 2015, p. 14 ; L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015, p. 121-122 ; in proposito V. Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 259/2015, p. 24 ritiene che tale lettura si presti ad una duplice obiezione di incostituzionalità. In primo luogo perché vi sarebbe una violazione dell’art. 76 Cost. per eccesso di delega. Nello specifico, l’art. 1, comma 7, lettera c) della L. n. 183/2014 dispone la reintegrazione per i “licenziamenti nulli”, senza che “la delega consenta di modificare la disciplina preesistente”. In secondo luogo, una simile lettura parrebbe incostituzionale per violazione dell’art. 3 Cost, sotto l’aspetto della ragionevolezza. L’ Autore afferma che “non si comprenderebbe per quale ragione ipotesi di nullità certamente di gravità pari a quelle tassativamente previste da disposizioni specifiche in tema di licenziamento dovrebbero essere esenti da una disciplina sanzionatoria che è stata introdotta proprio per il disvalore delle ragioni a fondamento del recesso”.

²²⁹ Si fa riferimento alla contrarietà a <norme imperative”, alla “mancanza di uno dei requisiti indicati dall’art. 1325, illecità della causa, illecità dei motivi nel caso indicato dall’art. 1345 e mancanza nell’oggetto dei requisiti stabiliti dall’art. 1346”. Tale tesi è sostenuta da V. Brino, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015, p. 91 ss

contratto è nullo per illiceità dei motivi *ex art. 1345 c.c.*²³⁰. Il regime della reintegrazione “piena” trova inoltre applicazione nel caso di licenziamento intimato in forma orale (art. 2, comma 1, D.lgs. n. 23/2015). Si tratta della stessa previsione contenuta nell’art. 18 St.lav. *post* Riforma Fornero. Quindi, anche a seguito di tale intervento legislativo viene presa in considerazione un’ipotesi di nullità dell’atto di licenziamento per difetto della forma scritta prescritta *ad substantiam*²³¹. L’inefficacia del licenziamento orale viene a tradursi in una sostanziale nullità²³². L’ultima ipotesi per la quale opera il regime della tutela reintegratoria “piena” è disciplinata dall’ art. 2, comma 4, D.lgs. n. 23/2015, ai sensi del quale “la disciplina di cui al presente articolo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 10 e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n.

²³⁰ C. Musella, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, G. Ferraro (a cura di), Milano, 2015, 32, ritiene che la nullità del licenziamento per motivo illecito, essendo sancita dall’art. 1345 c.c. , può considerarsi espressamente sancita dalla legge.

²³¹ In proposito si v. G. Mimmo, *La disciplina del licenziamento nel contratto a tutele crescenti: il D.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in *GiustiziaCivile.com*, 24 aprile 2015, 11, secondo il quale la scelta, con l’art. 2, comma 1, D.lgs. n. 23/2015, di parlare di “licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale” porrebbe dei problemi di incostituzionalità per eccesso di delega, dal momento che la legge 183/2014 aveva previsto che la tutela reintegratoria “piena” dovesse trovare applicazione unicamente nei casi di licenziamenti nulli e discriminatori e non nei casi di licenziamenti “inefficaci”.

²³² In dottrina, L. de Angelis, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 250/2015, p. 11, richiama l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nel caso in cui il lavoratore ritenga di essere stato licenziato oralmente, grava su di lui solo la prova dell’estromissione dall’attività lavorativa, mentre spetta al datore di lavoro tentare di provare che il rapporto si è risolto per dimissioni. In mancanza della prova delle dimissioni, grava sul datore, inoltre, l’onere di provare il requisito della forma scritta del licenziamento prescritta *ex lege* a pena di nullità. In giurisprudenza si v. Cass. 8 gennaio 2009, n. 155, in *Riv. giur. lav.* , 2009, II, p. 579, con nota di F. Aiello, Licenziamento orale, dimissioni e onere della prova.

68”²³³. Il termine “disabilità” è stato inteso dalla dottrina in due modi differenti; il primo qualifica la “disabilità” in senso “restrittivo”, vale a dire riferito solamente alle categorie dei lavoratori richiamate dalla L. n. 68/1999 (dedicata al “diritto del lavoro dei disabili”)²³⁴; il secondo considera la “disabilità” in senso ampio come “handicap”²³⁵, tale da ricomprendere tutti i lavoratori affetti da “lesioni fisiche, mentali o psichiche e che ostacolano la partecipazione della persona considerata alla vita professionale”, purchè si tratti di una “limitazione di lunga durata” in conformità alle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia²³⁶. A proposito del regime sanzionatorio, i commi 1 e 2 D.lgs n. 23/2015 confermano in toto quanto disposto dall’art. 18, commi 1 e 2, come modificato dalla L. n. 92/2012²³⁷; il giudice, oltre alla reintegrazione nel posto di lavoro, condanna il datore anche ad un risarcimento del danno nella misura minima di 5 mensilità

²³³ In questo caso si assiste ad un cambiamento rispetto a quanto disposto dall’art. 18 St.lav. , come modificato dalla Riforma Fornero; la L. n. 92/2012 prevede l’applicazione non della tutela reintegratoria “piena”, ma di quella reintegratoria “attenuata” in due ipotesi distinte. La prima quando risulti “il difetto di giustificazione del licenziamento intimato anche ai sensi degli articoli 4, comma 10 e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell’inidoneità fisica o psichica del lavoratore”. La seconda quando risulti che il licenziamento “è stato intimato in violazione dell’art. 2110, secondo comma, del codice civile”.

²³⁴ In questo senso, si. v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 236/2015, p. 20.

²³⁵ In questo senso si v. V. Brino, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015, p. 96 ss. ; S. Giubboni, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 261/2015, p. 11 ss

²³⁶ Corte giust. , 11 luglio 2006, C-13/05, Navas c. Eurest Colectividades SA, in Foro.it. , 2006, IV, cc. 642 ss. , spec. c. 647

²³⁷ L’art. 2, comma 1, D.lgs. n. 23/2015 dispone che: “Il giudice...ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro...”.

L’art. 2, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 dispone che: “Con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore...stabilendo al tal fine un’indennità commisurata all’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto... . In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a 5 mensilità...”.

dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto”, dedotto l'*aliunde perceptum* (come nell'art. 18 St.lav.)²³⁸. Si ricordi che, come disposto nell'art. 18, comma 1, St.lav., anche nell'art. 2, comma 1, D.lgs. n. 23/2015, nei casi in cui il lavoratore non riprenda servizio entro i 30 giorni successivi all'invito ricevuto dal datore di lavoro, il rapporto di lavoro si intende risolto. Tale risoluzione opera anche nell'ipotesi in cui il lavoratore richieda l'indennità sostitutiva (pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR e non assoggettata a contribuzione previdenziale) “entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione (art. 2, comma 3, D.lgs. n. 23/2015)²³⁹”.

²³⁸ Sul concetto di “ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto”, si v. tra gli altri, M. G. Mattarolo, *Le conseguenze risarcitorie e indennitarie del licenziamento illegittimo*, in *Il licenziamento all'indomani del D.lgs. n. 23/2015*, F. Carinci e C. Cester (a cura di), *Adapt Labour Studies*, e-book n. 46, 2015, p. 118 ss, il quale ripercorre le linee guida del concetto di “retribuzione” per il pagamento della relativa indennità risarcitoria. Si tende a ritenere che per “ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto” si intenda una retribuzione “onnicomprensiva” in virtù di quanto disposto dall'art. 2120 c.c. (“Disciplina del trattamento di fine rapporto”). Il D.lgs. n. 23/2015 specifica inoltre che la retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR deve essere “l'ultima”. A tale proposito anche l'art. 18 St.lav. richiama il concetto di “ultima retribuzione”, quale parametro dell'ammontare delle relative indennità, ma la stessa espressione assume valore differente; mentre nell'art. 18 si prende a parametro l'ultima mensilità di retribuzione, nell'art. 2, D.lgs. n. 23/2015 si fa riferimento alla retribuzione dell'ultimo anno, la quale andrà divisa per 12 mesi o per il diverso divisore corrispondente ai mesi (e/o alle frazioni di mese) di lavoro prestato nell'anno. Si v. anche L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 108 ss.

²³⁹ A tale proposito si v. Cass. 25 maggio 2015, n.10692 (ord.), la quale afferma che “dopo l'esercizio del diritto di opzione la reintegrazione, in virtù della scelta irrevocabilmente effettuata dal lavoratore, diventa inesigibile e di conseguenza, rispetto ad una prestazione inesigibile, non è configurabile un inadempimento del datore che genera le conseguenze risarcitorie ispirate alla continuità giuridica del vincolo”. Con questa ordinanza la Corte di Cassazione ha voluto affermare che, in ipotesi di licenziamento illegittimo nell'ambito di applicazione della tutela reale, qualora il lavoratore opti per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, il rapporto si estingue nel

3.5 I licenziamenti per giusta causa e giustificato motivo nel D.lgs. n. 23/2015

L'articolo 3 del D.lgs. n. 23/2015, rubricato "Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa", rappresenta il compimento dell'operazione, avviata con la Legge Fornero, di sostituzione della tutela reale con quella puramente indennitaria. Già a seguito della L. n. 92/2012 è stata discussa in dottrina la questione relativa al fatto che la reintegrazione nel posto di lavoro a seguito di licenziamento illegittimo fosse divenuta un rimedio eccezionale o meno²⁴⁰. In coerenza con la legge-delega n. 183/2014²⁴¹, questo articolo regola lo spazio entro il quale la tutela reale del posto di lavoro trova applicazione. Proprio per far risaltare il fatto di come il rapporto fra la tutela reintegratoria e quella puramente indennitaria sia cambiato, per cui quella che era la regola ora diventa un'eccezione, e viceversa, l'art. 3 descrive in prima battuta la regola, vale a dire la

momento in cui il lavoratore comunica tale volontà al datore, non risultando necessario il pagamento della relativa indennità. In dottrina si v. anche M. Scofferi, *Il lavoratore che opta per l'indennità sostitutiva della reintegrazione non ha più diritto ad alcuna retribuzione*, in *Dir. giust.* fasc. 21, 2015, p. 117-118

²⁴⁰ Sul punto si v. M. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 437 ss; M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, M. Barbieri- D. Dalfino (a cura di), Bari, 2013, p. 32 e 87

²⁴¹ L'art. 1, comma 7, lett. c), L. n. 183/2014 dispone che il decreto delegato dovrà recare la "previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato". Sul punto si v. L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 103 ss

tutela indennitaria (comma 1)²⁴², ed, in seconda battuta, si occupa di quella che adesso è diventata l'eccezione, cioè la tutela reale del posto di lavoro (comma 2)²⁴³. L'art. 3, comma 1, D.lgs. n. 23/2015 prevede che nel caso in cui “risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento”, vale a dire nelle ipotesi in cui il giudice, investito della questione, ritenga che non sussistono gli elementi costitutivi idonei a configurare un'ipotesi di giusta causa o giustificato motivo (soggettivo o oggettivo), il rapporto di lavoro viene comunque dichiarato “estinto” *ex officio*, con conseguente condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità (in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità)²⁴⁴. In nessun caso il licenziamento economico riceve ora, come tutela, la reintegrazione nel

²⁴² L'art. 3, comma 1, D.lgs. n. 23/2015, afferma che: “Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità”.

²⁴³ L'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 dispone che: “Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore...il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria...corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione...”. Sul punto si v. F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Adapt Labour Studies e-book series*, n. 46, p. 85, il quale mette in luce come la reintegra sia divenuta ancora di più un'ipotesi del tutto eccezionale in linea di “continuità” rispetto alla legge Fornero. Di diverso avviso è invece R. Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, M. Pedrazzoli (a cura di), Milano, 2014, p. 33, ritiene che sia giusto evitare una contrapposizione tra regola ed eccezione.

²⁴⁴ Secondo L. Mariucci, *Il diritto del lavoro al tempo del renzismo*, in *Lavoro e dir.*, 2015, p. 22-23, la formulazione della disposizione di cui all'art. 3, comma 1, induce a ritenere comunque “improbabile che i giudici chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, di cui non viene provata la sussistenza del motivo economico... si pronuncino per una dichiarazione di nullità degli atti di recesso, con le conseguenze dovute sul piano del diritto privato”.

posto di lavoro, a fronte invece di una tutela semplicemente indennitaria²⁴⁵. A proposito della determinazione della misura indennitaria, l'esigenza del datore di lavoro di avere una piena prevedibilità del costo dei licenziamenti illegittimi, come già ottenuta in parte attraverso la L. n. 92/2012, "viene pienamente soddisfatta dal legislatore del 2015"²⁴⁶; "nel caso in cui risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice...condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità" (art. 3, comma 1, ultima parte, D.lgs. n. 23/2015)²⁴⁷. Merita inoltre di essere

²⁴⁵ Il comma 1 dell'art. 3, D.lgs. n. 23/2015 riproduce, sotto questo aspetto, la disciplina contenuta nell'art. 18, comma 5, L. n. 300/1970, come modificato dalla L. n. 92/2012, per le "altre ipotesi" di licenziamento per motivi soggettivi accertato come illegittimo, senza il diritto alla reintegrazione. Sul punto si v. anche B. Caruso, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 265/2015, p. 11 ss.

²⁴⁶ Così A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, in *Jobs Act e licenziamento*, R. Pessi-, C. Pisani e G. Proia (a cura di), Milano, 2015, p. 93

²⁴⁷ Si ricordi che, a seguito della Legge Fornero, il minimo e il massimo nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo "economico" e giustificato motivo soggettivo, ma comunque ingiustificato, e che non comportasse la condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18, commi 5 e 7, St.lav., sono parametrati tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità. Obiezioni sulla positività della misura indennitaria predisposta dal D.lgs. n. 23/2015 sono state sollevate da F. Buffa, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, in Arg. dir. lav. , 2015, p. 571, il quale parla di "misura ridotta dell'indennità, che risulta essere irrisoria e financo offensiva" e ritiene che possa sollevare dubbi di legittimità costituzionale. Nello stesso senso, si v. anche S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT- 246/2015, p. 21, il quale considera che "l'offesa a quei principi costituzionali è piuttosto recata da una tutela che, anche ove possa legittimamente esaurirsi tutta dentro una logica puramente monetaria, è del tutto inidonea a garantire, non si dice una efficacia sanzionatoria e dissuasiva nei confronti del recesso datoriale illegittimo, ma almeno una minima effettività risarcitoria", considerandone il contrasto con l'art. 24 della Carta sociale europea. Da ultimo, si v. G. Proia, *Il contratto di lavoro*

segnalato il fatto che, nei confronti dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, “non trova applicazione l’articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni” (art. 3, comma 3, D.lgs. n. 23/2015) ; si tratta, nello specifico, della non applicazione nei confronti di questi lavoratori della procedura conciliativa preventiva obbligatoria introdotta, ad opera dell’art. 1, comma 40, L. n. 92/2012, dal novellato art. 7, L. n. 604/1966, per quei licenziamenti dovuti a giustificato motivo oggettivo²⁴⁸. Ora, mentre il comma 1 dell’art. 3, D.lgs. n. 23/2015 disciplina la tutela puramente indennitaria già introdotta con l’art. 18, comma 5, St.lav. , il comma 2 dell’art. 3 si occupa invece delle residue ipotesi in cui trova applicazione la tutela reintegratoria, individuando le specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato (per giusta causa o giustificato motivo soggettivo) nelle quali tale tutela forma di tutela viene ancora riconosciuta, in coerenza con quanto disposto dall’art. 1, comma 7, lett. c), L. n. 183/2014. In proposito l’art. 3, comma 2, riconosce la tutela reintegratoria nei casi di licenziamento per ragioni soggettive “in cui sia direttamente

subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti, in *Jobs Act e licenziamento*, R. Pessi-, C. Pisani e G. Proia (a cura di), Milano, 2015, p. 68, secondo il quale “gli importi massimi dell’indennità...sono gli stessi previsti dall’art. 18...mentre gli importi minimi...sono sensibilmente ridotti”.

²⁴⁸ Per una corretta disamina di questa procedura, si v. P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta (a cura di), Torino, 2013, p. 264 ss; R. Galardi, *Il licenziamento inefficace*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta (a cura di), Torino, 2013, p. 308-309. Sul punto si v. anche E. Massi, *Contratto a tutele crescenti e risoluzione del rapporto di lavoro*, in *Dir. prat. Lav.* , n. 13, 2015, p. 10, il quale mette in luce il fatto che la non applicazione dell’art. 7, L. n. 604/1966 comporta il “venir meno di tutto l’iter procedimentale specifico, caratterizzato da termini perentori e certi e che prevede l’apertura della procedura per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo con una comunicazione di intenzione”. Si v. da ultimo anche A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 46-47.

dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto al quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento"²⁴⁹. Il legislatore, con l'art. 3, si inserisce nell'acceso dibattito che, già con la riforma Fornero dell'art. 18 St.lav., si è sviluppato in dottrina e giurisprudenza sul concetto di "fatto", inteso, secondo alcuni, come "fatto materiale" e, secondo altri, come "fatto giuridico"²⁵⁰, introducendo semplicemente nel comma 2 dell'art. 3, D.lgs. n. 23/2015 l'aggettivo "materiale"²⁵¹. In proposito,

²⁴⁹ In proposito una parte della dottrina ha ritenuto che la norma, così come è formulata, non sollevi dubbi di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 76 Cost., in relazione alla norma delegante, secondo la quale la reintegrazione andava riferita "a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato" (art. 1, comma 7, lett. c), L. n. 183/2014). Per tale opinione si v. V. Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT- 259/2015, p. 26 ; C. Pisani, *Il nuovo regime di tutela per il licenziamento ingiustificato*, in *Jobs Act e licenziamento*, R. Pessi, G. Proia, A. Vallebona (a cura di), Torino, 2015, p. 32 ss; in senso opposto, si v. invece C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT- 273/2015, p. 45

²⁵⁰ In dottrina, sono propensi a considerare il fatto come "fatto giuridico", inteso non solo nella sua componente puramente materiale (azione/omissione od evento concreto), ma anche nella sua componente soggettiva (dolo, colpa ed intensità) O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 248 ; R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 291 ss , il quale ritiene che " il fatto contestato non può prescindere dalla valutazione dei profili soggettivi della condotta del lavoratore". Invece per un'adeguata ricostruzione del concetto di fatto inteso come "fatto materiale", valutato cioè solo ed esclusivamente nella sua componente materiale, si v. A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all' articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in Riv. it. dir. lav. , II, 2012, p. 438 ss. ; C. Pisani, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie ed oneri probatori*, in Mass. Giur. lav. , 2012, 744.

²⁵¹ In sostanza, il Legislatore ha voluto dare continuità a quella linea di pensiero espressa dalla Cass. Civ. 6 novembre 2014, n. 23669, in Giur. it. , 2015, 2183, secondo la quale "il nuovo art. 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicchè occorrerebbe operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento positivo o negativo dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione

rilevano quindi tre differenze testuali rispetto al vigente art. 18 St.lav. , come modificato dalla Legge Fornero: la prima attiene alla specificazione secondo la quale il fatto della cui insussistenza si discute debba essere inteso come “fatto materiale”; la seconda riguarda la precisazione secondo cui “resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”; ed infine, la terza riguarda la prova dell’insussistenza del fatto, la quale deve essere “direttamente dimostrata in giudizio”. Con riferimento alla precisazione secondo la quale “resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”, essa fa sì che una volta che sia stata accertata la sussistenza del “fatto materiale” contestato al lavoratore, viene preclusa al Giudice, ai fini della sanzione applicabile, ogni indagine e valutazione sulla proporzionalità tra l’infrazione e la sanzione che deve essere applicata; con il D.lgs. n. 23/2015 al Giudice, che consideri il licenziamento ingiustificato, è precluso ogni accertamento sulla proporzionalità ai fini della sanzione applicabile al licenziamento ingiustificato intimato per un fatto materiale comunque esistente²⁵².

attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato”. Si v. anche Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, in *Dejure*, secondo la quale un fatto, pur se sussistente, deve essere valutato anche nella sua componente soggettiva. Nello specifico, è stato considerato dalla Corte che, nel caso di specie, mancasse il requisito della proporzionalità ed il comportamento addebitato al lavoratore meritasse una sanzione conservativa con conseguente diritto alla reintegrazione. Sul punto, si v. in dottrina F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in www.csdle.lex.unict.it , p. 6-7. Per una completa ricostruzione della querelle giurisprudenziale sul concetto di “fatto”, si v. , da ultimo, S. Sambati, *La qualificazione del fatto nell’interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del “dialogo” aperto dal legislatore delegato*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 169 ss.

²⁵² In dottrina si v. M. Brizzi, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, G. Ferraro (a cura di), Milano, 2015, p. 73; interessante ricostruzione sulla proporzionalità è realizzata da C. Pisani, *Il nuovo regime di tutela per il licenziamento ingiustificato*, in *Jobs Act e licenziamento*, R. Pessi, G. Proia, A. Vallebona (a cura di), Torino, 2015, p. 32, il quale interpreta la norma come “l’insussistenza

L'ultimo aspetto che deve essere esaminato con riferimento alla prima parte dell'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 riguarda la prova dell'insussistenza del fatto, la quale "deve essere direttamente dimostrata in giudizio". Questa espressione è stata giudicata da una parte della dottrina come un'enunciato "al quale è difficile attribuire un significato"²⁵³. E' opinione consolidata che la norma debba essere interpretata nel senso che tutte le volte in cui il datore non sia in grado di provare nel processo il fondamento delle contestazioni addebitate al lavoratore, la reintegrazione nel posto di lavoro potrà essere disposta solo nel caso in cui il prestatore dimostri in giudizio l'insussistenza del fatto materiale a lui contestato, rendendo ancora più difficile la possibilità per il lavoratore di ottenere la tutela reale²⁵⁴. Quest'ultima

dell'inadempimento contestato al lavoratore rispetto al quale resta estranea ogni valutazione circa il carattere notevole dell'inadempimento".

²⁵³ Così, V. Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT- 259/2015, p. 30; nello stesso senso si v. anche M. Brizzi, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare, in I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, G. Ferraro (a cura di), Milano, 2015, p. 72, secondo la quale il fatto che il lavoratore dovrà fornire direttamente, con esclusione quindi del ricorso alle presunzioni, la prova che il fatto contestato non sussiste, suscita "molte perplessità"; secondo l'Autrice questa norma si pone in contrasto con un orientamento della Corte di Cassazione (Cass. , sez. III, 13 giugno 2013, n. 14854), la quale ha riconosciuto che "l'onere della prova gravante su chi agisce o resiste in giudizio non subisce deroghe nemmeno quando abbia ad oggetto fatti negativi; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo".

²⁵⁴ In proposito, si v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 236/2015, p. 19 ss; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi, in Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 36, il quale ritiene che l'espressione "direttamente" usata dal legislatore si presti ad una duplice lettura, comunque insoddisfacente. Secondo una prima ricostruzione l'avverbio "direttamente" deve essere riferito al fatto che il lavoratore sia tenuto a dimostrare l'insussistenza del fatto "direttamente nel giudizio di impugnativa"; questa tesi non è ritenuta convincente perché "non si vede in quale altra sede, se non in quella giurisdizionale, il lavoratore che asserisca di essere stato illegittimamente licenziato possa dimostrare l'invalidità del provvedimento espulsivo". La seconda ricostruzione, invece, ritiene che l'avverbio "direttamente" si ravvisi "una linea di continuità con l'aggettivo

considerazione comporterebbe l'implicita abrogazione dell'art. 5, L. n. 604/1966, che riconduce in capo al datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo e, con essa, anche dei fatti posti a fondamento²⁵⁵. Anche per quanto riguarda il regime sanzionatorio, il contenuto dell'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 non è identico a quello del vigente art. 18, comma 4, St.lav. . Come nella norma statutaria, il giudice (quando sia stata accertata l'insussistenza del fatto materiale) “annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ed al pagamento di un'indennità risarcitoria...corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione”. La prima differenza che occorre segnalare tra la disciplina dell'art. 18, comma 4, St.lav. , e l'art. 3, comma 2, del decreto in commento riguarda la modalità di calcolo delle “mensilità” spettanti come indennizzo; l'art. 18 fa riferimento all' “ultima retribuzione globale di fatto”, mentre l'art. 3 “all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di

<<manifesta>>, che è riscontrabile nell'art. 18, comma 7, St.lav. , quando parla dell'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

²⁵⁵ A tale proposito, di diverso avviso è L. Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D.lgs. n. 23/2015*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, G. Ferraro (a cura di), Milano, 2015, p. 58, ritiene che l'effetto di abrogare in parte l'art. 5, L. n. 604/1966 “avrebbe dovuto essere previsto espressamente, mentre l'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015, oltre a non accennare alla questione dell'onere della prova, non contiene neppure l'indicazione prescrittiva che il comma 2 dell'art. 3 funge da deroga al disposto contenuto nell'art. 5, L. n. 604/1966”. Lo stesso Autore ritiene che, una volta che il lavoratore (attore in giudizio) abbia dimostrato l'esistenza del rapporto di lavoro e di un licenziamento motivato da ragioni soggettive, il datore di lavoro (parte convenuta in giudizio), qualora non sia in grado di dimostrare fatti idonei a configurare una fattispecie legittima di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa e che tali fatti sussistano materialmente, “il giudice, senza che il lavoratore debba fornire ulteriori elementi di prova...dovrà considerare <<dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale>>. Si v. anche L. de Angelis, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”. IT-250/2015, p. 12 ss.

fine rapporto” (fino a un massimo di 12 mensilità)²⁵⁶. La seconda importante differenza riguarda la deducibilità *dell’aliunde perceptum* e dell’*aliunde percipiendum*. Mentre l’art. 18 riconosce la deducibilità dell’uno e dell’altro²⁵⁷, l’art. 3 definisce in modo più specifico l’*aliunde percipiendum*. Infatti l’art. 3 prevede la deducibilità di “quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell’art. 4, comma 1, lett. c), del D.lgs. n. 181/2000”²⁵⁸. Come ultima considerazione si segnala che l’art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015 riconosce al lavoratore “la facoltà di cui all’art. 2, comma 3”²⁵⁹.

²⁵⁶ Sul concetto di “ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto”, si v. M. G. Mattarolo, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in *Il licenziamento all’indomani del D.lgs. n. 23/2015*, F. Carinci, C. Cester (a cura di), Adapt Labour Studies, e-book series n. 46, p. 118 ss. Rispetto all’art. 18, come modificato dalla Legge Fornero, è esclusa la misura risarcitoria minima delle 5 mensilità e soprattutto essa non può superare il tetto massimo delle 12 mensilità. A tale proposito E. Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. Giur.*, 2015, II, 127, osserva come d’ora in poi “la durata del processo superiore all’anno va a danno del lavoratore...che sarà interessato non più alle lungaggini volte a lucrare, ma ad una rapida definizione del procedimento”.

²⁵⁷ Nell’art. 18, comma 4, St.lav., l’espressione “dedotto...quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione” lascia aperti spazi di discrezionalità e di incertezza.

²⁵⁸ Il D.lgs. n. 181/2000, intitolato “Disposizioni per agevolare l’incontro tra domanda e offerta di lavoro, in attuazione dell’art. 45, comma 1, lettera a), della L. 17 maggio 1999, n. 144”, prevede all’art. 4, comma 1, lett. c) che “Le Regioni stabiliscono i criteri per l’adozione da parte dei servizi competenti di procedure uniformi in materia di accertamento dello stato di disoccupazione sulla base dei seguenti principi:

c) perdita dello stato di disoccupazione in caso di rifiuto senza giustificato motivo di una congrua offerta di lavoro a tempo pieno ed indeterminato o determinato o di lavoro temporaneo ai sensi della legge 24 giugno 1997, n. 196, nell’ambito dei bacini, distanza dal domicilio e tempi di trasporto con mezzi pubblici, stabiliti dalle Regioni (lettera così modificata dal numero 2) della lettera c) del comma 33 dell’art. 4, L. 28 giugno 2012, n. 92.

²⁵⁹ La norma, nello specifico, si riferisce al diritto per il lavoratore di optare, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, per “un’indennità pari a 15 mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale”. In proposito si v. M. Tonetti, *La scelta dell’indennità sostitutiva mette definitivamente fine al rapporto di lavoro*, in *Dir. Giust.*, fasc. 25, 2015, p. 93-94, la quale sottolinea come, alla luce di un’importante sentenza della Corte di Cassazione (n. 13161 del 25 giugno 2015), il rapporto di

3.6 I vizi formali e procedurali nel D.lgs. n. 23/2015: linea di continuità con la legge Fornero

Il decreto legislativo n. 23/2015, nel dare attuazione alla L. n. 183/2014, agli articoli 4 e 9, disciplina il regime sanzionatorio in caso di licenziamento viziato sotto il profilo formale e procedurale. La violazione del requisito di motivazione del licenziamento di cui all'art. 2, comma 2, L. n. 604/1966 o della procedura di cui all'art. 7, L. n. 300/1970, comporta, per quei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato a partire dal 7 marzo 2015 e rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18, commi 8 e 9, St.lav, l'estinzione del rapporto di lavoro e la conseguente condanna per il datore di lavoro al pagamento di un'indennità (tra 2 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR) esclusivamente parametrata sull'anzianità di servizio²⁶⁰; di contro, per i datori di lavoro che non raggiungano i requisiti dimensionali previsti dall'ottavo e nono comma dell'art. 18 St.lav, l'indennità viene dimezzata (da 1 a 6 mensilità)²⁶¹. Ai lavoratori assunti con contratto di

lavoro si estingue con la comunicazione al datore di lavoro di optare per l'indennità sostitutiva, senza che debba intervenire il pagamento dell'indennità stessa e senza che permanga, per il periodo successivo alla comunicazione, alcun obbligo retributivo.

²⁶⁰ L'art. 4, D.lgs. n. 3/2015 dispone che: "Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604/1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300/1970, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto"

²⁶¹ L'art. 9, comma 1, D.lgs. n. 23/2015 afferma che: "Ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300 del 1970, l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti...dall'art. 4, comma 1...è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite delle 6 mensilità".

lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti non trova, invece, applicazione, per espressa previsione dell'art. 3, comma 3, D.lgs. n. 23/2015, la procedura preventiva di conciliazione di cui all'art. 7, L. n. 604/1966. Resta ferma, quindi, anche nel D.lgs. n. 23/2015 (come avviene nella Legge Fornero) la differenziazione tra il regime sanzionatorio del licenziamento "inefficace" perché privo di forma scritta (sanzionato con la tutela reale "piena") e regime sanzionatorio del licenziamento affetto da vizi procedurali e formali "minori" (sanzionato solo con la tutela indennitaria), quest'ultimo non più qualificato, nella nuova disciplina, come "inefficace"²⁶². La nuova norma di cui all'art. 4, D.lgs. n. 23/2015 si inserisce nel solco della disciplina contenuta nel comma 6 dell'articolo 18 della legge Fornero²⁶³, con alcune differenze: il licenziamento viziato nella forma

²⁶² In entrambe le situazioni, ovvero qualora non siano comunicati i motivi del recesso datoriale o non siano rispettate le regole di procedura relative all'applicazione delle sanzioni disciplinari, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro, condannando il datore al pagamento di una indennità risarcitoria, a meno che, come specificato nell'ultima parte dell'articolo 4, "il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto"; ci si riferisce alle ipotesi in cui il giudice accerti la discriminatorietà o la nullità del licenziamento o la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento. In tali evenienze si applicano rispettivamente le tutele di cui all'articolo 2 (reintegrazione ed indennità) e all'articolo 3 (indennità o reintegrazione a seconda dei casi) del decreto legislativo n. 23/2015. Sul punto si v. M. Tiraboschi e G. Gamberini, *Licenziamenti: la disciplina dopo il contratto a tutele crescenti*, In Guida al lavoro, Ilsole24Ore, 1 maggio 2015- Inserto n. 18, p. 18-19

²⁶³ L'art. 18, comma 6, St.lav. , come modificato dalla L. n. 92/2012, afferma che: "Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di 6 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo". Sul punto si v. P. Ichino, *Storia segreta, articolo per articolo, del*

o nella procedura non è più qualificato, come detto, come “inefficace” ; viene a mancare il riferimento all’art. 7, L. n. 604/1966 (violazione della procedura obbligatoria di conciliazione) come ipotesi di vizio formale e procedurale del licenziamento; viene ulteriormente ridotta l’indennità risarcitoria (da 2 a 12 mensilità o da 1 a 6 in base al numero dei lavoratori impiegati nell’azienda) non più commisurata alla gravità della violazione e calcolata non più sull’ultima retribuzione “globale di fatto” ma “sull’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto”²⁶⁴. La prima ipotesi di violazione, regolata dall’art. 4, d.lgs. n. 23/2005, riguarda il caso in cui “il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all’articolo 2, comma 2, della legge n.604/1966”. Non cambiano, rispetto alla Legge Fornero, le considerazioni svolte sul punto; in proposito si fa ancora riferimento al licenziamento non solo privo di motivazione, ma anche a quello caratterizzato da una motivazione generica o incompleta²⁶⁵. L’unica

contratto a tutele crescenti, 25 dicembre 2014, in www.pietroichino.it, p. 5; per una ricostruzione sulle novità introdotte nell’ambito del licenziamento viziato nella forma dopo la Legge Fornero, si v. R. Galardi, *Il licenziamento inefficace*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta (a cura di), Torino, 2013, p. 300

²⁶⁴ Sul punto si v. E. Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. giur.*, 2015, II, p. 129, secondo il quale “il legislatore, in piena linea di continuità con il trend legislativo inaugurato dalla legge Fornero, ha scelto di alleggerire ulteriormente le sanzioni conseguenti alle violazioni di carattere formale/procedurale del licenziamento.

²⁶⁵ Su questi aspetti si v. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, p. 65; F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, VI, 545; si ricordi che l’art. 2, comma 2, L. n. 604/1966, come modificato dall’art. 1, comma 37, L. n. 92/2012, dispone che: “La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato”. Prima della riforma Fornero, il datore di lavoro era tenuto a comunicare per iscritto i motivi del recesso solo a seguito della richiesta, presentata dal lavoratore, entro 15 giorni dalla comunicazione del licenziamento. In giurisprudenza si v. tra le tante, Cass. 5 maggio 2011, n. 9925, in *Guida dir.*, n. 24, 2011, p. 63, secondo la quale la comunicazione dei motivi che, per la sua genericità sia

differenza risiede nel fatto che, mentre con la legge n. 92/2012 il legislatore dispone che il licenziamento privo della motivazione debba intendersi “inefficace” ma tuttavia idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro, con il D.lgs. n. 23/2015 viene a mancare l’inciso “Nell’ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace...”, con la conseguenza che il licenziamento “intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all’art. 2, comma 2, L. n. 604/1966” è ritenuto efficace a tutti gli effetti, sebbene comunque estintivo del rapporto²⁶⁶. La seconda ed ultima ipotesi di vizio prevista dall’articolo 4 del D.lgs. n. 23/2015 riguarda la “violazione... della procedura di cui all’articolo 7 della legge n. 300/1970”²⁶⁷, essendo stata abolita, proprio dal D.lgs. n. 23/2015, la obbligatoria procedura preventiva di conciliazione introdotta dalla L. n. 92/2012 nell’art. 7, L. n. 604/1966 per il caso di licenziamento per ragioni oggettive. Come è stato osservato da una parte della dottrina, “resta un dubbio su cosa debba intendersi esattamente per violazione della procedura”²⁶⁸, dal momento che lo stesso D.lgs. n. 23/2015 non ha messo fine ai nodi

totalmente inidonea ad assolvere il fine di consentire al lavoratore di impostare la propria difesa, si considera equivalente alla materiale omissione della comunicazione dei motivi.

²⁶⁶ Il decreto in commento, come aveva disposto anche la legge Fornero, afferma nuovamente l’estinzione del rapporto anche nel caso di licenziamento privo della motivazione, salvo l’accertamento (su domanda del lavoratore, e quindi eventuale) della riconducibilità del licenziamento in questione a motivi disciplinari o discriminatori. Sul punto si v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 236/2015 p. 22 ss

²⁶⁷ Questa disposizione svolge una funzione di tutela del lavoratore, dal momento che stabilisce che il datore di lavoro “non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore, senza avergli preventivamente contestato l’addebito e senza averlo sentito a sua difesa”(art. 7, comma 2, L. n. 300/1970) ed “eventualmente assistito da un rappresentante dell’associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato” (art. 7, comma 3, L. n. 300/1970). Il comma 5 dell’art. 7 prosegue affermando che “in ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale, non possono essere applicati prima che siano trascorsi 5 giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa”.

²⁶⁸ M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT- 236/2015, p. 22

interpretativi che già erano emersi con riferimento all'art. 18, comma 6, St.lav.²⁶⁹. In proposito valgono, quindi, le stesse osservazioni svolte sulla Legge Fornero. Secondo l'opinione dominante, la mancata pubblicazione (ove sia necessaria) del codice disciplinare sembra che debba essere paragonata ad un'ipotesi di ingiustificatezza del licenziamento (come conseguenza del mancato adempimento di un onere dal cui assolvimento dipende l'esistenza stessa del potere di licenziare), con la conseguente applicazione della tutela indennitaria "forte"²⁷⁰. Per quanto riguarda, invece, il requisito dell'immediatezza della contestazione, la Corte di Cassazione ha chiarito che tale requisito rientra tra le regole procedurali desunte dall'art. 7 St.lav. , in applicazione dei canoni di buona fede e correttezza²⁷¹. Tuttavia, nell'ipotesi in cui il difetto di immediatezza della contestazione, per le modalità concrete in cui non si è esplicitata la reazione datoriale all'inadempimento²⁷², implichi non solo la lesione del diritto di difesa,

²⁶⁹ Con riferimento alle interpretazioni prospettate nei riguardi dell'art. 18, comma 6, St.lav. , si v. P. Sordi, *Il nuovo art. 18 della Legge n. 300 del 1970*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Milano, 2013, p. 326 ss ; M. D'Onghia, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, P. Chieco (a cura di), Bari, 2013, p. 365; interessante ricostruzione viene effettuata da R. Galardi, *Il licenziamento inefficace*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), Torino, 2013, p. 305 ss.

²⁷⁰ Così si v. C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in www.csdle.lex.unict.it

²⁷¹ Cass. Sez. Lav. , 6 novembre 2014, n. 23669; per quanto riguarda la giurisdizione di merito, applica la tutela indennitaria "debole" Trib. Bologna 3 aprile 2013. In dottrina si v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT- 236/2015, p. 22-23; V. Cagnin, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 138-139, la quale riassume l'orientamento intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità in materia di licenziamento disciplinare.

²⁷² Cass. 4 febbraio 2015, n. 2021; nello specifico, nel caso in cui il datore di lavoro "pur essendo a conoscenza della mancanza, mostri inequivocabilmente con la propria inerzia la volontà di non sanzionarla".

ma anche la rinuncia del datore a sanzionare il comportamento posto in essere dal lavoratore²⁷³, troverà applicazione la tutela indennitaria “forte” (di cui all’art. 3, comma 1, D.lgs. n. 23/2015)²⁷⁴.

²⁷³ In giurisprudenza, si v. Cass. 13 febbraio 2015, n. 2902; in dottrina V. Cagnin, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 140, osserva come la tempestività della contestazione consenta al lavoratore un più preciso ricordo dei fatti e gli permetta di predisporre una difesa più efficace in relazione agli addebiti contestati, con la “conseguenza che la mancanza di una tempestiva contestazione può tradursi in una violazione delle garanzie procedurali fissate dall’art. 7, L. n. 300/1970”.

²⁷⁴ C. Pisani, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *Arg.dir. lav.*, 2015, n. 1, I, 97

3.7 La nuova offerta di conciliazione prevista dal D.lgs. n. 23/2015

L'articolo 6 del decreto legislativo n. 23/2015 introduce una originale modalità di conciliazione preventiva, relativa ad una potenziale controversia avente ad oggetto l'impugnativa di recesso da un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato stipulato a partire dal 7 marzo 2015²⁷⁵. Si tratta di una "disposizione nuova per l'ordinamento italiano, ma non nel panorama europeo"²⁷⁶. L'articolo 6 del decreto attuativo del Jobs Act è suddiviso in tre commi: il primo riguardante lo strumento conciliativo vero e proprio; gli altri due sono norme di chiusura dell'articolo stesso e attengono rispettivamente alla copertura economica a carico della finanza pubblica e la previsione di monitoraggio della disposizione. Con riferimento all'ambito

²⁷⁵ L'art. 6, comma 1, D.lgs. n. 23/2015 dispone che: "In caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1, al fine di evitare il giudizio e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in una delle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, e all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare. L'accettazione dell'assegno in tale sede da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta. Le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro sono soggette al regime fiscale ordinario".

²⁷⁶ L. Bertoncello, *La nuova conciliazione in caso di licenziamento*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L.Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015 p. 152; lo stesso Autore sottolinea come questa nuova forma di conciliazione tragga spunto da uno strumento conciliativo introdotto dall'ordinamento tedesco oltre 10 anni fa e contenuto nella c.d. Legge Hartz 4 ("Quarta legge per i servizi moderni al mercato del lavoro). Sul punto si v. anche A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-245/2015, p. 9-10, il quale si sofferma, in primo luogo, sulle differenze tra lo strumento tedesco, circoscritto solamente ai licenziamenti economici, e quello italiano, che ricomprende anche quelli discriminatori e disciplinari. In secondo luogo richiama il fatto che non è prevista alcuna forma incentivazione a carico della finanza pubblica tedesca.

soggettivo di applicazione, l'art. 6, comma 1, D.lgs. n. 23/2015, si applica ai "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", nonché "nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato"; in sostanza, l'articolo 6 del decreto in commento copre, per intero, l'ambito applicativo del provvedimento e si riferisce tanto ai licenziamenti individuali quanto a quelli collettivi²⁷⁷. Per quanto concerne il profilo oggettivo della conciliazione, la dottrina prevalente tende a farvi rientrare tutti i tipi di licenziamento, inclusi quelli discriminatori e nulli, ad eccezione del licenziamento intimato in forma orale²⁷⁸. L'offerta di conciliazione, ai sensi dell'art. 6, comma 1, D.lgs. n.

²⁷⁷ Si ricordi che per quei lavoratori, assunti con contratto a tempo indeterminato prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 23/2015 (7 marzo 2015), e per i quali siano integrati i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, St.lav. , continuerà a trovare applicazione la procedura preventiva di conciliazione (obbligatoria a seguito di licenziamento per giustificato motivo oggettivo), regolata dal novellato art. 7, L. n. 604/1966. Su tale procedura si v. P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta (a cura di), Torino, 2013, p. 264 ss.

²⁷⁸ In dottrina si v. L. Bertoncello, *La nuova conciliazione in caso di licenziamento*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L.Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 156, la quale fa notare che l'art. 6 si limiti a disporre che l'offerta conciliativa si applica in "caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'art. 1", senza nulla aggiungere con riguardo alle fattispecie di licenziamento interessate. Nello stesso senso anche R. Voza, *"Gli farà un'offerta che non potrà rifiutare": l'irresistibile forza deflattiva dell'articolo 6 D.lgs. n. 23/2015*, in *Lav. Giur*, 2015 , 8-9, 777-778, secondo il quale "non può assumere alcun rilievo il grado di eventuale infondatezza della giustificazione addotta dal datore di lavoro"; di conseguenza, a parere dell'Autore, anche un licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo può comportare l'applicazione dell'art. 6, D.lgs. n. 23/2015. Sull' esclusione del licenziamento in forma orale dal campo di applicazione dell'art. 6, D.lgs. n. 23/2015, si v. M. Falsone, *La conciliazione ex art. 6 D.lgs. n. 23/2015 tra autonomia privata ed incentivi statali*, in *WP CSDLE"Massimo D'Antona"*.IT-274/2015, p. 9

23/2015, deve essere formulata dal datore di lavoro “entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento” (60 giorni dalla ricezione della comunicazione del recesso in forma scritta)²⁷⁹. Il comma 1 prosegue affermando che la conciliazione volontaria deve avvenire “in una delle sedi di cui all’articolo 2113, comma 4, c.c. , e all’articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni”. Esse sono quelle previste dall’art. 185, 410, 411, 412-*ter* e 412-*quater* del codice di procedura civile²⁸⁰. Il disposto dell’art. 6 nulla dice in merito alla procedura da seguire, limitandosi solamente ad indicare le sedi in cui deve perfezionarsi l’offerta di conciliazione da parte del datore di lavoro. Secondo l’orientamento prevalente, la procedura dovrebbe comportare una

²⁷⁹ Si tende a considerare tale termine perentorio, decorso il quale il datore di lavoro perde la facoltà di offrire la conciliazione. Sul punto si v. P. Rausei, *La conciliazione in caso di licenziamento fra obbligo e facoltà*, in *Lav. Giur.* , 2015 , VI, 566.

²⁸⁰ L’articolo si riferisce, pertanto, alle commissioni di conciliazione istituite presso le Direzioni territoriali del lavoro, ai tentativi di conciliazione in sede sindacale, alle sedi previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative, ai collegi di conciliazione ed arbitrato irrituale ed, infine alle commissioni di certificazione costituite presso: gli Enti bilaterali costituiti nell’ambito territoriale di riferimento, ovvero a livello nazionale quando la commissione stessa sia costituita nell’ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale, le Direzioni territoriali del Lavoro, le Province, le Università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie, la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro del Ministero del Lavoro nei casi in cui il datore di lavoro abbia almeno due sedi in province differenti ovvero aderisca ad organizzazioni o associazioni datoriali che hanno stipulato apposito schema di convenzione nazionale ed infine presso i Consigli provinciali dei Consulenti del lavoro di cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12, per i contratti di lavoro instaurati nell’ambito territoriale di riferimento unicamente nell’ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ed il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro chiamato a svolgere funzioni di coordinamento e di vigilanza per tutti gli aspetti organizzativi. L’art. 76, D.lgs. n. 276/2003 richiama le Commissioni di certificazione. In merito al contenuto del verbale di conciliazione redatto in una di queste sedi, si v. P. Rausei, *La conciliazione in caso di licenziamento fra obbligo e facoltà*, in *Lav. Giur.* , 2015, VI, 569 ss.; L. Bertoncello, *La nuova conciliazione in caso di licenziamento*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L.Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015 p. 157 ss.

libertà di forma²⁸¹: sarebbe, sostanzialmente sufficiente per il datore presentare l'istanza presso uno degli organismi di conciliazione appena richiamati, con conseguente convocazione delle parti (assistite e rappresentate secondo le regole ordinarie). A seguito dell'incontro delle parti davanti ad una delle sedi richiamate, il datore di lavoro deve formulare una proposta che abbia due requisiti: uno relativo al *quantum* e l'altro relativo al *quomodo* in cui la somma deve essere erogata al lavoratore. Con riferimento al primo requisito, anzitutto la somma deve essere "di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità"²⁸²(art. 6, comma 1, D.lgs. n. 23/2015). Tale importo inoltre "non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale"²⁸³(art. 6, comma 1, D.lgs. n. 23/2015). In relazione al secondo requisito attinente alla modalità di pagamento del relativo importo, l'art. 6 dispone che questo debba avvenire "mediante consegna di un assegno circolare"²⁸⁴. Dalla lettera del

²⁸¹ In questo senso si v. A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 245/2015, p. 19, secondo il quale il principio della "libertà della forma" risponde all'esigenza di velocizzare la controversia sulla legittimità del licenziamento, scoraggiando il lavoratore dal promuovere un'azione in giudizio. Per un inquadramento sulle modalità di svolgimento si v. F. Pasquini, *Jobs Act e conciliazione: pochi maledetti e subito... ma non per tutti*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, F. Carinci, M. Tiraboschi(a cura di), in Adapt Labour Studies E-book series n. 37/2015 , p. 87

²⁸² Se il datore di lavoro non raggiunge i requisiti dimensionali previsti dall'art. 18, comma 8 e 9, L. n. 300/1970, l'ammontare dell'importo offerto deve essere dimezzato e "non può in ogni caso superare il limite delle 6 mensilità" (art. 9, comma 1, D.lgs. n. 23/2015).

²⁸³ La somma da erogare al lavoratore viene determinata moltiplicando un importo fisso (mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR) per gli anni di servizio, secondo la logica del contratto a tutele crescenti.

²⁸⁴ In proposito si v. P. Ichino, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, in www.pietroichino.it , il quale ha messo in discussione l'utilità del solo assegno circolare come

secondo periodo del comma 1 dell'art. 6, emerge che l'accettazione dell'assegno (e non l'accettazione dell'offerta) da parte del lavoratore costituisce il momento in cui si perfeziona la transazione²⁸⁵. L'accettazione della consegna dell'assegno circolare da parte del lavoratore produce due effetti. Il primo consiste nella “rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta”²⁸⁶ (art. 6, comma 1, D.lgs. n. 23/2015). Il secondo effetto che scaturisce dall'accettazione della consegna dell'assegno circolare da parte del lavoratore, e che trova la sua giustificazione nella rinuncia da parte di quest'ultimo all'impugnazione, è “l'estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento” (art. 6, comma 1, D.lgs. n. 23/2015). Il comma 3 dell'art. 6 impone inoltre al datore di lavoro l'obbligo (coperto da sanzione amministrativa) di inviare, entro 65 giorni dalla cessazione del rapporto, una comunicazione “nella quale deve essere indicata l'avvenuta ovvero la

mezzo di pagamento. Egli ritiene che se la legge avesse consentito il pagamento dell'importo con una forma diversa da quella dell'assegno circolare (ad esempio mediante bonifico bancario), non si sarebbe concretizzata “alcuna pericolosità sociale”. In senso contrario, si v. F. Pasquini, *Jobs Act e conciliazione: pochi maledetti e subito... ma non per tutti*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, F. Carinci, M. Tiraboschi(a cura di), in *Adapt Labour Studies E-book series n. 37/2015* , p. 87, considera l'assegno circolare come il mezzo di pagamento “maggiormente sicuro quanto a garanzia della copertura, destinazione univoca del lavoratore interessato e possibilità di essere utilizzato o meno, in ambito conciliativo, quale vera e propria offerta reale”, caratteristiche non tutte riferibili al bonifico bancario.

²⁸⁵ Sul punto si v. F. Amendola, *L'offerta di conciliazione preventiva*, in *I licenziamenti nel contratto << a tutele crescenti >>*, a cura di G. Ferraro, Milano, p. 167, osserva come il legislatore ha esplicitato il termine entro cui deve essere formulata l'offerta (60 giorni), ma non il termine entro il quale la stessa debba essere accettata, e quindi la conciliazione raggiunta. Secondo l'Autore non è fondamentale che la consegna dell'assegno circolare avvenga entro tale termine, “anche perché tale evento può essere procrastinato da impedimenti burocratici estranei alla volontà delle parti”.

²⁸⁶ Sul punto si v. P. Rausei, *La conciliazione in caso di licenziamento fra obbligo e facoltà*, in *Lav. Giur.* , 2015 , VI, 566

non avvenuta conciliazione”²⁸⁷. Resta ferma “la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge” (art. 6, comma 1, D.lgs. n. 23/2015); sembra quindi che sia possibile affermare che anche la rinuncia del lavoratore al diritto di impugnare il licenziamento possa realizzarsi in forme diverse e, quindi, anche senza quelle garanzie previste dall’art. 2113 c.c. quando non costituisca elemento di un più complesso regolamento di interessi soggetto all’applicazione di tale disposizione²⁸⁸.

²⁸⁷ Il Ministero del Lavoro, attraverso una nota operativa del 27 maggio 2015, n. 2788, ha disposto che, a partire dal 1 giugno 2015, è disponibile un’applicazione denominata “UNILAV_CONCILIAZIONE” nel portale clic lavoro (www.cliclavoro.gov.it), attraverso la quale tutti i datori di lavoro potranno comunicare le informazioni relative allo stato di avanzamento della procedura conciliativa di cui all’art. 6, D.lgs. n. 23/2015. In proposito R. Voza, *“Gli farò un’offerta che non potrà rifiutare”*: l’irresistibile forza deflattiva dell’articolo 6 D.lgs. n. 23/2015, in *Lav. Giur.*, 2015, 8-9, ritiene che tale adempimento strida con l’opera di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti amministrativi connessi con la costituzione e lo svolgimento del rapporto di lavoro, in particolare con riferimento all’obiettivo di ridurre il numero di atti di gestione amministrativa del rapporto di lavoro, così come disposto dall’art. 1, comma 6, lettera a), L. n. 183/2014. Nello stesso senso, si v. anche F. Rossi, *L’offerta di conciliazione prevista dall’art. 6 del D.lgs. n. 23/2015*, in *Lav. giur.*, 2015, 8-9- 782 ss

²⁸⁸ Sul punto si v. A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 245/2015, p. 14

3.8 La prescrizione dei crediti di lavoro a seguito del D.lgs. n. 23/2015

Il regime del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, introdotto dal D.lgs. n. 23/2015, trasformando la reintegrazione nel posto di lavoro da regola ad eccezione, ed incrementando la c.d. “flessibilità in uscita”, ha, come è stato osservato, nascosto “una conseguenza di segno contrario in termini di flessibilità funzionale”²⁸⁹. Le novità che sono state apportate da tale Decreto legislativo, indubbiamente, hanno importanti ricadute sulla disciplina della prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore, con particolare riferimento al momento della sua decorrenza²⁹⁰. Già con la Legge Fornero ed, a maggior ragione, con l’introduzione del D.lgs. n. 23/2015, la dottrina maggioritaria ha ritenuto che l’operazione di ridimensionamento del campo di applicazione della tutela reale del posto di lavoro abbia comportato il ripristino dell’originario orientamento della Corte Costituzionale in tema di prescrizione

²⁸⁹ Così A. Tursi, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi*, in *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, M. T. Carinci- A. Tursi (a cura di), Torino, 2015, p. 97.

²⁹⁰ Si rammenta che, a seguito di alcuni interventi della Corte Costituzionale a partire dagli anni '60, si stabilì che la prescrizione non avrebbe potuto decorrere in costanza di rapporto (Corte Cost. 63/1966), ad eccezione nelle ipotesi in cui il rapporto non fosse caratterizzato da una “particolare forza di resistenza, quale deriva da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto e fornisca la garanzia di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione” (Corte Cost. 143/1969). A seguito dell’entrata in vigore della Legge Fornero, si è discusso in dottrina se la prescrizione dei crediti di lavoro potesse decorrere anche in corso di svolgimento del rapporto di lavoro; è prevalsa la tesi secondo la quale la prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore non decorre in pendenza del rapporto di lavoro, neppure se a questo si applichi l’art. 18 St.lav. . Su quest’ultima considerazione, si v. R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 285; O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St.lav. , in Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013* (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013, p. 244

affermato dallo storica sentenza del 10 giugno 1966, n. 63²⁹¹, stabilendo che, nel rapporto di lavoro subordinato, la prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore comincia a decorrere dalla cessazione del rapporto²⁹². Sul tema della prescrizione è intervenuta, da ultimo, anche la Fondazione Studi Consulenti del Lavoro, la quale, con una circolare del 4 febbraio 2015, ha ipotizzato una conclusione diversa²⁹³. E' opinione comune, tuttavia, che sia necessario un tempestivo intervento del Legislatore o della Corte Costituzionale che faccia

²⁹¹ Corte Cost. 10 giugno 1966, n. 63, in Foro.it. , 1966, I, la quale ha dichiarato l' illegittimità costituzionale degli articoli 2948 n.4, 2955 n. 2 e 2956 n. 1 del c.c. " limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro". Su questi aspetti si v. M. Meucci, *La prescrizione dei crediti retributivi dopo il Jobs Act*, in www.altalex.com , Articolo, 22/05/2015; C. Romeo, *Prescrizione dei crediti di lavoro: recenti profili problematici*, in www.csdle.lex.unict.it , 15/12/2015, p. 1, il quale ritiene che la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, prima a seguito della Legge Fornero del 2012 ed oggi in relazione al D.lgs. n. 23/2015, "ha finito con il far scaturire taluni profili alquanto problematici riguardo una questione che...si riteneva da tempo sopita nell'ambito del dibattito della dottrina giuslavoristica italiana".

²⁹² Questo orientamento è suffragato anche alla luce di un'importante sentenza del Trib. Milano, 16 dicembre 2015, n. 3460 ; il Tribunale in questione è intervenuto sul tema della prescrizione dei crediti di lavoro dopo che un gruppo di lavoratori part time aveva intentato una causa alla propria società datrice di lavoro allo scopo di ottenere il riconoscimento delle differenze retributive maturate dal luglio 2007, sulla base che il trattamento economico degli impiegati part time fosse meno favorevole rispetto a quelli impiegati a tempo pieno. Con tale sentenza il Tribunale ha rigettato l'eccezione della parte datoriale, rilevando come, dal 18 luglio 2012, anche per quelle imprese sottoposte all'art. 18 St.lav. , il termine di prescrizione quinquennale dei crediti retributivi decorra solo a partire dalla cessazione del rapporto di lavoro. Nelle motivazioni della sentenza, la minore tutela apprestata a questi lavoratori esporrebbe quest'ultimi "al timore del recesso nel far valere le proprie ragioni, a fronte della diminuita resistenza della propria stabilità". Il Giudice fonda le sue argomentazioni su di una giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione per cui "la decorrenza o meno della prescrizione in corso di rapporto va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo in relazione alla effettiva esistenza di una situazione psicologica di <<metus>> del lavoratore e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto".

²⁹³ In proposito, pur riconoscendo che il contratto a tutele crescenti depotenzi la tutela reale del posto di lavoro, esso "delinea comunque il diritto alla reintegra per i licenziamenti disciplinari in cui si dimostri l'insussistenza del fatto contestato e per quelli affetti da nullità". Da questa considerazione la Fondazione conclude nel senso che "potrebbe ritenersi...che nelle aziende più grandi la prescrizione continui a decorrere durante il rapporto di lavoro".

definitivamente chiarezza sul tema della prescrizione dei crediti di lavoro²⁹⁴.

²⁹⁴ A proposito di questa necessità, si v. , tra gli altri, V. Maio, *Stabilità e prescrizione nel lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, G. Ferraro (a cura di), Milano, 2015, p. 183 ss ; D. Lesce e V. De Lucia, *La prescrizione dei crediti retributivi nel contratto a tutele crescenti*, in www.diritto24.ilsole24ore.com ; E. Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. Giur.* , 2015, II, 132

3.9 Profili di illegittimità costituzionale del D.lgs. n. 23/2015

A distanza di poco più di due anni dall'entrata in vigore della L. n. 92/2012, il Legislatore, come si è visto, ha modificato nuovamente la disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi attraverso il D.lgs. n. 23/2015, introducendo regole molto flessibili e realizzando un passaggio da un sistema fondato sulla reintegrazione nel posto di lavoro in caso di licenziamento illegittimo ad uno, invece, basato su di una tutela puramente indennitaria (fissa e predeterminata), diventata il fulcro della nuova disciplina dei licenziamenti. Il testo finale del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, recante disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, rispetto all'originario disegno di legge delega presentato dal Governo, è, in primo luogo, su un punto, sostanzialmente diverso²⁹⁵. Infatti il testo finale della Legge-delega n. 183/2014 ha previsto, al già richiamato art. 1, comma 7, lett. c), "la previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato". Quindi, una prima incongruenza che è stata sottolineata riguarda proprio il fatto che, mentre la formulazione originaria mirava ad introdurre un nuovo tipo contrattuale da

²⁹⁵ Si ricordi che nel disegno di legge delega originario presentato dal Governo (AS n. 1428/2014), la lettera b) dell'art. 4, prevedeva solamente l'eventuale possibilità di introdurre ulteriori tipologie contrattuali espressamente finalizzate "a favorire l'inserimento nel mondo del lavoro, con tutele crescenti per i lavoratori coinvolti".

affiancare alle tipologie esistenti, il testo finale, invece, ci restituisce quello che è stato definito “contratto a tutele crescenti”, il quale non è altro che il comune contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato *ex art. 2094 c.c.* , e che, per coloro che sono stati assunti a partire dal 7 marzo 2015, dispone solamente una nuova disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi²⁹⁶. Venendo ai profili di illegittimità costituzionale del D.lgs. n. 23/2015, una parte della dottrina , in riferimento all’ambito applicativo del decreto in commento, ha sollevato alcuni dubbi a proposito dell’ eccesso di delega *ex art. 76 Cost.* . In particolare l’art. 1, comma 3, D.lgs. n. 23/2015, estendendo la nuova disciplina anche ai lavoratori assunti in data anteriore al 7 marzo 2015, qualora l’organico aziendale del datore di lavoro sia passato da un numero di 15 o meno dipendenti a più di 15 dipendenti per effetto di assunzioni avvenute a partire dal 7 marzo, pone “ il serio rischio di superamento dei limiti della delega, con possibile rischio di costituzionalità per contrasto con gli art. 76 e 77 Cost.”²⁹⁷. Un ulteriore profilo di incostituzionalità, messo in risalto

²⁹⁶ In proposito si v. M. V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.* , 2015, n. 1, 39 ss.; L. Mariucci, *La commedia degli inganni: l’itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in www.ripensarelasinistra.it , parla di “commedia degli inganni” e , ritiene che “la formula del contratto a tutele crescenti è del tutto arbitraria”, e debba essere “derubricata in <<contratto a tutele ridotte>> “. Si v. , da ultimo, L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. dir.* , 2015, n. 1, p. 18, il quale richiama alcune contraddizioni interne poste in essere dal d.lgs. n. 23/2015 rispetto alla L. n. 183/2014, che “determinano una ulteriore complicazione dell’ordinamento oltre che forti incertezze sul piano interpretativo”.

²⁹⁷ Così M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 236/2015, p. 13, il quale fa notare come in base all’art. 1, comma 7, lett. c), L. n. 183/2014, il Governo fosse delegato ad introdurre una nuova disciplina dei licenziamenti “solo per le nuove assunzioni”. ; nello stesso senso, si v. anche G. Gentile, *L’ambito di applicazione della nuova disciplina, in Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 60-61, il quale, pur riconoscendo che la *ratio* di questa disposizione è riconducibile alla finalità di incentivare nuove assunzioni, permettendo al datore di lavoro di giovare delle nuove norme nei confronti di tutti i dipendenti, “ha suscitato perplessità di ordine costituzionale...in particolare è

dalla dottrina, ha riguardato la disparità di trattamento tra coloro che sono stati assunti prima del 7 marzo 2015, ed ai quali si applica la disciplina prevista dall'art. 18 St.lav. , come modificato dalla Legge Fornero, e coloro che sono stati assunti a partire da tale data, in una logica di possibile violazione del principio parità di trattamento, protetta dall'art. 3 Cost.²⁹⁸ . In proposito è stato sostenuto che la permanenza per lungo tempo di trattamenti differenziati tra vecchi e nuovi assunti (utilizzando come discriminare la data del 7 marzo 2015) “potrebbe per certi versi essere irragionevole”²⁹⁹, dal momento che la Corte Costituzionale, pur ritenendo che “non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, perché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche”³⁰⁰, ritiene tuttavia che il legislatore “incontra il solo limite della manifesta irragionevolezza”³⁰¹. Proprio questa situazione di differenziazione di regimi sanzionatori tra vecchi e nuovi

stato evidenziato un difetto di compatibilità rispetto agli indirizzi generali della delega”. Da ultimo S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 246/2015, p. 14-15, ritiene che ecceda la delega anche la previsione contenuta nell’art. 1, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, la quale estende l’applicazione della disciplina anche ai casi di “conversione, successiva all’entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato”. Secondo l’Autore la violazione della delega risiede nel fatto che la conversione (“chiamata così impropriamente dal decreto”) è “cosa evidentemente diversa, *per definitionem*, dalla nuova assunzione”.

²⁹⁸ Su questo aspetto si v. F. Buffa, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, in Arg. dir. lav. , 2015, III, 568, il quale mette in evidenza due aspetti di contrasto con la Costituzione, che rilevano anche ai fini del diritto internazionale ed europeo: la violazione della parità di trattamento (protetta dall’art. 3 Cost.) e, in secondo luogo, la misura ridotta dell’indennità, che “risulta essere irrisoria e financo offensiva, comunque priva in buona parte di efficacia dissuasiva e riparatoria effettiva”.

²⁹⁹ Così, C. Celentano, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in Relazione al Corso di alta formazione della Scuola Superiore della Magistratura, sul tema *La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio* (Scandicci 13-15 aprile 2015), p. 15

³⁰⁰ Così Corte Cost. 13 novembre 2014, n. 254

³⁰¹ Così Corte Cost. 60/2014

assunti profila, dunque, un dubbio di costituzionalità³⁰². Anche la disposizione di cui all'art. 2 del D.lgs. n. 23/2015 ha sollevato più di un dubbio di conformità costituzionale. L'interpretazione restrittiva³⁰³ di questa disposizione, che escluderebbe dalla disciplina una serie di ipotesi (licenziamento riconducibile al motivo illecito o alla frode alla legge o altre situazione in cui il licenziamento, pur essendo espressamente qualificato come nullo, sia in contrasto con norme imperative), solleverebbe una duplice obiezione di incostituzionalità; in primo luogo comporterebbe una violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega, dal momento che l'art. 1, comma 7, lett. c), come visto, stabilisce la reintegrazione nel posto di lavoro in caso di "licenziamenti nulli", senza che la delega contempra la possibilità di

³⁰² In questo senso, si v. M. V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, n. 1, p. 47 ss; V. Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT- 259/2015, p. 16 ss; in senso contrario, su questo aspetto, la costituzionalità della riforma è sostenuta da M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 236/2015, p. 8 ss; F. Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel D.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, G. Ferraro (a cura di), Milano, 2015, p. 119, il quale rileva la costituzionalità della differenza di trattamento sulla base che "la Corte Costituzionale in diverse occasioni ha avuto modo di chiarire che, in base al principio di successione delle leggi nel tempo, il trascorrere di un certo arco temporale può integrare un elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche". Sulla distinzione del regime tra vecchi e nuovi assunti, si v. anche F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del D.lgs. n. 23/2015*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT- 252/2015, p. 7-8, il quale ritiene che un simile trattamento differenziato possa dar luogo a tre possibili rischi, non sufficientemente ponderati dal legislatore. Il primo è quello di una "maggiore rigidità nelle transizioni sul mercato del lavoro" per quei dipendenti che godono del vecchio regime, i quali non avranno, senza dubbio, una particolare propensione a mutare rapporto di lavoro, esponendosi alla disciplina prevista dal D.lgs. n. 23/2015. Il secondo rischio riguarda un rafforzamento di "pratiche distorsive della concorrenza"; infatti le imprese più articolate potrebbero subire la competizione di nuove imprese "che puntino sul vantaggio costituito dal binomio sgravi contributivi/nuovo regime sanzionatorio". Il terzo ed ultimo rischio attiene al fenomeno delle "esternalizzazioni, nel senso di una loro attenuazione".

³⁰³ Si v. A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), Torino, 2015, p. 41 ss.

modificare la disciplina preesistente³⁰⁴; in secondo luogo questa interpretazione sarebbe in contrasto con l'art. 3 Cost. sotto l'aspetto della ragionevolezza. In proposito non si capirebbe “per quale ragione ipotesi di nullità certamente di gravità pari a quelle tassativamente previste da disposizioni specifiche in tema di licenziamento dovrebbero essere esenti da una disciplina sanzionatoria”, introdotta per il “disvalore delle ragioni a fondamento del recesso”³⁰⁵. Un ultimo dubbio di costituzionalità ha riguardato la disposizione di cui all'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 23/2015³⁰⁶.

³⁰⁴ In questo senso, si v. C. Musella, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, G. Ferraro (a cura di), Milano, 2015, p. 27.

³⁰⁵ V. Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT- 259/2015, p. 24 ; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 246/2015, p. 16 ss.

³⁰⁶ Su tale aspetto si v. , tra gli altri, A. Lassandari, *La riforma del lavoro del Governo Renzi: il disegno e la realizzazione*, in *Corriere Giur.* , 2015, VI, 750-751; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 246/2015, p. 18, il quale ritiene questa norma “manifestamente irrazionale ed evidentemente in contrasto con l’art. 3 Cost.”, dal momento che l’art. 3, comma 2, prevede che possa essere posto a base del licenziamento un fatto materiale certamente esistente (ad esempio un ritardo di pochi minuti), ma del tutto irrilevante sul piano disciplinare, e di conseguenza lecito, “perché non qualificabile in termini di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali”. Dubbioso anche R. De Luca Tamajo, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto contestato”*, in *Arg. dir. lav.* , 2015, II, 274, secondo il quale “il tasso di incertezza...ha ormai superato la soglia di tollerabilità”.

Bibliografia

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

P. Albi, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla Riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013

F. Amendola, *L'offerta di conciliazione preventiva*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, (a cura di) G. Ferraro, Milano, 2015

M. V. Ballestrero- G.De Simone, *Diritto del lavoro*, Torino, 2014

M. V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.* , n. 1, 2015

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

E. Balletti, *Riassunzione o risarcimento del danno*, in *I licenziamenti individuali*, (a cura di) G. Ferraro, Napoli, 1990

M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. giur. lav.* , I, 2013

M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, (a cura di) M. Barbieri- D. Dalfino, Bari, 2013

E. Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. giur.* , II, 2015

F. Basenghi, *Sub art. 5*, in *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi. Commentario alle leggi 15 luglio 1966, n. 604 e 11 maggio 1990, n. 108*, (a cura di) L. Galantino, Torino, 1993

A. Bellavista, *Piccoli datori di lavoro ed organizzazioni di tendenza*, in *Il licenziamento all'indomani del D.lgs. n. 23/2015*, *Adapt Labour Studies*, n. 46/2015

P. Bellochi, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Arg. dir. lav.* 2013

L. Bertoncello, *La nuova conciliazione in caso di licenziamento*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, (a cura di) L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015

M. Biagi, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Milano, 1978

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

D. Borghesi, *Licenziamento (aspetti processuali)*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, (a cura di) G. Pellacani, Torino, 2013

D. Borghesi- G. Pellacani, *La procedura preventiva in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *I licenziamenti individuali e collettivi*, (a cura di) G. Pellacani, Torino, 2013

V. Brino, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4*

marzo 2015, n. 22 e n. 23, (a cura di) L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015

M. Brizzi, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, (a cura di) G. Ferraro, Milano, 2015

M. L. Buconi, *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito applicativo e profili di compatibilità costituzionale*, in *Lav. giur.* , VII, 2015

F. Buffa, *La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali*, in *Arg. dir. lav.* , 2015

V. Cagnin, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, (a cura di) L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015

G. Cannella, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, (a cura di) F. Amato e R. Sanlorenzo, www.magistraturademocratica.it

F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 2012

F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il licenziamento all'indomani del D.lgs. n. 23/2015*, (a cura di) F. Carinci- C. Cester, Adapt Labour Studies, e-book series, n. 46

F. Carinci, *Il licenziamento inefficace*, in *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e*

politiche attive, (a cura di) F. Carinci- M. Miscione, *Dir. prat. lav.* n. 33, 2012

F. Carinci, *Ricerche le riforme del mercato del lavoro: dalla legge Fornero al Jobs Act, atto I: la legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *Dir. rel. ind.* I, 2015

F. Carinci, *Ripensando il nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 172/2013*

F. Carinci, *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, in *Dir. lav. rel. ind.* , 1990

F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del D.lgs. 24 dicembre 2014)*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 273/2015*

M. T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in www.aidlass.it , 2012

B. Caruso, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 265/2015*

C. Celentano, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in *Relazione al Corso di alta formazione della Scuola Superiore della Magistratura sul tema La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio*, Scandicci 13-15 aprile 2015

V. Cerritelli- A. Piccinini, *Il licenziamento individuale. Analisi della normativa e guida alla sua applicazione dopo la legge 11.05.1990, n. 108*, Roma, 1991

C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.* , 2012

C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 273/2015*

C. Cester, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, (a cura di) F. Carinci- M. Miscione, *Dir. prat. lav.* , n. 33, 2012

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

M. Corti- A. Sartori, *La legislazione in materia di lavoro. Il Jobs Act, atto II: la legge n. 183/2014*, in *Riv. it. dir. lav.* , I, 2015

L. De Angelis, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 250/2015*

M. De Luca, *Tramonto del licenziamento “ad nutum” e definizione “novellata delle aree di tutela”*: la nuova disciplina dei licenziamenti individuali, in *Atti del Convegno organizzato dalla sezione di Bari del CNSDL, “D. Napoletano”*, Bari, 1-2 marzo, 1991

R. De Luca Tamajo- O. Mazzotta, *Sub art. 8, L. n. 604/1966*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Milano, 2013

- R. De Luca Tamajo, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto contestato”*, in *Arg. dir. lav.*, II, 2015
- R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2011
- R. Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo articolo 18*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, (a cura di) M. Pedrazzoli, Milano, 2014
- A. Di Monte, *Sub art. 3, L. n. 604/1966*, in *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, (a cura di) L. Galantino, Torino, 1993
- M. D’Onghia, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, (a cura di) P. Chieco, Bari, 2013
- M. Falsone, *La conciliazione ex art. 6 D.lgs. n. 23/2015 tra autonomia privata ed incentivi statali*, in *WP CSLDE “Massimo D’Antona”.IT-274/2015*
- L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, (a cura di) L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015
- L. Galantino, *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi: le modifiche all’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riforma del lavoro*, (a cura di), G. Pellacani, Milano, 2012

R. Galardi, *Il licenziamento inefficace*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013

R. Galardi, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013

A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT-245/2015*

M. G. Garafolo, *Le sanzioni contro il licenziamento illegittimo*, in *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Bari, 1991

G. Gentile, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, (a cura di) L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015

G. Ghezzi- U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1987

S. Giubboni, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 261/2015*

S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 246/2015*

E. Gragnoli, *L'ultima regolazione del contratto a tempo indeterminato. La libera apposizione del termine*, in *Lav. giur.* , 2014

A. Guariso, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Dir. lav. rel. ind. n. 142*, 2014

G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni nel c.d. Collegato Lavoro*, in *Mass. Giur. lav.* , 2010

P. Ichino, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, in www.pietroichino.it

P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Relazione di Pietro Ichino al Convegno del Centro Nazionale Studi di diritto del lavoro "D. Napoletano"*- Pescara, 11 maggio 2012

A. Lassandari, *La riforma del lavoro del Governo Renzi: il disegno e la realizzazione*, in *Corriere giur.* , VI, 2015

A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi e tutele.* , in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, (a cura di) F. Galgano, Padova, 2010

A. Levi, *Sub. art. 6, L. n. 15 luglio 1966, n. 604*, in *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, (a cura di) L. Galantino, Torino, 1993

V. Maio, *Stabilità e prescrizione del lavoro c.d. a tutele crescenti*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, (a cura di) G. Ferraro, Milano, 2015

G. F. Mancini, *Il nuovo regime del licenziamento*, in *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, (a cura di) AA.VV. , Milano, 1975

M. Marazza, *L'articolo 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*. , 04/06/2012

M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 236/2015

A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv.it. dir. lav. , II*, 2012

L. Mariucci, *Il diritto del lavoro al tempo del renzismo*, in *Lav. dir. , 2015*

E. Massi, *Contratto a tutele crescenti e risoluzione del rapporto di lavoro*, in *Dir. prat. lav. , n. 13*, 2015

M. G. Mattarolo, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in *Il licenziamento all’indomani del D.lgs. n. 23/2015*, (a cura di) F. Carinci- C. Cester, *Adapt Labour Studies*, e-book n. 46, 2015

F. Mazziotti, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982

O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2008

O. Mazzotta, *I fondamenti della disciplina, la tutela obbligatoria e i licenziamenti collettivi*, Milano, 2005

O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti nel nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, (a cura di) M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta, Torino, 2013

O. Mazzotta, *Il recesso, la giustificazione del licenziamento e la tutela reale*, Milano, 2005

- O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011
- M. Meucci, *La prescrizione dei crediti di lavoro dopo il Jobs Act*, in www.altalex.com, 22/05/2015
- G. Mimmo, *La disciplina del licenziamento nel contratto a tutele crescenti: il D.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183/2014)*, in www.Giustiziacivile.com, 24 aprile 2015
- L. Montuschi, *Sub artt. 15-16*, in *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1979
- C. Musella, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, (a cura di) G. Ferraro, Milano, 2015
- G. Napoletano, *Il licenziamento dei lavoratori*, Torino, 1966
- G. Napoletano, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli, 1990
- M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980
- L. Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel D.lgs. n. 23/2015*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, (a cura di) G. Ferraro, Milano, 2015
- A. Palladini, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012
- A. Palladini, *Le disposizioni in tema di servizi per il lavoro e di regolarità contributiva*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2014
- M. Papaleoni, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991

E. Pasqualetto, *Licenziamenti nulli e tutela reintegratoria rafforzata*, in *Commentario alla Riforma Fornero, licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, (a cura di) F. Carinci- M. Miscione, *Dir. prat. lav. n. 33*, 2012

F. Pasquini, *Jobs Act e conciliazione: pochi, maledetti e subito...ma non per tutti*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, (a cura di) F. Carinci- M. Tiraboschi, *Adapt Labour Studies*, e-book series, n. 37, 2015

G. Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980

G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993

M. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, (a cura di) L. Sanseverino e G. Mazzoni, Padova, 1971

A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori. Ratio ed aporie dei contratti normativi*, in *Arg. dir. lav.* , 2012

A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, (a cura di) L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015

C. Pisani, *Il nuovo regime di tutela per il licenziamento ingiustificato*, in *Jobs Act e licenziamento*, (a cura di) R. Pessi, G. Proia, A. Vallebona, Torino, 2015

C. Pisani, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie ed oneri probatori*, in *Mass. Giur. lav.* , 2012

G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Jobs Act e licenziamento*, (a cura di) R. Pessi, G. Proia, A. Vallebona, Torino, 2015

P. Rausei, *La conciliazione in caso di licenziamento fra obbligo e facoltà*, in *Lav. giur.* , VI, 2015

C. Romeo, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.* , II, 2015

C. Romeo, *Prescrizione dei crediti di lavoro: recenti profili problematici*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 15/12/2015*

F. Rossi, *L'offerta di conciliazione prevista dall'articolo 6 del D.lgs. n. 23/2015*, in *Lav. giur.* , 8-9, 2015

S. Sambati, *La qualificazione del fatto nell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del "dialogo" aperto dal legislatore delegato*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, (a cura di) L. Fiorillo- A. Perulli, Torino, 2015

F. Santoni, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel D.lgs. n. 23/2015*, in *I licenziamenti nel contratto <<a tutele crescenti>>*, (a cura di) G. Ferraro, Milano, 2015

F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del D.lgs. n. 23/2015*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 252/2015*

M. Scofferi, *Il lavoratore che opta per l'indennità sostitutiva della reintegrazione non ha più diritto ad alcuna retribuzione*, in *Dir. giust.*, fasc. n. 21, 2015

P. Sordi, *Il nuovo articolo 18 della L. n. 300/1970*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, (a cura di) AA.VV., Milano, 2013

P. Sordi, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, (a cura di) AA.VV., Milano, 2013

V. Speziale, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 165/2012*

V. Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 259/2015*

V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto e economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2012

V. Speziale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 233/2014*

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

M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012

M. Tiraboschi, *La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, in *Guida. Lav./Ilsole24ore*, 18/2015

M. Tiraboschi, *Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di apprendistato e somministrazione di lavoro*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, (a cura di) F. Carinci e M. Tiraboschi, *Adapt Labour Studies*, e-book series, n. 37

M. Tonetti, *La scelta dell'indennità sostitutiva mette definitivamente fine al rapporto di lavoro*, in *Dir. giust.*, fasc. n. 25, 2015

M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare nell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Commentario alla Riforma Fornero. Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, (a cura di), F. Carinci- M. Miscione, *Dir. prat. lav.* n. 33, 2012

T. Treu, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012*, n. 92, Milano, 2012

T. Treu, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida. Lav./Ilsole24ore*, III, 16 gennaio 2015

A. Tursi, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi*, in *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, (a cura di) M.T. Carinci- A. Tursi, Torino, 2015

A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012

A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, in *Jobs Act e licenziamento*, (a cura di) R. Pessi e G. Proia, Milano, 2015

G. Vidiri, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.* , IV, 2012

R. Voza, *“Gli farò un’offerta che non potrà rifiutare”*: *l’irresistibile forza deflattiva dell’articolo 6 D.lgs. n. 23/2015*, in *Lav. giur.* , 2015

