

Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015

(contratto di lavoro a tempo
indeterminato a tutele crescenti)

a cura di
Franco Carinci e Carlo Cester

ADAPT
LABOUR STUDIES
e-Book series
n. 46

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

DIREZIONE

Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

Lilli Casano

Pietro Manzella (*revisore linguistico*)

Emmanuele Massagli

Flavia Pasquini

Pierluigi Rausei

Francesco Seghezzi (*direttore ADAPT University Press*)

Silvia Spattini

Davide Venturi

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Gabriele Gamberini

Laura Magni (*coordinatore di redazione*)

Maddalena Magni

Francesco Nespoli

Giulia Rosolen

Francesca Sperotti



@ADAPT_Press @adaptland @bollettinoADAPT

Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015

(contratto di lavoro a tempo indeterminato
a tutele crescenti)

a cura di
Franco Carinci e Carlo Cester

ISBN 978-88-98652-49-5

© 2015 ADAPT University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT

Registrazione n. 1609, 11 novembre 2001, Tribunale di Modena

INDICE

| | |
|--|-----|
| <i>Prefazione</i> di Franco Carinci, Carlo Cester..... | VII |
|--|-----|

ARTICOLO 1

| | |
|---|----|
| Marco Tremolada, <i>Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23</i> | 2 |
| Sandro Mainardi, <i>Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici</i> | 29 |

ARTICOLO 2

| | |
|---|----|
| Elena Pasqualetto, <i>Il licenziamento discriminatorio e nullo nel “passaggio” dall’art. 18. Stat. lav. all’art. 2, d.lgs. n. 23/2015</i> | 48 |
|---|----|

ARTICOLO 3

| | |
|--|-----|
| Franco Carinci, <i>Il licenziamento disciplinare</i> | 73 |
| Carlo Cester, <i>Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo</i> | 94 |
| Maria Giovanna Mattarolo, <i>Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo</i> | 118 |

ARTICOLO 4

| | |
|---|-----|
| Barbara de Mozzi, <i>I vizi formali e procedurali del licenziamento</i> | 134 |
|---|-----|

ARTICOLO 5

| | |
|---|-----|
| Irene Corso, <i>La revoca del licenziamento</i> | 155 |
|---|-----|

ARTICOLO 6

| | |
|--|-----|
| Fabrizio Amendola, <i>Offerta di conciliazione</i> | 162 |
|--|-----|

ARTICOLO 7

| | |
|--|-----|
| Andrea Sitzia, <i>Computo dell'anzianità negli appalti</i> | 174 |
|--|-----|

ARTICOLO 8

| | |
|---------------------|-----|
| <i>Rinvio</i> | 186 |
|---------------------|-----|

ARTICOLO 9

| | |
|---|-----|
| Alessandro Bellavista, <i>Piccoli datori di lavoro e organizzazioni di tendenza</i> | 188 |
|---|-----|

ARTICOLO 10

| | |
|---|-----|
| Adriana Topo, <i>Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il Jobs Act</i> | 193 |
|---|-----|

ARTICOLO 11

| | |
|---------------------|-----|
| <i>Rinvio</i> | 209 |
|---------------------|-----|

| | |
|--|-----|
| Domenico Borghesi, <i>Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti</i> | 210 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| Riccardo Vianello, <i>Il regime contributivo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti</i> | 219 |
|---|-----|

| | |
|-----------------------------------|--|
| <i>Notizie sugli autori</i> | |
|-----------------------------------|--|

Prefazione

Non molto tempo dopo la riscrittura dell'art. 18 Stat. lav. ad opera della c.d. legge Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92), la ventata riformista in tema di mercato del lavoro si è nuovamente concentrata, prima di tutto, sulla disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo. Ciò sul presupposto – certo non da tutti condiviso – che una maggiore flessibilità in uscita dal rapporto di lavoro possa giocare un ruolo positivo per gli investimenti produttivi e, di conseguenza, per l'incremento dell'occupazione.

Questa maggiore flessibilità si traduce, da un lato, in una ulteriore riduzione dell'area di incidenza della tutela reale reintegratoria, relegata, almeno nelle intenzioni del legislatore, a ipotesi pressoché eccezionali, e dall'altro, nella generalizzazione della tutela di carattere indennitario, in particolare e senza residui con riferimento ai licenziamenti per ragioni di carattere oggettivo; una tutela indennitaria oltre tutto rigidamente predefinita nella quantità, così da consentire ai datori di lavoro la maggior certezza possibile sui c.d. costi di separazione.

Le linee del nuovo intervento sono state dettate, peraltro con disposizioni non sempre precise e puntuali, dalla legge di delega 10 dicembre 2014, n. 183, e poi attuate e sviluppate dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, oggetto specifico di questo commentario. L'opzione di base è quella di riservare il nuovo sistema sanzionatorio ai lavoratori assunti successivamente all'entrata in vigore del decreto; tale sistema è perciò destinato a generalizzarsi, salvo future accelerazioni da non escludersi aprioristicamente, con il completamento del ricambio occupazionale. Un ricambio, e dunque un passaggio da vecchi posti a nuovi posti di lavoro, che proprio la complessiva riduzione delle tutele potrebbe ostacolare non poco, con evidenti effetti negativi sulla dinamicità del mercato del lavoro, già anche troppo ingessato.

Quanto alla tecnica usata, il decreto non opera una sostituzione dell'art. 18 Stat. lav., ma ambisce a ricomporre un sistema regolativo generale delle sanzioni per il licenziamento illegittimo, incidendo altresì sulla tutela c.d. obbligatoria di cui alla l. 15 luglio 1966, n. 604: tutela che, con un ritocco al ribasso, viene tenuta ferma, e con essa quella divisione in due del mercato del lavoro che da sempre ha caratterizzato in senso negativo la disciplina dei licenziamenti. Una divisione che andrà perciò a sommarsi con quella, inedita, fra vecchi e nuovi assunti, e con i nuovi dubbi di costituzionalità che è facile prevedere verranno sollevati.

L'analisi della nuova disciplina si sviluppa seguendo sostanzialmente la trama del decreto.

Franco Carinci, Carlo Cester

Articolo 1
Campo di applicazione

- 1.** Per i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo è disciplinato dalle disposizioni di cui al presente decreto.
- 2.** Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche 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.
- 3.** 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.

Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23

di Marco Tremolada

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I lavoratori nuovi assunti e la prima classe di quelli ad essi equiparati. – 3. La seconda classe dei lavoratori equiparati ai nuovi assunti. – 4. Profili di legittimità costituzionale dell’ambito di applicazione del decreto. – 5. L’ambito di applicazione “inespresso” del decreto. – 6. La posizione dei lavoratori liberamente licenziabili. – 7. I rinvii all’art. 18 Stat. lav. contenuti in norme preesistenti al decreto. – 8. Il problema delle lacune del regime sanzionatorio dell’illegittimità del licenziamento previsto dal decreto.

1. Introduzione

L’esame della problematica relativa all’ambito di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, richiede che si considerino in via preliminare alcune caratteristiche strutturali della riforma che assumono rilievo al fine della trattazione.

Come è risaputo, benché abbia ad oggetto il «contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti», il decreto non introduce un nuovo tipo di contratto ma si limita a prevedere un particolare regime di tutela in tema di licenziamento per i lavoratori destinatari delle sue disposizioni¹. Tuttavia l’impiego di questa formula indica che tale regime qualifica, in un certo senso, il contratto in quanto la previsione di una disciplina del licenziamento più favorevole al datore di lavoro promuove il ricorso al contratto a tempo

¹ Cfr., ad esempio, G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, 56-57.

indeterminato quale forma comune di assunzione del lavoratore che la l. 10 dicembre 2014, n. 183, vuole sia incentivata, anche rendendola più conveniente, quanto ad oneri diretti e indiretti, rispetto agli altri tipi di contratto di lavoro².

Le norme del decreto non incidono sulle cause di illegittimità del recesso, che quindi continuano ad essere regolate dalle norme precedenti, bensì sul regime delle conseguenze di tale illegittimità per quanto riguarda sia i licenziamenti individuali che quelli collettivi, prevedendosi altresì ulteriori discipline aventi ad oggetto, da un lato, misure tese a evitare il contenzioso giudiziale, quali la revoca del licenziamento, peraltro già prevista dal comma 10, art. 18, Stat. lav., e il nuovo istituto dell'offerta di conciliazione e, d'altro lato, il rito processuale.

Il sistema delle tutele crescenti non sostituisce i preesistenti rispettivi regimi sanzionatori dei licenziamenti illegittimi, che quindi con esso concorrono. Tuttavia, la circostanza che la distinzione tra i lavoratori che continuano ad essere regolati da tali regimi e quelli soggetti alle nuove disposizioni dipenda dal fatto che le assunzioni siano avvenute prima della data di entrata in vigore del decreto (7 marzo 2015), o invece da quella data in poi, comporta che i detti regimi sono destinati, salvo le eccezioni che si vedranno, ad essere sostituiti da quello previsto dal decreto, a causa della futura progressiva estinzione dei rapporti da essi regolati. Quindi, le norme che disciplinano questi rapporti hanno carattere recessivo e, in un certo senso, sono assimilabili, per quanto attiene alla funzione svolta, a quelle di diritto transitorio.

In quest'ottica si spiega anche la tecnica utilizzata dal legislatore delegato, che ha introdotto il regime delle tutele crescenti non già inserendo le nuove disposizioni nei testi normativi che disciplinano i regimi sanzionatori preesistenti, bensì prevedendo un autonomo assetto di regole, nel quale si sono anche limitati i casi di rinvio a disposizioni di regimi la cui applicazione è destinata a ridursi sempre più col trascorrere del tempo³. Ma questa scelta di confezionare un insieme di regole apparentemente autonomo e completo ha comportato che il legislatore non abbia tenuto conto dell'opportunità di prevedere nel decreto norme dirette a coordinare il nuovo regime con il sistema complessivo delle tutele in tema di licenziamenti illegittimi di cui esso

² Cfr. lett. *b*, comma 7, art. 1.

³ Ad esempio, si può citare l'art. 2 del decreto, il quale riproduce in gran parte il contenuto dei primi tre commi dell'art. 18 Stat. lav. anziché utilizzare la tecnica del rinvio a disposizioni di quel testo. Invece l'art. 9 del decreto rinvia ai commi 8 e 9 dell'art. 18 per definire la soglia occupazionale che segna il confine tra imprese piccole o meno ai fini dell'applicazione di differenziate tutele crescenti.

fa parte, e in particolare, per quanto qui interessa, con le regole in tema di ambito di applicazione di quelle tutele, con la conseguenza di far sorgere problemi interpretativi che si sarebbero potuti evitare.

Invero, a fronte di una regolamentazione del licenziamento affidata attualmente a una pluralità di testi normativi e che ha subito, soprattutto negli ultimi tempi, continui interventi riformatori, si avverte la necessità di una legge sui licenziamenti che regoli la materia in modo organico, coordinando le norme contenute nelle diverse fonti e provvedendo a semplificare e razionalizzare le discipline, applicando cioè il medesimo criterio di tecnica normativa che la l. n. 183/2014 ha dettato al legislatore delegato ai fini dell'introduzione di un testo organico semplificato dei vari tipi di contratti di lavoro.

Il decreto stabilisce all'art. 1 che il nuovo regime di tutela in caso di licenziamento illegittimo si applica ai lavoratori individuati secondo due criteri selettivi da utilizzare in sequenza. Il primo attiene al fatto che si tratti di lavoratori a tempo indeterminato appartenenti alle categorie degli operai, degli impiegati o dei quadri. Pertanto i lavoratori a tempo determinato e i dirigenti restano assoggettati ai regimi precedenti delle conseguenze sanzionatorie dell'illegittimità dei licenziamenti individuali e collettivi. Il secondo criterio selettivo riguarda il rapporto tra il momento dell'assunzione del lavoratore e la data di entrata in vigore del provvedimento (7 marzo 2015). A tale proposito l'art. 1 prevede quali destinatari delle sue disposizioni due classi di lavoratori: la prima è quella dei "nuovi assunti", cioè dei dipendenti assunti in quella data o successivamente, la seconda si riferisce a taluni casi di lavoratori che si possono definire "equiparati ai nuovi assunti" poiché ad essi si applica il decreto benché siano stati assunti prima della data anzidetta. Quindi i regimi preesistenti al decreto continuano ad applicarsi ai dipendenti assunti prima dell'entrata in vigore del medesimo che non rientrino nella due classi citate.

Quello sinteticamente illustrato rappresenta l'ambito di applicazione che si può dire "espresso", in quanto è definito dalle specifiche disposizioni dell'art. 1. Ma il tema del campo di applicazione del decreto riguarda una materia più vasta di quella esplicitamente regolata da quelle disposizioni. Basti considerare che queste si limitano a riferirsi ai lavoratori a tempo indeterminato appartenenti alle tre categorie indicate senza precisare se le norme del decreto si applichino o meno, ad esempio, ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ai rapporti di apprendistato, ai rapporti di lavoro del personale navigante delle imprese di navigazione marittima o aerea e ad altri casi particolari.

Si pone quindi il problema di individuare l'ambito di applicazione del decreto per così dire "inespresso" nel medesimo, che dovrà essere valutato nell'ottica di quel coordinamento sistematico delle nuove norme con quelle preesistenti che, come si è già detto, è stato trascurato dal legislatore.

Infine, sono riconducibili, in un certo senso, al tema dell'ambito di applicazione del decreto anche questioni che riguardano non già l'individuazione dei destinatari del regime delle tutele crescenti bensì, da un lato, l'applicabilità a questi di disposizioni antecedenti alla riforma che fanno espresso riferimento alle tutele previste dall'art. 18 Stat. lav. e, d'altro lato, l'attitudine delle norme del decreto a disciplinare le conseguenze sanzionatorie di ogni ipotesi di illegittimità del licenziamento.

2. I lavoratori nuovi assunti e la prima classe di quelli ad essi equiparati

Per quanto riguarda l'individuazione dei lavoratori nuovi assunti, di cui al comma 1, art. 1, si deve ritenere che la nozione di assunto con contratto a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto riguardi ogni ipotesi in cui un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, sorto in tale data (7 marzo 2015) o successivamente, faccia capo al datore di lavoro, a prescindere dalle modalità con cui ciò si verifichi. Oltre al caso di stipulazione di un contratto a tempo indeterminato⁴, può trattarsi, ad esempio, di un contratto a termine, concluso dopo il 6 marzo 2015, ma oggetto di conversione per effetto di irregolarità compiute in fase esecutiva, o di un rapporto a tempo indeterminato costituito in capo all'utilizzatore, con effetto dal 7 marzo 2015 o da data seguente, in forza di una sentenza che accerti l'irregolarità della somministrazione, o di una successione nel rapporto – costituito dal 7 marzo 2015 in avanti da altro datore di lavoro – in conseguenza di trasferimento di azienda o di ramo di essa o di cessione del contratto di lavoro.

Più articolata trattazione esigono le disposizioni dell'art. 1 che prevedono l'applicazione del decreto anche ai lavoratori c.d. equiparati ai nuovi assunti. Questi sono distinti dal decreto in due classi, alle quali si riferiscono rispettivamente i commi 2 e 3 dell'art. 1.

⁴ Pare che la norma, facendo riferimento all'assunzione, indichi che rileva la data di instaurazione del rapporto di lavoro, per cui il decreto dovrebbe applicarsi qualora il contratto sia stato concluso prima dell'entrata in vigore di esso ma l'effetto costitutivo del rapporto si sia realizzato quando il decreto era già in vigore.

Per quanto attiene alla prima classe, nel comma 2 si prevede che le nuove disposizioni si applichino anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del decreto, di preesistenti contratti a tempo determinato o di apprendistato. Si tratta quindi di due ipotesi in cui l'assunzione è antecedente alla data di entrata in vigore del decreto e in questo momento, o successivamente, si verifichi la conversione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato o quella del contratto di apprendistato, il quale è già a tempo indeterminato, in un contratto di lavoro ordinario⁵.

Il più rilevante problema interpretativo riguarda l'individuazione di cosa si intenda per "conversione" del contratto. Dai primi commenti emerge un'opinione secondo cui per conversione dovrebbe intendersi "trasformazione del rapporto", la quale comprende sia quella volontaria che quella sanzionatoria⁶. Vi è poi chi afferma che la nozione di conversione dovrebbe essere riferita esclusivamente alla trasformazione sanzionatoria. Inoltre è prospettabile anche una terza interpretazione, nel senso che la conversione di cui parla la norma sarebbe solo quella volontaria.

La tesi per cui la norma in esame riguarderebbe solo la trasformazione sanzionatoria si fonda su un'interpretazione del termine conversione che troverebbe conforto non solo nell'opinione di alcuni autori che hanno analizzato l'istituto privatistico della conversione del contratto e in alcune sentenze della Cassazione, ma altresì nella circostanza che in talune norme lavoristiche il legislatore ha utilizzato il termine conversione a proposito di quella sanzionatoria, mentre ha impiegato il termine trasformazione del rapporto quando ha inteso riferirsi a quella di natura volontaria⁷.

Non pare che questi argomenti siano sufficienti a risolvere la questione. Induce a prospettare un'interpretazione estensiva del termine "conversione" la circostanza che l'applicazione del decreto ai lavoratori in esame può essere ragionevolmente giustificata anche con una finalità sia di favorire la

⁵ Quindi, fino all'eventuale verificarsi della conversione, l'apprendista è soggetto al regime antecedente all'entrata in vigore del decreto.

⁶ Cfr. circ. Fondazione Studi Consulenti del lavoro 11 marzo 2015, n. 6, [Tutele crescenti: l'analisi delle novità](#); M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *ADL*, 2015, n. 2, 321.

⁷ Cfr. M. TIRABOSCHI, [Conversione o semplice trasformazione dei contratti per l'applicazione delle cosiddette tutele crescenti?](#), in *Boll. ADAPT*, 2015, n. 14, il quale rileva che il comma 5, art. 32, l. n. 183/2010 (c.d. collegato lavoro) parla di conversione del contratto a tempo determinato riferendosi a quella sanzionatoria della nullità del termine, in ordine alla quale è previsto dalla norma un particolare regime di risarcimento del danno.

stabilizzazione di rapporti di lavoro precari⁸, sia di evitare una interruzione della collaborazione in atto tra le parti che sia meramente strumentale a consentire al datore di lavoro di riassumere il lavoratore con un contratto a tutele crescenti. Sotto il primo profilo, il datore di lavoro viene incentivato dall'applicazione del nuovo regime a stabilizzare il rapporto con il lavoratore, rinunciando, nel caso di quello a termine, alla facoltà di profittare della scadenza di quest'ultimo e, nel caso dell'apprendista, a esercitare il potere di recesso libero che gli compete alla fine del periodo di formazione. Sotto il secondo profilo, la norma è diretta a far sì che il datore di lavoro non debba ricorrere all'*escamotage* di attendere la scadenza del termine, o di licenziare l'apprendista alla fine del periodo di formazione, per potere stipulare un contratto di lavoro regolato dal nuovo regime⁹.

Ma c'è chi ha prospettato che il datore di lavoro prudente farebbe bene ad adottare questo procedimento anziché ricorrere alla conversione¹⁰. Infatti in tal modo egli eviterebbe di correre i rischi connessi sia al fatto che possa affermarsi un'interpretazione secondo cui il comma 2, art. 1, riguarderebbe solo la conversione sanzionatoria, sia all'eventualità che la Corte costituzionale dichiari l'incostituzionalità di tale norma per i motivi di cui si dirà al par. 4. Tuttavia, mentre nel caso del lavoratore a termine non vi sono controindicazioni all'impiego del detto procedimento, nel caso di nuova assunzione dell'apprendista non confermato può configurarsi la nullità per frode alla legge del licenziamento intimato alla fine del periodo di formazione, qualora il recesso sia diretto a privare il lavoratore, riassunto con contratto ordinario, dell'anzianità di servizio maturata durante il periodo di apprendistato, la quale incide anche sull'ammontare delle indennità previste dal decreto per certi casi di licenziamento illegittimo. Ne consegue che, a causa della nullità del recesso, il lavoratore non potrebbe considerarsi

⁸ Espressione da intendersi in senso lato, per ricomprendervi il rapporto di apprendistato perché, pur trattandosi di rapporto a tempo indeterminato, il lavoratore è liberamente licenziabile al termine del periodo di formazione e quindi, sotto questo profilo, la sua posizione in ordine alla stabilità del rapporto è simile a quella del lavoratore a tempo determinato.

⁹ Peraltro, osserva giustamente A. MARESCA, *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *GLav*, 2015, n. 12, 13, che, in assenza della norma in esame, tale *escamotage* sarebbe stato legittimo nel caso del lavoratore a termine ma non in quello dell'apprendista, in quanto il licenziamento intimato alla fine del periodo di apprendistato, seguito da un'assunzione con ordinario contratto a tutele crescenti, sarebbe stato nullo perché diretto ad eludere le norme del decreto che prevedono che le dette tutele si applicano ai nuovi assunti.

¹⁰ Cfr. nota Confindustria 9 marzo 2015, [News decreto legislativo 4 marzo 2015 n. 23 recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti](#), con riferimento alla conversione del contratto a termine.

equiparato ai nuovi assunti e quindi godrebbe del regime del licenziamento preesistente a quello stabilito dal decreto.

Quanto alla trasformazione sanzionatoria, pare che il comma 2, art. 1, riguardi solo quella i cui effetti si producano dopo l'entrata in vigore del decreto perché l'irregolarità che la ha determinata si è verificata vigente quest'ultimo, escludendosi quindi i casi in cui l'eventuale pronuncia del giudice in ordine alla conversione sia intervenuta in vigenza del decreto ma a causa di irregolarità compiute prima della riforma. Pertanto il regime delle tutele crescenti dovrebbe applicarsi, ad esempio, nel caso di conversione del contratto a termine dovuta al fatto che ne sia stata concordata la sesta proroga dopo l'entrata in vigore del decreto, mentre si applicherebbero i regimi preesistenti nel caso in cui tale proroga fosse stata disposta in precedenza o in caso di nullità del termine originariamente apposto al contratto. Analogamente, il decreto si applicherebbe al contratto di apprendistato convertito in contratto ordinario per gravi violazioni degli obblighi formativi verificatesi dopo l'entrata in vigore del decreto, mentre opererebbero i regimi preesistenti ove tali violazioni fossero precedenti.

Si perviene a questa conclusione in quanto la conversione, per regola generale, opera *ipso iure*, per cui la relativa statuizione giudiziale ha natura dichiarativa di una trasformazione del rapporto che si è già verificata nel momento in cui l'irregolarità è stata commessa, con la conseguenza che gli effetti della conversione operano da tale momento.

Non può condividersi l'opinione di chi sostiene che il comma 2, art. 1, avrebbe sovvertito quella regola, attribuendo natura costitutiva alla pronuncia del giudice avente ad oggetto la conversione del contratto a termine o di quello di apprendistato, per cui il decreto si applicherebbe anche nel caso di irregolarità compiute prima della sua entrata in vigore¹¹. Il difetto di questa tesi sta

¹¹ Cfr. G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, 61, il quale aderisce alla tesi formulata, ma in modo dubitativo, da M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, nota 2. Va detto che, secondo alcuni interpreti, con l'introduzione del comma 5, art. 32, l. n. 183/2010, sarebbe stata stabilita la natura costitutiva della decisione con cui il giudice, ai sensi di detto comma, statuisce la conversione del contratto a tempo determinato, condannando il datore di lavoro a risarcire il lavoratore con « un'indennità onnicomprensiva compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto»: cfr., ad esempio, Trib. Palermo 11 luglio 2013, in *ADL*, 2014, n. 2, 484, con nota adesiva, sul punto, di G. SPINELLI, *La conversione ex art. 32, l. n. 183 del 2010 come statuizione "costitutiva". Vale anche per il lavoro a progetto?* Tuttavia non convincono gli argomenti addotti a sostegno di quest'ultima tesi. Infatti la previsione di quell'indennità per il periodo tra la scadenza del termine nullo e la sentenza di conversione del contratto, anziché del risarcimento del danno effettivamente subito dal lavoratore, non dimostra che il rapporto originario si è estinto poiché

nell'erroneo presupposto che la norma in esame riguarderebbe proprio questo caso di irregolarità, per cui dal fatto che il decreto abbia considerato solo l'ipotesi di conversione successiva alla sua entrata in vigore si è dedotto che sarebbe stato attribuito alla detta pronuncia l'effetto di costituire un nuovo rapporto che, in quanto sorto in vigenza delle nuove norme, coerentemente sarebbe assoggettato alle tutele crescenti.

Invero si tratta di una tesi che contraddice i principi in tema di conversione senza che la norma in esame lo richieda poiché, come si è visto, questa giustifica pienamente un'interpretazione rispettosa di quei principi.

Oltre alle due di cui si è detto, il comma 2, art. 1, non prevede altre ipotesi di conversione del rapporto di lavoro. Quindi deve considerarsi nuovo assunto, non a questo equiparato, il lavoratore titolare, prima della data di entrata in vigore del decreto, di un rapporto di collaborazione continuativa e coordinata, anche a progetto, che si sia trasformato in tale data, o successivamente, in rapporto di lavoro subordinato¹². D'altro canto non possono considerarsi equiparati ai nuovi assunti né il lavoratore assunto in prova prima della data di entrata in vigore del decreto, il cui rapporto divenga definitivo in tale data, o successivamente,¹³ né il lavoratore il cui rapporto abbia subito una mera modificazione soggettiva, come si verifica nel caso del rapporto a tempo indeterminato del lavoratore somministrato che sia sorto prima della data di entrata in vigore del decreto e sia imputato all'utilizzatore, con effetto da quella data o da data successiva, in conseguenza dell'irregolarità della somministrazione¹⁴. Peraltro, non sarebbe possibile prospettare

si giustifica con la mera esigenza di introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa e omogenea applicazione, a fronte della varietà di soluzioni in precedenza adottate dai giudici. Non pare che la tesi che si critica possa trovare una conferma né in alcune frasi della motivazione della sentenza 11 novembre 2011, n. 303, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato infondate le questioni di costituzionalità sollevate a proposito del comma 5, art. 32, l. n. 183/2010, né nel testo del comma 13, art. 1, l. n. 92/2012, che ha disposto l'interpretazione autentica del comma 5 appena citato. Si rinvia a questo proposito alle condivisibili osservazioni di L. DI PAOLA, I. FEDELE, in P. SORDI, C. PAPETTI, A. PALLADINI, G. MIMMO, I. FEDELE, L. DI PAOLA, *La riforma del lavoro*, Giuffrè, 2013, 74.

¹² Nota A. MARESCA, *op. cit.*, 14, che in questo caso converrebbe al datore di lavoro stipulare, contestualmente al contratto di lavoro subordinato, una transazione avente ad oggetto ogni diritto relativo al rapporto pregresso, al fine di evitare che il lavoratore possa utilmente far valere la natura subordinata della collaborazione, con conseguente applicazione all'eventuale futuro licenziamento del regime antecedente a quello introdotto dal decreto.

¹³ Anche se l'estensione del nuovo regime al lavoratore in prova favorirebbe la sua conferma e quindi, sotto questo profilo, il caso sarebbe simile a quello dell'apprendista.

¹⁴ Invece il decreto si applicherebbe qualora il lavoratore somministrato fosse stato assunto a tempo determinato poiché la somministrazione irregolare comporterebbe non solo la

un'interpretazione analogica delle norme contenute nel comma 2, art. 1, del decreto, al fine di applicarle anche in tali casi, poiché si tratta di norme che introducono eccezioni alla regola generale di cui al comma 1, art. 1, secondo la quale il decreto deve applicarsi ai nuovi assunti.

3. La seconda classe dei lavoratori equiparati ai nuovi assunti

Nel comma 3, art. 1, si prevede che il decreto si applichi a una seconda classe di lavoratori equiparati ai nuovi assunti, cioè a quelli assunti prima della data della sua entrata in vigore da un datore di lavoro che, per effetto di assunzioni a tempo indeterminato intervenute da tale data in poi, integri il requisito occupazionale di cui ai commi 8 e 9, art. 18 Stat. lav. Pertanto, se il giorno antecedente all'entrata in vigore del decreto il datore di lavoro ha già raggiunto la soglia numerica di occupati di cui si parla, ai dipendenti assunti fino a quel giorno continuano ad applicarsi le norme preesistenti. Invece, se in quel giorno il datore di lavoro non ha ancora raggiunto la citata soglia, tali norme si applicano fino a quando essa sia raggiunta a causa delle dette nuove assunzioni a tempo indeterminato poiché solo da tale momento troveranno applicazione le disposizioni del decreto.

La *ratio* del comma 3, art. 1, è di favorire l'incremento dell'organico da parte dei datori di lavoro "minori"¹⁵ che, prima della riforma, potevano essere indotti a mantenerlo al di sotto della detta soglia per non dovere subire l'applicazione del regime delle conseguenze del licenziamento illegittimo di cui all'art. 18¹⁶. La norma persegue questa finalità con una misura che si aggiunge a quella dell'applicazione ai nuovi assunti di un regime più favorevole al datore di lavoro di quanto previsto dall'art. 18 poiché, appunto, tale regime viene esteso ai lavoratori già in servizio, i quali, in assenza di tale

modificazione soggettiva, ma anche la conversione dell'originario rapporto in uno a tempo indeterminato.

¹⁵ Va ricordato che devono considerarsi "minori" non solo i datori di lavoro che non raggiungono la soglia di complessivi 16 dipendenti nell'unica unità produttiva o nell'unico Comune, ma anche quelli cui non si applica l'art. 18 perché, ad esempio, hanno un organico complessivo di 60 dipendenti distribuiti in unità produttive che non raggiungono il numero di 16 occupati nello stesso Comune.

¹⁶ Naturalmente permane la remora a raggiungere la soglia dei 16 dipendenti dovuta al fatto che ciò comporterebbe per il datore di lavoro l'applicazione del titolo III Stat. lav. qualora si trattasse di imprenditore industriale o commerciale che integrasse quel requisito di organico nella singola unità produttiva o nello stesso Comune (art. 35 Stat. lav.).

disposizione, con il raggiungimento della soglia avrebbero goduto della tutela stabilita da quell'articolo¹⁷.

Ai sensi del comma 3, art. 1, del decreto, l'integrazione del requisito occupazionale al fine dell'assoggettamento di questi ultimi lavoratori alle tutele crescenti deve dipendere da nuove assunzioni a tempo indeterminato¹⁸. Pertanto tale condizione non si verifica nel caso in cui l'incremento del numero degli occupati sia dovuto ad assunzioni a termine effettuate dopo l'entrata in vigore del decreto. Deve notarsi che questa limitazione non è prevista per quanto attiene alla soglia occupazionale definita nell'art. 9 del decreto, tramite rinvio ai commi 8 e 9, art. 18 Stat. lav., al diverso fine di stabilire quale dei regimi delle tutele crescenti debba applicarsi al datore di lavoro a seconda che raggiunga o meno quella soglia¹⁹. Così, può verificarsi il caso che il datore di lavoro che assuma lavoratori a termine dopo l'entrata in vigore del decreto raggiunga, a causa del computo degli stessi, la soglia perché si applichi ai nuovi assunti a tempo indeterminato il regime che il decreto vi collega, ma non raggiunga, a causa della non computabilità di quelle assunzioni a termine, la soglia perché si applichi tale regime a quelli già in servizio prima dell'entrata in vigore del decreto, per cui dovrebbe continuarsi ad applicare ad essi il regime precedente finché, per effetto di nuove assunzioni a tempo indeterminato, sia raggiunta la soglia a tale fine richiesta.

Quanto poi alla determinazione del numero di dipendenti di cui a quest'ultima soglia, il rinvio disposto dal comma 3, art. 1, ai commi 8 e 9, art. 18 Stat. lav., dovrebbe giustificare il ricorso al criterio della "normale occupazione" utilizzato a proposito della soglia da cui dipende l'applicabilità dell'art. 18²⁰. Vale a dire che, come tale applicabilità dipende dal fatto che, nel momento dell'intimazione del licenziamento, il datore di lavoro raggiunga il numero di dipendenti risultante dalla media degli occupati in un congruo periodo di tempo antecedente al recesso, parimenti a quella media ci si dovrebbe riferire per determinare il momento in cui il datore di lavoro raggiunge, per effetto di

¹⁷ Se è vero che la norma in esame è stata concepita per assolvere prevalentemente una finalità incentivante non pare che se ne debba escludere l'applicazione nei casi in cui l'incremento dell'organico sia dovuto a circostanze non volontarie, come nell'ipotesi in cui sia imputato all'utilizzatore il rapporto di un lavoratore irregolarmente somministratogli.

¹⁸ Ciò rappresenta un ulteriore incentivo ad instaurare rapporti di lavoro stabili.

¹⁹ L'art. 27 del d.lgs. n. 81/2015 prevede: «Salvo che sia diversamente disposto, ai fini dell'applicazione di qualsiasi disciplina di fonte legale o contrattuale per la quale sia rilevante il computo dei dipendenti del datore di lavoro, si tiene conto del numero medio mensile di lavoratori a tempo determinato, compresi i dirigenti, impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro».

²⁰ A proposito di tale criterio cfr., ad esempio, Cass. 14 dicembre 2010, n. 25249.

nuove assunzioni a tempo indeterminato, la soglia da cui dipende l'applicabilità del decreto ai lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore della riforma²¹.

Per quanto riguarda i dipendenti da conteggiare, ai sensi del comma 9, art. 18 Stat. lav. – al quale fa rinvio il decreto sia nel comma 3, art. 1, sia nell'art. 9 –, «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» e «non si computano il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale». Inoltre vanno computati anche dipendenti non citati dal comma 9 dell'art. 18, come ad esempio i dirigenti, non rilevando la circostanza che essi sono esclusi dall'ambito di applicazione del decreto²².

Qualora il datore di lavoro, dopo avere raggiunto la soglia di cui si parla, torni ad avere un organico inferiore, ai lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del decreto non si applicherà nuovamente il regime preesistente alla riforma, ma quello previsto dal decreto per le organizzazioni che non raggiungono quella soglia²³. Infatti il comma 3, art. 1, condiziona l'applicabilità delle nuove regole ai lavoratori in esame – e quindi la fine per essi della disciplina di diritto transitorio – al fatto che il requisito occupazionale sia stato integrato *per la prima volta* dopo l'entrata in vigore del decreto, non già alla circostanza che esso permanga nel tempo. Pertanto, una volta realizzatasi tale condizione, anche per i dipendenti già in forza prima dell'entrata in vigore del decreto va verificato, nel momento dell'intimazione del licenziamento, quale dei nuovi regimi delle conseguenze dell'illegittimità del licenziamento debba applicarsi in relazione al numero dei dipendenti individuato secondo le regole già citate.

²¹ Riguardo alla soglia di organico di cui all'art. 18 Stat. lav., Cass. 21 ottobre 2013, n. 23771, afferma che, da un lato, è congruo il riferimento alla media degli occupati nell'anno antecedente all'intimazione del licenziamento e, d'altro lato, è sufficiente che il numero dei dipendenti così calcolato sia superiore a 15 anche di una frazione (nel caso oggetto della decisione era 15,11), non occorrendo che raggiunga le 16 unità.

²² Non sembra necessario trattare diffusamente in questa sede il tema relativo all'individuazione dei vari tipi di rapporto di lavoro da considerare o meno al fine del computo del numero dei dipendenti. Dato che la riforma non ha inciso su questa materia per aspetti diversi da quelli già menzionati, è sufficiente rinviare alle norme e alle soluzioni interpretative preesistenti.

²³ Di opinione opposta è G. PROIA, *op. cit.*, 60, secondo il quale un'interpretazione logica della disposizione di cui si parla indurrebbe ad applicare ai lavoratori in esame il regime dell'art. 8 della l. n. 604/1966.

Invece, ai dipendenti cui non si applica il decreto perché assunti, prima della data di entrata in vigore di esso, da datore di lavoro che il giorno antecedente a tale data già integrava il requisito occupazionale di cui al comma 8, art. 18, il regresso sotto la soglia, intervenuto da tale data in poi, dovrebbe comportare l'applicazione del relativo regime precedente a quello introdotto dal decreto. Infine va evidenziato che, poiché il comma 3, art. 1, condiziona al raggiungimento della soglia occupazionale di cui si è detto l'estensione ai lavoratori parificati ai nuovi assunti dell'intero decreto, il verificarsi di tale evento comporta l'applicazione ad essi del nuovo regime non solo del licenziamento individuale, ma anche di quello collettivo di cui all'art. 10 del decreto medesimo. Questi lavoratori sono soggetti alle nuove norme di tutela in caso di licenziamenti collettivi illegittimi da quando il datore di lavoro abbia raggiunto, alla data di entrata in vigore del decreto o successivamente, una soglia mutuata dalla disciplina dei licenziamenti individuali, non già da quella prevista per l'applicazione del regime di quelli collettivi. Poiché quest'ultima soglia, *ex art. 24, l. n. 223/1991*, è di 16 dipendenti, ma riferiti all'intera organizzazione del datore di lavoro, può verificarsi il caso in cui questi abbia raggiunto tale soglia ma non quella prevista dal comma 8, art. 18 Stat. lav., perché, ad esempio, abbia complessivamente 16 dipendenti, ma dislocati in più unità produttive non situate nello stesso Comune. Pertanto, in questo caso continuerà ad applicarsi ai dipendenti assunti prima dell'entrata in vigore del decreto il precedente regime delle conseguenze dell'illegittimità del licenziamento collettivo.

4. Profili di legittimità costituzionale dell'ambito di applicazione del decreto

Le norme che estendono l'applicazione della riforma a rapporti di lavoro costituiti prima dell'entrata in vigore del decreto devono essere valutate anche sotto il profilo della conformità all'art. 76 Cost., dato che l'art. 1, comma 7, lett. *c*, della l. n. 183/2014 prevede che il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti dovesse essere introdotto per le nuove assunzioni.

Il problema di un eventuale eccesso dalla delega non dovrebbe porsi nell'ipotesi di conversione del contratto a termine concluso prima della data di entrata in vigore del decreto poiché in tale data non esisteva ancora un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Per gli apprendisti, non potendo valere questo argomento in quanto il loro contratto era già a tempo indeterminato, si dovrebbe ipotizzare una improbabile possibilità di ricorrere

allo schema della fattispecie a formazione progressiva, nel senso che il rapporto ordinario, che deriva dalla trasformazione di quello di apprendistato, possa considerarsi come la fase finale di un procedimento iniziato con la conclusione del contratto originario. In questo caso il perfezionamento della fattispecie, dal quale decorrebbero i relativi effetti, sarebbe intervenuto dopo l'entrata in vigore del decreto, pertanto il legislatore delegato non avrebbe violato i limiti previsti dalla legge di delegazione.

Anche per i lavoratori già dipendenti da datore di lavoro che raggiunga la soglia di cui all'art. 18 Stat. lav. dopo l'entrata in vigore del decreto sembra arduo prospettare una via per salvare la norma da una valutazione di incostituzionalità²⁴. Tuttavia, un tentativo è stato compiuto da chi ha fondato il rispetto del criterio di delega sul fatto che l'applicazione del nuovo regime a questi lavoratori non comporta la "perdita" di quello, a loro più favorevole, dell'art. 18, per il semplice motivo che prima dell'entrata in vigore del decreto non l'avevano ancora acquisito²⁵. Quindi si interpreta la norma della legge delega nel senso che la ragione dell'esclusione dei lavoratori già in servizio sia quella di mantenere per essi il regime dell'art. 18. In realtà tale norma è diretta a mantenere per tali lavoratori non solo il regime dell'art. 18, che riguarda il licenziamento individuale, ma anche quello delle conseguenze del licenziamento collettivo illegittimo di cui al comma 3 dell'art. 5, l. n. 223/1991, come modificato dal comma 46, art. 1, l. n. 92/2012. A questo proposito non può valere l'argomento del difetto di pregiudizio poiché i lavoratori di cui si parla potevano già godere di tale regime, ad essi più favorevole di quello previsto dal decreto, qualora il datore di lavoro avesse raggiunto la soglia occupazionale richiesta dall'art. 24, l. n. 223/1991, ma non quella prevista per l'applicazione dell'art. 18.

Infine, si deve segnalare che è stato indicato anche un eventuale vizio di costituzionalità che si colloca a monte di quelli relativi ai possibili eccessi dalla delega che si sono descritti poiché riguarda la legge di delegazione, essendo stato prospettato che violerebbe il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. la previsione di regimi delle conseguenze dei licenziamenti illegittimi differenziati in ragione della circostanza che i lavoratori siano stati assunti prima della data di entrata in vigore delle nuove norme o invece da

²⁴ Cfr. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 246, 14.

²⁵ A. MARESCA, *op. cit.*, 14.

quella data in poi²⁶. In realtà non pare che sia irragionevole tale disparità di trattamento tra “nuovi” assunti e lavoratori già in servizio se si tiene conto, per un verso, del fatto che la finalità della riforma di favorire l’accesso a un’occupazione stabile giustifica l’applicazione delle tutele crescenti solo ai primi, dato che gli altri già godono di un rapporto a tempo indeterminato e, per altro verso, del carattere sostanzialmente transitorio dei regimi di tutela preesistenti al decreto²⁷.

5. L’ambito di applicazione “inespresso” del decreto

Veniamo ora a trattare le questioni inerenti all’ambito di applicazione del decreto che in precedenza abbiamo definito “inespresso” perché l’art. 1 non contiene specifiche disposizioni dirette a stabilire se le norme contenute in quel provvedimento si applichino o meno a particolari rapporti di lavoro²⁸.

Questo problema è stato affrontato da un interprete muovendo dal presupposto che l’autonomia del sistema delle tutele crescenti, rispetto ai regimi preesistenti, imponga di risolverlo sulla base delle sole disposizioni in materia di ambito di applicazione del decreto contenute nell’art. 1, escludendo quindi che con esse possano concorrere le norme che regolano questa materia con riguardo ai detti regimi²⁹.

Tale impostazione emerge chiaramente dall’analisi delle opinioni espresse in ordine all’applicabilità della riforma a due tipi di rapporti speciali.

Circa il personale navigante delle imprese di navigazione marittima e aerea, si è detto che questi lavoratori non sono compresi nell’ambito di applicazione del decreto perché per essi opera non già la distinzione in categorie cui fa riferimento l’art. 1 del decreto, bensì la classificazione del personale regolata

²⁶ Cfr. F. SCARPELLI, [Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele](#), in [Newsletter di Wikilabour](#), 20 febbraio 2015, 3.

²⁷ Quanto alla prima motivazione, cfr. G. PROIA, *op. cit.*, 63; C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 22. Condivisibili osservazioni a sostegno della conformità all’art. 3 Cost. della norma in esame sono proposte da M. MARAZZA, *op. cit.*, 316-317.

²⁸ Già si è accennato, all’inizio di questo scritto, che il legislatore delegato, mosso dall’intento di introdurre un sistema di regole autonomo rispetto ai regimi preesistenti, non si è preoccupato di disporre norme di coordinamento, in tema di rispettivi ambiti di applicazione, tra tale sistema e quelli concorrenti.

²⁹ Cfr. M. MARAZZA, *op. cit.*, 318 ss., al quale si riferiscono le argomentazioni descritte di seguito nel testo.

autonomamente negli artt. 322 e 732 del Codice della navigazione. Tuttavia si è considerato che, per quanto attiene ai regimi precedenti a quello stabilito dal decreto, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 10, l. n. 604/1966, e dell'art. 35 Stat. lav. nella parte in cui non comprendevano tale personale nell'ambito di applicazione, rispettivamente, della detta legge e dell'art. 18 Stat. lav.³⁰ Pertanto si è auspicato un nuovo intervento della Corte, pur prospettando anche la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della nuova norma, ma paventando al tempo stesso «una prevedibile ritrosia della giurisprudenza ad estendere il campo di applicazione del decreto oltre quanto previsto dal dato letterale» contenuto nel comma 1, art. 1.

Per quanto riguarda gli apprendisti, si è già visto che il comma 2, art. 1, si occupa di questi lavoratori per affermare l'applicazione ad essi del nuovo regime qualora siano stati assunti prima della data di entrata in vigore del decreto e il rapporto si sia convertito in ordinario rapporto di lavoro da tale data in poi, per cui, fino al momento della conversione, ad essi si applica il regime precedente. Tuttavia da questa soluzione di diritto transitorio non è dato desumere se ai rapporti di apprendistato costituiti dopo l'entrata in vigore del decreto si applichi o meno quest'ultimo.

Anche in questo caso si è detto che il riferimento nell'art. 1 ai lavoratori con qualifica di operai, impiegati o quadri non comprende gli apprendisti e si è ricordato che la questione si era posta già con riguardo all'art. 10, l. n. 604/1966, sul presupposto che tale articolo affermava l'applicabilità della legge ai lavoratori delle categorie di cui all'art. 2095 c.c., non menzionando gli apprendisti, e che la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 10 nella parte in cui non comprendeva gli apprendisti nell'ambito di applicazione di tale legge³¹. E a tale proposito si replica l'indicazione delle vie già descritte che si dovrebbero seguire per potere applicare le norme del decreto a questi lavoratori. Inoltre si aggiunge che l'applicabilità di tali norme agli apprendisti può trovare fondamento nell'art. 2, comma 1, lett. *l*, del d.lgs. n. 167/2011, ove si afferma che, durante il periodo di formazione, le parti non possono recedere dal contratto in difetto di giusta causa o giustificato motivo e che «In caso di licenziamento privo di giustificazione trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente». Infatti si ritiene che questo rinvio mobile alle norme vigenti sia in grado di comprendere anche quelle del decreto perché il rinvio non è specificamente riferito alle disposizioni che

³⁰ Per il settore della navigazione marittima, cfr. C. cost. 3 marzo 1987, n. 96; per quello della navigazione aerea, cfr. C. cost. 17 gennaio 1991, n. 41.

³¹ Cfr. C. cost. 22 novembre 1973, n. 169.

regolano i regimi preesistenti. Va però notato che il rinvio è letteralmente limitato alle sanzioni per il caso di licenziamento ingiustificato e quindi non potrebbe comunque valere per i regimi sanzionatori previsti dal decreto che si commenta nell'art. 2 (licenziamento discriminatorio, nullo o intimato in forma orale) e nell'art. 4 (vizi formali e procedurali)³².

Non è condivisibile l'approccio alla problematica in esame che giustificherebbe le indicate soluzioni, le quali appunto derivano dalla pretesa autonomia e autosufficienza delle norme dell'art. 1 che definiscono l'ambito di applicazione del decreto. Infatti tali norme devono essere coordinate con quelle che stabiliscono l'ambito di applicazione dei regimi preesistenti, tenendo conto del fatto che il decreto introduce una nuova disciplina delle conseguenze dei licenziamenti illegittimi da applicarsi a lavoratori che, in assenza della riforma, sarebbero stati regolati da quei regimi in quanto rientranti nell'ambito di applicazione di essi. In quest'ottica, l'art. 1 svolge la funzione di selezionare, tra i lavoratori in possesso dei requisiti per l'accesso ai regimi preesistenti, quelli cui invece devono applicarsi le nuove norme. E, appunto, la selezione di tali lavoratori è disciplinata dall'art. 1 in base ai requisiti ivi previsti: di non appartenere alla categoria dei dirigenti, di essere stati assunti dopo l'entrata in vigore del decreto o di essere equiparati a questi ultimi.

In sostanza, l'ambito di applicazione del decreto "espresso" dalle norme dell'art. 1 rappresenta una specializzazione di quello "inespresso" da tali norme, le quali quindi lo presuppongono e perciò quest'ultimo può essere definito "ambito di applicazione presupposto". Considerate in questa prospettiva, le questioni relative all'applicabilità o meno del decreto a particolari rapporti di lavoro vanno risolte sulla base delle norme che regolano i regimi preesistenti alla riforma. Pertanto, nei casi sopra considerati del personale navigante e degli apprendisti, il decreto deve ritenersi direttamente applicabile in base alle norme preesistenti, come integrate dalle sentenze della Corte costituzionale precedentemente menzionate. Quindi non c'è motivo di prospettare a questo proposito questioni di costituzionalità dell'art. 1 del decreto o il ricorso a un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni di tale articolo o comunque argomenti diversi da quello qui evidenziato.

Infine va sottolineato che il criterio qui indicato, in quanto suscettibile di applicazione generale, consente di risolvere il problema dell'applicabilità o

³² Né il rinvio potrebbe riguardare anche tutte le altre disposizioni del decreto.

meno del decreto anche con riguardo ad altri rapporti di lavoro non citati dall'art. 1³³.

6. La posizione dei lavoratori liberamente licenziabili

Alla luce di quanto si è detto va valutata la posizione che assumono, rispetto al nuovo regime, i lavoratori tuttora licenziabili liberamente che non appartengano alla categoria dei dirigenti, espressamente esclusa dal comma 1, art. 1, del decreto. Ci si riferisce ai lavoratori domestici (cfr. comma 1, art. 4, l. n. 108/1990), a quelli in possesso dei requisiti pensionistici di vecchiaia (cfr. comma 2, art. 4, l. n. 108/1990), a quelli in prova, entro i 6 mesi dall'inizio della medesima (cfr. art. 10, l. n. 604/1966), e agli sportivi professionisti con rapporto di lavoro subordinato (cfr. comma 8, art. 4, l. n. 91/1981).

Si tratta di verificare se a tali lavoratori si applichi l'art. 2 del decreto nella parte in cui questo prevede il regime sanzionatorio del licenziamento discriminatorio o riconducibile agli casi nullità espressamente previsti dalla legge. Invece non viene in considerazione la disposizione di tale articolo che assoggetta al medesimo regime l'inefficacia del licenziamento individuale intimato in forma orale, in quanto essa presuppone il vincolo di forma scritta *ad substantiam* del recesso che non è previsto dalla legge per i lavoratori in esame³⁴.

Poiché il problema di cui si parla si pone anche con riguardo ai primi tre commi dell'art. 18 Stat. lav., dei quali l'art. 2 del decreto riproduce il testo, sia pure con talune differenze, è necessario valutarlo nel quadro del regime preesistente al decreto.

Per quanto attiene ai licenziamenti nulli, il comma 1, art. 18, prevede che il regime di cui ai primi tre commi si applica «quale che sia il numero dei

³³ Per quanto riguarda il complesso problema dell'applicabilità del decreto ai rapporti di lavoro pubblico "privatizzati" si rinvia al contributo di S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in questo volume.

³⁴ Infatti tale requisito di forma è previsto solo per il licenziamento dei dirigenti, ai quali non si applica il decreto. Deve però osservarsi che il requisito della forma scritta potrebbe essere previsto dal contratto collettivo o anche da quello individuale (c.d. forma convenzionale di cui all'art. 1352 c.c., secondo cui si presume che la forma sia stata voluta per la validità dell'atto); in tale caso, ove si ritenesse che l'art. 2 del decreto si applichi ai lavoratori licenziabili liberamente, si dovrebbe ricondurre il caso del licenziamento individuale orale ad un'ipotesi di nullità di cui a quest'ultimo articolo, con conseguente applicazione del regime sanzionatorio da esso stabilito.

dipendenti occupati dal datore di lavoro» e che questo regime «si applica anche ai dirigenti». Poiché la norma cita solo i dirigenti, se ne potrebbe desumere che il detto regime non si applichi agli altri lavoratori licenziabili liberamente. Invece è emerso un indirizzo secondo cui il comma 1, art. 18, deve essere interpretato nel senso che preveda una tutela per tutti i lavoratori nei confronti del licenziamento nullo, per tutte le cause ivi menzionate, per cui non solo i dirigenti, ma anche gli altri lavoratori liberamente licenziabili sarebbero compresi nell'ambito di applicazione della norma³⁵. A sostegno di questa soluzione viene talora addotta la necessità di impiegare un criterio di interpretazione sistematica e altresì costituzionalmente orientata, cioè rispettosa del principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost., il quale non giustificerebbe un trattamento delle conseguenze del licenziamento nullo differenziato in relazione all'appartenenza del lavoratore ad una o ad altra classe di quelli liberamente licenziabili³⁶.

Si deve innanzitutto ricordare che la l. n. 108/1990 già stabiliva, nell'art. 3, che in caso di licenziamento discriminatorio si applicasse il regime dell'art. 18 Stat. lav. – secondo il testo antecedente alla riforma di cui alla l. n. 92/2012 – a prescindere dal numero dei dipendenti del datore di lavoro e anche ai dirigenti e prevedeva, nell'art. 4, un rinvio all'art. 3 con cui quel regime era esteso ai lavoratori domestici (comma 1) e a quelli pensionabili (comma 2). Inoltre, per un verso, la giurisprudenza aveva ritenuto applicabile la tutela dell'art. 18 Stat. lav. non solo al licenziamento discriminatorio ma anche a quello nullo per motivo illecito e, per altro verso, era stata avanzata un'interpretazione per cui questa tutela si sarebbe dovuta applicare anche agli altri lavoratori liberamente licenziabili, quali lo sportivo professionista e il lavoratore in prova³⁷.

Ma lo schema normativo definito dalla l. n. 108/1990 è stato sovvertito dall'art. 18 Stat. lav., come riformato dalla l. n. 92/2012, in quanto il licenziamento discriminatorio non è più regolato dall'art. 3 della prima legge

³⁵ Si veda, ad esempio, M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Cedam, 2012, 447.

³⁶ A proposito del licenziamento discriminatorio, ma con argomento applicabile anche alle altre ipotesi di nullità del recesso, cfr. il commento all'art. 3 della l. n. 108/1990 in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro. Volume II. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, 2014, 1709.

³⁷ Con riguardo al licenziamento discriminatorio, sostiene questa applicazione generale A. MANNA, *Art. 4 – Area di non applicazione*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti individuali. Commento alla l. 11 maggio 1990, n. 108*, ESI, 1990, 171; *contra*, M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, Franco Angeli, 1991, 135, secondo il quale sarebbe tassativa l'indicazione dei lavoratori liberamente licenziabili contenuta negli artt. 3 e 4 della l. n. 108/1990.

tramite rinvio all'art. 18 ma è inserito, insieme con ulteriori casi di nullità del recesso, nel comma 1 di quest'ultimo articolo.

Innanzitutto può dirsi che l'art. 3, l. n. 108/1990, sia stato implicitamente abrogato perché le sue disposizioni sono state interamente assorbite nel nuovo art. 18, comma 1³⁸. Quanto poi ai rinvii all'art. 3 contenuti nell'art. 4, l. n. 108/1990, essi pure devono ritenersi abrogati in conseguenza dell'abrogazione dell'art. 3.

Deve farsi un discorso più articolato circa le norme dell'art. 4, l. n. 108/1990, che prevedono l'inapplicabilità ai lavoratori domestici e a quelli pensionabili degli artt. 1 e 2 della medesima legge. L'art. 2 riguarda il regime di stabilità obbligatoria, il quale non è stato interessato dalla l. n. 92/2012, che ha riformato l'art. 18 Stat. lav., per cui l'inapplicabilità di tale regime ai lavoratori in esame si fonda ancora sull'art. 4, l. n. 108/1990. Invece l'art. 1 di quest'ultima legge si riferisce al vecchio testo dell'art. 18, che prevedeva l'applicazione del regime della reintegrazione, in caso di licenziamento discriminatorio, solo per i dipendenti da datori di lavoro che raggiungessero la soglia occupazionale ivi stabilita, mentre, come si è già detto, negli artt. 3 e 4, l. n. 108/1990, si estendeva tale regime ai dipendenti da datori di lavoro con organico inferiore a quella soglia e inoltre ai dirigenti, ai lavoratori domestici e a quelli pensionabili. Il fatto che il comma 1 del nuovo art. 18 indichi i destinatari del regime sanzionatorio del licenziamento nullo senza fare espresso riferimento anche alle due ultime classi di lavoratori pare doversi imputare a un difetto di coordinamento normativo con la l. n. 108/1990, non già all'intento di escluderli da quella tutela.

Invece, per quanto riguarda le ulteriori ipotesi di lavoratori licenziabili liberamente, si può dubitare che sia applicabile il regime sanzionatorio di cui ai primi tre commi dell'art. 18.

Circa il licenziamento nullo dello sportivo professionista, deve tenersi conto del fatto che l'art. 4, comma 8, l. n. 91/1981, mentre non esclude l'applicazione dell'art. 4, l. n. 604/1966, e dell'art. 15 Stat. lav. – che prevedono la nullità del licenziamento discriminatorio –, sancisce espressamente l'inapplicabilità dell'art. 18 Stat. lav., per cui si deve ritenere che le conseguenze del licenziamento nullo non siano quelle di cui ai primi tre commi di quest'ultimo articolo bensì quelle di diritto comune, non solo in caso

³⁸ Non pare si possa argomentare in senso contrario dall'espresso rinvio contenuto in tale comma all'art. 3 della l. n. 108/1990, perché la norma effettua tale rinvio solo per definire la fattispecie del licenziamento discriminatorio, posto che l'art. 3 a sua volta rinvia a tal fine all'art. 4 della l. n. 604/1966 e all'art. 15 Stat. lav.

di discriminazione ma anche negli altri casi nullità previsti dall'art. 18³⁹. Ciò deve dirsi a causa del carattere speciale di questo rapporto di lavoro e quindi delle disposizioni che lo regolano, le quali evidentemente sanciscono l'incompatibilità con esso del regime della reintegrazione nel posto di lavoro previsto dall'art. 18 per i rapporti ordinari.

Quanto al licenziamento del lavoratore in prova, l'art. 10, l. n. 604/1966, esclude l'applicabilità di tale legge prima che siano trascorsi 6 mesi dall'inizio della prova e, per tale ragione, si è ritenuto, nel vigore del vecchio testo dell'art. 18, che la nullità del recesso per motivo illecito comportasse le conseguenze di diritto comune anziché quelle previste da quest'ultimo articolo⁴⁰. Data la permanente vigenza del detto art. 10, pare doversi concludere per l'inapplicabilità anche dei primi tre commi del nuovo art. 18 al licenziamento nullo del lavoratore in prova. Del resto, tale soluzione sembra coerente con la caratteristica precarietà del rapporto di lavoro durante il periodo di prova, considerato che, a fronte del recesso nullo, il rapporto comunque non permane oltre la scadenza di tale periodo, per cui appare sproporzionata l'applicazione del medesimo regime di tutela operante per il rapporto definitivo.

Tornando ora al problema da cui si era partiti, cioè l'applicabilità o meno dell'art. 2 del decreto ai lavoratori licenziabili liberamente, si deve innanzitutto constatare che in questo articolo non si fa riferimento ad alcun lavoratore liberamente licenziabile, essendo stato omissso quello ai dirigenti in quanto essi sono esclusi dall'ambito di applicazione del decreto ai sensi dell'art. 1 del medesimo. Inoltre, nell'art. 2 è omissso anche il riferimento che il comma 1, art. 18 Stat. lav., fa all'applicabilità dei primi tre commi di tale articolo «quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro», essendo questa disposizione desumibile dall'art. 9 del decreto che non richiama l'art. 2 tra le norme di quest'ultimo la cui applicazione è differenziata dal medesimo art. 9 in ragione di quel numero. Si tratta però di differenze, rispetto al comma 1, art. 18, che non incidono sulla soluzione del problema in esame, la quale non può essere diversa da quella cui si è pervenuti a proposito

³⁹ Di opinione contraria è P. MORMILE, *Particolari rapporti di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2014, 324, il quale ritiene che il regime delle conseguenze del licenziamento nullo previsto dall'art. 18 si applicherebbe al lavoro sportivo perché questo articolo avrebbe esteso tale regime a tutte le ipotesi di lavoratori licenziabili liberamente.

⁴⁰ Cfr. Cass. 17 novembre 2010, n. 23231, ove si precisa che, non applicandosi l'art. 18, la nullità del licenziamento comporta che il lavoratore debba essere ammesso a proseguire la prova e, nel caso in cui ciò non fosse possibile, debba essere risarcito dei danni eventualmente patiti; cfr. altresì Cass. 27 ottobre 2010, n. 21965.

di tale articolo perché l'ambito di applicazione soggettivo dei primi tre commi di esso è presupposto dall'art. 1 del decreto.

7. I rinvii all'art. 18 Stat. lav. contenuti in norme preesistenti al decreto

Consideriamo ora la questione relativa all'applicabilità o meno ai lavoratori destinatari della riforma di norme che richiamano espressamente l'art. 18 Stat. lav. e quindi devono essere coordinate con quelle del decreto che regolano diversamente la materia disciplinata da quell'articolo.

Per quanto riguarda il lavoro del socio di cooperativa, la l. n. 142/2001 riconduce l'obbligo di prestarlo al concorso col rapporto associativo di un ulteriore rapporto di lavoro e prevede, nel comma 3, art. 1, che dall'instaurazione dei due rapporti derivano gli effetti previsti da tale legge «nonché, in quanto compatibili con la posizione del socio lavoratore, da altre leggi o da qualsiasi altra fonte». Inoltre, l'art. 2, nel comma 1, stabilisce che «Ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, con esclusione dell'art. 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo». Infine, il comma 2, art. 5, contiene la regola secondo cui l'estinzione del rapporto associativo determina la cessazione del rapporto di lavoro.

Queste norme vengono ricondotte al principio di inscindibilità del rapporto di lavoro da quello associativo che caratterizza la posizione del socio lavoratore di cooperativa poiché il primo rapporto è strumentale all'adempimento dell'obbligo sociale di questi di mettere a disposizione della società le proprie capacità professionali. Per un verso, in caso di licenziamento illegittimo, la reintegrazione nel posto di lavoro è possibile solo se permane il rapporto associativo; per altro verso, la cessazione di quest'ultimo causa di per sé quella del rapporto di lavoro rendendo inutile un apposito atto di licenziamento.

Si è già posto un problema di coordinamento tra il comma 1, art. 2, l. n. 142/2001, e l'art. 18 Stat. lav. quando quest'ultimo è stato riformato da parte della l. n. 92/2012, che ne ha sostituito il testo, che prevedeva la reintegrazione come sanzione indefettibile dei casi di illegittimità del licenziamento in esso contemplati, con il testo attuale che prevede, oltre a limitate ipotesi in cui è stabilita la reintegrazione, ipotesi in cui si applica un regime esclusivamente indennitario. Mentre secondo un'opinione il nuovo art. 18 sarebbe ancora

totalmente inapplicabile⁴¹, a parere di altri interpreti esso potrebbe trovare applicazione nella parte in cui stabilisce conseguenze del licenziamento illegittimo meramente indennitarie poiché queste, a differenza della reintegrazione, non sarebbero impediti dal principio di inscindibilità del rapporto di lavoro da quello associativo⁴².

In realtà questa disputa non ha ragione d'essere perché la fattispecie prevista dall'art. 2, comma 1, riguarda l'ipotesi di un licenziamento contestuale al provvedimento estintivo del rapporto sociale⁴³, per cui la cessazione del rapporto di lavoro è imputabile, ai sensi del comma 2, art. 5, all'estinzione di quello associativo, non già al licenziamento, con la conseguenza che in presenza della detta fattispecie non può applicarsi non solo l'art. 18 Stat. lav., ma anche qualsiasi altro regime dell'illegittimità del licenziamento. Quindi in questo caso il socio potrà godere di ogni tipo di tutela prevista per tale illegittimità solo qualora abbia ottenuto il ripristino del rapporto associativo avendo attivato con successo i rimedi previsti dal diritto societario.

Tanto precisato, si può dire che, considerato anche il rinvio contenuto nel comma 3, art. 1, l. n. 142/2001, alle norme in tema di lavoro subordinato, il decreto è applicabile, nei limiti anzidetti, ai soci lavoratori di cooperativa.

Un'altra norma antecedente al decreto che fa riferimento all'art. 18 Stat. lav. è contenuta nel comma 4, art. 24, d.l. n. 201/2011, convertito con modifiche dalla l. n. 214/2011, ove si prevede una particolare tutela contro il licenziamento come misura collaterale all'incentivo stabilito per i lavoratori in possesso dei requisiti pensionistici di vecchiaia affinché non chiedano il pensionamento e proseguano l'attività lavorativa entro il limite massimo di flessibilità nell'accesso alla pensione (70 anni d'età cui si aggiungono gli adeguamenti alla speranza di vita). Ivi si stabilisce che «Nei confronti dei lavoratori dipendenti, l'efficacia delle disposizioni di cui all'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni opera fino al conseguimento del predetto limite massimo di flessibilità».

Non è necessario considerare in questa sede le questioni interpretative relative sia alle modalità da cui dipende la protrazione per il lavoratore del regime di

⁴¹ Cfr. L. IMBERTI, *Il socio lavoratore di cooperativa. Disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Giuffrè, 2012, 241.

⁴² Trib. Bologna 22 marzo 2013 applica il regime solo indennitario di cui al comma 5, art. 18, ad un licenziamento disciplinare ingiustificato intimato dalla cooperativa contestualmente ad un provvedimento di esclusione che non era stato impugnato dal socio.

⁴³ Si tratta del caso in cui la cooperativa, perlopiù a fronte di una violazione del rapporto di lavoro che configuri altresì violazione del rapporto associativo, adotti il provvedimento detto di licenziamento/esclusione, cioè non si limiti ad escludere il socio, ottenendo così l'automatica estinzione del rapporto di lavoro, ma disponga anche un licenziamento.

tutela di cui all'art. 18, sia alla possibilità di ritenere applicabile la norma pure ai dipendenti da datori di lavoro che non raggiungono la soglia occupazionale prevista dal comma 8 di tale articolo. Per quanto qui interessa, si può dire che l'applicabilità della norma in esame anche ai destinatari delle tutele crescenti dovrebbe ancora una volta desumersi dal fatto che il decreto presuppone l'ambito di applicazione dei preesistenti regimi delle conseguenze dell'illegittimità del licenziamento.

Quanto all'individuazione di tali conseguenze nel regime dell'art. 18, è stato prospettato che il licenziamento *ad nutum* intimato al lavoratore pensionabile che continui a godere della tutela prevista da tale articolo sarebbe nullo per violazione del comma 4, art. 24, d.l. n. 201/2011⁴⁴. In realtà, dato che quest'ultimo articolo sottrae il lavoratore al regime del licenziamento libero, dovrebbe ritenersi che a tale recesso si applichino le conseguenze previste dall'art. 18 per il licenziamento ingiustificato. Quindi per i nuovi assunti o equiparati dovrebbero analogamente valere le sanzioni previste dal decreto per questo caso di illegittimità del licenziamento.

8. Il problema delle lacune del regime sanzionatorio dell'illegittimità del licenziamento previsto dal decreto

Occorre ora verificare l'ambito di applicazione del decreto non più sotto il profilo di quali siano i lavoratori destinatari delle nuove norme, ma sotto quello dell'attitudine di queste a comprendere ogni ipotesi di illegittimità del licenziamento e ogni tipo delle relative conseguenze sanzionatorie.

Una fattispecie di illegittimità del licenziamento non riconducibile né all'art. 18 Stat. lav. né alle ipotesi regolate dal decreto è quella prevista dal comma 4, art. 10, l. n. 68/1999, ove si sancisce l'annullabilità del licenziamento collettivo e di quello per giustificato motivo oggettivo del lavoratore occupato obbligatoriamente qualora, nel momento della cessazione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva. Si tratta di un caso molto particolare di illegittimità del licenziamento e di un regime delle conseguenze sanzionatorie previsto da una legge speciale che dimostrano la fallacia dell'opinione corrente, suscitata dall'impianto della riforma, secondo cui le nuove norme definirebbero un sistema completo delle cause di illegittimità del licenziamento e delle relative conseguenze sanzionatorie.

⁴⁴ Cfr. Trib. Torino 29 marzo 2013, confermata da App. Torino 24 ottobre 2013.

Per quanto riguarda il licenziamento collettivo, l'ipotesi potrebbe forse considerarsi assimilabile a quella della violazione dei criteri di scelta, ma allora l'annullabilità del recesso si giustificerebbe per i lavoratori già occupati alla data di entrata in vigore del decreto, non per i nuovi assunti o equiparati, per i quali l'art. 10 del decreto prevede una sanzione solo indennitaria. Per quanto riguarda il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, anche a voler assimilare l'ipotesi in esame al caso del mancato assolvimento dell'onere di *repêchage*, la soluzione dovrebbe essere sempre solo indennitaria, quindi in contrasto con la previsione dell'annullabilità del recesso.

Pertanto l'annullamento dei licenziamenti di cui si parla dovrebbe comportare l'applicazione delle sanzioni previste dal diritto comune, non di quelle stabilite dall'art. 18 Stat. lav. o dalle norme del decreto⁴⁵.

Altre fattispecie di licenziamento illegittimo che si può dubitare siano regolate dal decreto riguardano l'art. 2. In esso si fa riferimento al licenziamento nullo perché discriminatorio «ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge». Dal confronto con il comma 1, art. 18 Stat. lav., emerge che sono omessi i riferimenti non solo alle leggi speciali in tema di divieti dei licenziamenti in concomitanza di matrimonio o a tutela della maternità e paternità, ma anche al licenziamento per motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c. Infine, l'art. 2 del decreto integra la formula di chiusura contenuta nell'art. 18 Stat. lav., avente ad oggetto il licenziamento nullo «perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge», richiedendo che questi siano «espressamente» previsti da detta fonte.

L'assenza nell'art. 2 del riferimento ai licenziamenti di cui alle dette leggi speciali non rileva perché essi sono compresi nella formula di chiusura in quanto la nullità è prevista da tali leggi. Circa il licenziamento per motivo illecito, pare che si debba adottare la medesima soluzione perché non sembra che la norma limiti i casi di nullità espressamente previsti dalla legge a quelli stabiliti da leggi lavoristiche, escludendo quindi tutti quelli indicati dalle norme del Codice civile – cfr. comma 2, art. 1418 – che prevedono la nullità di un atto negoziale, quale è il licenziamento⁴⁶.

⁴⁵ Di diversa opinione è M. MARAZZA, *op. cit.*, 334, secondo in quale dovrebbe applicarsi il comma 4, art. 1, del decreto. Ma non pare che il licenziamento annullabile di cui si parla possa qualificarsi propriamente come ingiustificato «per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore», a differenza dei casi espressamente richiamati dal citato comma 4, cioè quelli di cui al comma 4, art. 4, e al comma 3, art. 10, della l. n. 68/1999.

⁴⁶ La stessa soluzione dovrebbe valere per il licenziamento in frode alla legge, dato che l'art. 1344 c.c. equipara il negozio in frode a quello con causa illecita, sicché l'espressa previsione da parte del comma 2, art. 1418 c.c., della nullità di quest'ultimo va riferita anche alla nullità

Pare che l'art. 2 intenda escludere solo le fattispecie di illegittimità del licenziamento riconducibili al comma 1, art. 1418 c.c., ove si stabilisce la nullità del contratto – riferibile anche al negozio unilaterale ai sensi dell'art. 1324 c.c. – «quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente». Poiché tale nullità opera anche se non è espressamente comminata dalla norma imperativa violata, e per questo è detta *nullità virtuale*, l'art. 2 è diretto ad escludere appunto i casi in cui il licenziamento viola una norma imperativa che non prevede in modo specifico la nullità dell'atto con essa contrastante⁴⁷. Tra le ipotesi di nullità virtuale possono citarsi, ad esempio, il caso del licenziamento intimato per inosservanza delle regole in tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali, in violazione del comma 1, art. 4, l. n. 146/1990, che in questa materia non consente l'irrogazione di sanzioni disciplinari estintive del rapporto di lavoro, e il caso del licenziamento a motivo del trasferimento d'azienda o di ramo in violazione del comma 4, art. 2112 c.c.⁴⁸.

Un problema si pone con riguardo al caso del licenziamento illegittimo perché intimato per scadenza del periodo di malattia quando il relativo periodo non era ancora scaduto. Nell'art. 18 Stat. lav. la fattispecie è regolata nel comma 7 – applicabile solo qualora il datore di lavoro raggiunga la soglia di organico di cui al comma 8 –, ove si prevede che il licenziamento intimato «in violazione dell'art. 2110, secondo comma, del codice civile» è soggetto al regime di reintegrazione stabilito dal comma 4, art. 18, per un licenziamento annullabile. Quindi nell'art. 18 il licenziamento in esame è correttamente ricondotto al

dell'altro. Per la tesi secondo cui l'art. 2 del decreto non comprenderebbe i casi di nullità previsti dal Codice civile, cfr. A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 39 ss.

⁴⁷ Invece, secondo M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *ADL*, 2015, n. 2, 394, il comma 1, art. 1418 c.c., contiene una previsione che, pur essendo generica perché non fa riferimento a specifiche norme imperative, tuttavia stabilisce espressamente la nullità dell'atto disposto in violazione di esse. Si deve però osservare che, seguendo questa interpretazione, sarebbe privato di ogni valore precettivo l'avverbio "espressamente" impiegato nell'art. 2 del decreto.

⁴⁸ Non deve trarre in inganno il fatto che la norma fa riferimento al trasferimento quale "motivo" del recesso, nel senso di ritenere che il licenziamento sarebbe privo di giustificato motivo oggettivo, non già nullo per violazione di norma imperativa. Basti considerare che tale norma riguarda anche il caso del lavoratore licenziabile liberamente, essendo posta a presidio del principio della continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario dell'azienda trasferita il quale vale anche per questo lavoratore.

comma 1, art. 1418 c.c.⁴⁹, anche se l'atto in violazione della norma imperativa è sanzionato con l'annullabilità, integrandosi il caso contemplato da tale comma secondo cui si ha la nullità se la legge non preveda per tale violazione una sanzione diversa.

Invece nel decreto la fattispecie in esame non è citata. Innanzitutto non è possibile considerare questo licenziamento ingiustificato per difetto di giustificato motivo oggettivo⁵⁰, se non altro perché la tutela di cui al comma 2, art. 2110 c.c., compete anche al lavoratore liberamente licenziabile, per cui si dovrebbe avallare l'esito irragionevole che l'illegittimità del recesso comporterebbe per quest'ultimo la continuazione del rapporto e per il lavoratore che gode della tutela contro il licenziamento ingiustificato conseguenze meramente indennitarie⁵¹. Si è tentato altresì di ricondurre la fattispecie di cui si parla all'illegittimità del licenziamento prevista dal comma 4, art. 2, del decreto, che riguarda «il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68»⁵². Ma sembra insuperabile l'obiezione che la malattia si differenzia dalla disabilità per il suo carattere temporaneo, in base a valutazione *ex ante*, al quale si collega l'istituto del comporto⁵³. Pertanto, il licenziamento illegittimo per difetto di scadenza del comporto deve considerarsi disposto in violazione del comma 2, art. 2110 c.c.; poiché in tale fonte non si prevede espressamente la

⁴⁹ La tesi secondo cui il licenziamento intimato per scadenza del comporto che non era scaduto non sarebbe nullo per violazione di norma imperativa ma solo temporaneamente inefficace, cioè fino a tale scadenza, omette di considerare che tale soluzione vale per il licenziamento intimato durante la malattia per motivi diversi da questa, non per quello intimato a causa della malattia, come è quello disposto per scadenza del comporto qualora questo non fosse scaduto. Si veda sul punto R. VOZA, [Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 248, 10.

⁵⁰ Come invece ritiene G. MIMMO, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, 7 gennaio 2015, 11 del dattiloscritto, affermando che la fattispecie sarebbe riconducibile all'art. 3 del decreto, sul presupposto che la riforma avrebbe regolato ogni ipotesi di illegittimità del licenziamento.

⁵¹ Per ulteriori condivisibili critiche alla tesi secondo cui sarebbero riconducibili al difetto di giustificazione ipotesi di licenziamento non regolate dall'art. 2 del decreto, cfr. A. PERULLI, *op. cit.*, 40.

⁵² M. MARAZZA, [Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act \(un commento provvisorio, dallo schema al decreto\)](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 236, 21. Ma l'A. ha mutato parere nello scritto *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, cit., 334, ove ritiene riconducibile la fattispecie a un caso di nullità del licenziamento per violazione di norma imperativa, con applicazione dell'art. 2 del decreto.

⁵³ Cfr. M. TATARELLI, *op. cit.*, 219; Cass. 31 gennaio 2012, n. 1404; Cass. 30 marzo 2009, n. 7701.

sanzione della nullità, le conseguenze di quest'ultima sono, al pari degli altri casi di nullità virtuale, quelle di diritto comune e non quelle stabilite dall'art. 2 del decreto.

Infine si deve accennare al fatto che nel decreto non è prevista una tutela corrispondente a quella stabilita nei commi 11-14 dell'art. 18 Stat. lav. per i casi di licenziamento dei lavoratori di cui all'art. 22 Stat. lav., cioè dei c.d. sindacalisti interni, per cui si dovrebbe ritenere che queste norme continuino ad applicarsi ai lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del decreto e a quelli equiparati ad essi.

Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici

di Sandro Mainardi

Sommario: **1.** Riforme parallele che non comunicano mai tra loro. – **2.** Dalla legge Monti-Fornero n. 92/2012 alla legge delega n. 183/2014: alla ricerca della “certezza” normativa sulla disciplina dei licenziamenti illegittimi nelle PA. – **3.** Contratto a tutele crescenti e lavoro pubblico. Continua la navigazione a vista. – **4.** *Ratio* di una esclusione e rinvio, per la “certezza” normativa, ad altro legislatore.

1. Riforme parallele che non comunicano mai tra loro

Pur avendo condiviso con quella del settore privato metodi e percorsi (in particolare nella anticipazione degli interventi tramite decreti-legge, con reale effetto mediatico poi affidato all’approvazione dei disegni di legge)¹, la attesa riforma del lavoro pubblico della stagione Renzi-Madia sconta uno stacco temporale significativo, che ha condotto ad una più tempestiva approvazione per il privato sia della legge di delega n. 183/2014, che dei decreti legislativi attuativi: al momento in cui si scrive, d.lgs. n. 23/2015 per il contratto a tutele crescenti, d.lgs. n. 80/2015 per le conciliazione di esigenze di vita, cura e lavoro, d.lgs. n. 81/2015 per le tipologie contrattuali e la disciplina delle mansioni.

In verità l’ambito degli interventi all’orizzonte per il lavoro nelle pubbliche amministrazioni (ad oggi descritti dal d.d.l. S.1577 c.d. Madia, di

¹ Si vedano i contributi raccolti in F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014](#), ADAPT University Press, 2015.

Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) appare più limitato e settoriale rispetto a quanto avvenuto per il lavoro nell'impresa, di portata correttiva rispetto all'esistente, piuttosto che realmente modificativa; si parla infatti, per le pubbliche amministrazioni, di «decreti legislativi di semplificazione» e di «modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni di ciascuna materia», qui rappresentata appunto dal «lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa», nonché di «coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti», con «risoluzione delle antinomie» ed «indicazione esplicita delle norme abrogate».

Tuttavia, questa accelerazione della riforma del mercato del lavoro privato determina una prima immediata necessità per il legislatore del pubblico impiego, del resto coerente con i contenuti della delega, se appunto il d.d.l. Madia troverà attuazione: si dovrà anzitutto chiarire *se*, ed in quale misura, le norme varate a modifica di precedenti disposizioni sul lavoro subordinato nell'impresa, o la introduzione di nuovi modelli regolativi per alcuni istituti, debbano considerarsi applicabili anche per i dipendenti pubblici privatizzati, stante il noto rinvio mobile dell'art. 2, comma 2, prima parte, del d.lgs. n. 165/2001 («i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto che costituiscono disposizioni di carattere imperativo»), e quello altrettanto noto dell'art. 51 dello stesso TUPI, in parte ripetitivo, ma di contenuto precettivo più specifico («Il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1. La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti»).

La necessità di chiarezza e coordinamento tra le riforme *in itinere* non è affatto nuova, ed anzi può dirsi elemento da tempo caratterizzante il processo di “privatizzazione”, quale effetto di un doppio ordine di fenomeni.

Il primo è dato da una lunga stagione di leggi e leggine successiva al biennio 1997-1998 (leggi *omnibus*, provvedimenti di finanza pubblica, decreti sviluppo, normativa anticorruzione, ecc.) che ha aumentato e reso pressoché definitivo il distacco dal modello proprio e caratterizzante della riforma, che da sempre impone un diritto del lavoro pubblico il più possibile coincidente con quello privato, sì come riassunto nella formula regolativa fornita dal «codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa»,

quale corpo normativo appunto direttamente applicabile ai rapporti di lavoro dei dipendenti e dirigenti pubblici, fatte salve le sole disposizioni contenute nell'attuale Testo Unico d.lgs. n. 165/2001². Necessariamente privatistiche nella natura, perché attinenti ai rapporti di lavoro e alle relazioni sindacali, le norme di legge introdotte solo per il settore pubblico risultano sempre più diverse, e in tal senso speciali rispetto a quelle applicate nel settore privato.

Il secondo fenomeno è dato dalla tendenza più volte manifestata dal legislatore del mercato del lavoro verso la esclusione delle amministrazioni dall'ambito di applicazione delle riforme dettate per le imprese. Lo si è fatto direttamente ed esplicitamente con la riforma Biagi (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003), dichiarando le norme non applicabili alle pubbliche amministrazioni ed al loro personale, salvo eccezioni per il contratto di somministrazione a tempo determinato e per le comunicazioni amministrative su costituzione e svolgimento del rapporto di lavoro; lo si è fatto poi indirettamente, con la riforma Monti-Fornero del 2012 (art. 1, commi 7 e 8), sotto la inedita formula della "armonizzazione", con un legislatore che assumeva come universali i principi ed i criteri di legge (tra cui, si deve ritenere, anche l'arretramento della reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo), ma allo stesso tempo rinviava ad una armonizzazione normativa su iniziativa del Ministro per la pubblica amministrazione, sentite le OO.SS. rappresentative.

Ora, queste linee legislative, per lo più dettate da contingenze politico-sindacali piuttosto che da una meditata scelta circa il rapporto tra discipline del lavoro privato e pubblico, hanno in definitiva creato diritti del lavoro paralleli, fortemente diversificati nella cifra regolativa pur nella comune matrice privatistica: diversificazione non sempre giustificata dalla organizzazione amministrativa e quindi dalla particolarità del datore di lavoro, ovvero dai principi costituzionali, quale quello dell'accesso concorsuale all'impiego o della necessità di mantenere equilibri finanziari e di bilancio. Si è arrivati addirittura a considerare quale dato strutturale e di sistema l'esistenza di tre categorie di lavoratori subordinati: i lavoratori interamente soggetti al diritto pubblico (i non "contrattualizzati", come magistrati, professori universitari, militari, ecc.); i lavoratori del settore privato; ed infine un *tertium genus*, i lavoratori pubblici privatizzati, ma appunto soggetti ad un regime da considerarsi speciale rispetto ai lavoratori dell'impresa³.

² Sia consentito il rinvio a S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80*, in *LPA*, 2006, 12 ss.

³ M. RICCI, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in *LPA*, 2014, 476-477.

L'evoluzione legislativa, forse complice il blocco ormai a tempo indeterminato della fonte contrattuale al livello nazionale⁴, mostra altresì, oltre ad una regolazione di dettaglio che sottrae sempre più spazi ai poteri di gestione della dirigenza pubblica, una crescente immissione di principi, valori, adempimenti di matrice pubblicistica nell'ambito del rapporto di lavoro contrattualizzato, con un legislatore che si preoccupa poco o nulla delle difficoltà di ancorare questi principi e valori all'area del debito circoscritta dal contratto di lavoro subordinato. L'ultima stagione normativa, caratterizzata dalla legislazione anticorruzione, sembra aver esaltato tale impronta regolativa, introducendo segmenti di disciplina del tutto sconosciuti al settore privato, anche nelle esperienze più avanzate dei modelli etico-comportamentali delle imprese. Anzi, proprio i nuovi modelli organizzativi del lavoro imposti dalla legge anticorruzione, tutti di matrice unilaterale, hanno riproposto con forza il tema della progressiva introduzione, in chiave pubblicistica, di limiti "interni" nell'ambito della disciplina dei rapporti di lavoro pubblico, come tali proiettati a garanzia di interessi "terzi" rispetto alle parti (si pensi all'innesto complesso delle condotte prescritte dai nuovi codici di comportamento *ex artt. 54 e 54-bis* del d.lgs. n. 165/2001, sanzionabili per la via disciplinare in caso di violazione, nell'ambito della sfera obbligatoria del dipendente⁵).

La l. n. 190/2012 e le discipline in materia di codici di comportamento; le norme del d.lgs. 39/2013 in materia di incompatibilità ed inconfiribilità; quelle del d.lgs. n. 33/2013 in materia di trasparenza, sono appunto esempi assai significativi di questa tendenza, senz'altro presente e caratterizzante anche alcune discipline del d.l. n. 90/2014 e del d.d.l. Madia S.1577.

⁴ Quale ultimo episodio di "concertazione" politico-sindacale della stagione successiva al d.lgs. n. 150/2009, si deve ricordare l'accordo 4 maggio 2012, il quale aveva promosso iniziative del Governo dirette, tra altro, a «l) riordinare la disciplina dei licenziamenti per motivi disciplinari fermo restando le competenze attribuite alla contrattazione collettiva nazionale» e a «m) rafforzare i doveri disciplinari dei dipendenti prevedendo al contempo garanzie di stabilità in caso di licenziamento illegittimo». Sulla questione di costituzionalità del blocco della contrattazione si veda la recente sentenza della Corte costituzionale di giugno 2015, in corso di pubblicazione, che ha dichiarato, con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza, l'illegittimità costituzionale sopravvenuta del regime del blocco della contrattazione per il lavoro pubblico, quale risultante dalle norme impugnate e da quelle che le hanno prorogate.

⁵ Cfr. U. GARGIULO, *La prestazione lavorativa fra prescrizioni etiche ed obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area del debito del dipendente pubblico*, in *LPA*, 2013, 17 ss.; S. BATTINI, *Jobs Act e lavoro pubblico: i "controlimiti" alla privatizzazione*, in *GDA*, 2015, n. 2, 146.

2. Dalla legge Monti-Fornero n. 92/2012 alla legge delega n. 183/2014: alla ricerca della “certezza” normativa sulla disciplina dei licenziamenti illegittimi nelle PA

È in questo scenario che il *Jobs Act* di cui alla l. n. 183/2014 ripropone il tema della applicazione delle nuove regole in materia di mercato del lavoro nei confronti dei dipendenti pubblici, in una dimensione però assai più ampia ed incisiva di quella interessata dalla legge Monti-Fornero.

Le domande di fondo sembrano restare invariate: in che modo le norme della l. n. 183/2014 e dei decreti delegati si rapporteranno con la disciplina vigente del lavoro pubblico? Si tratta di norme scritte per il solo settore privato o esse investono l'intero universo del lavoro subordinato, pubblico e privato? È scontata la loro “non” applicazione alle PA, o è invece scontato il contrario?

La risposta ai quesiti, tuttavia, assume questa volta valore direttamente proporzionale all'impatto che il *Jobs Act* produce sui rapporti di lavoro e sull'organizzazione di impresa, fra l'altro in un clima di scarsissima condivisione sindacale del progetto governativo⁶. Si tratta di stabilire, cioè, se la nuova geometria di ingresso e di uscita dal mercato del lavoro, che si propone di realizzare uno scarto “generazionale” rispetto ai tradizionali strumenti a matrice protettiva del diritto del lavoro, investa anche un settore cruciale, quello dei servizi svolti dalle PA, dello stesso mercato sul quale dovrebbe operare la riforma, che naturalmente non potrà muoversi, quanto a modalità di organizzazione e gestione delle risorse umane, secondo velocità e modalità diverse rispetto a quanto già previsto per cittadini ed imprese.

Inoltre, se tra gli obiettivi delle riforme vi è quello della “certezza” normativa, specie nel prisma dell'interpretazione giudiziale⁷, in quanto elemento che può incidere sulla determinazione dei costi organizzativi e dunque sui propositi di sviluppo interni ed esterni al mercato, allora tale obiettivo non può che essere proprio anche del settore pubblico, ove impera da tempo una fondamentale esigenza di controllo della spesa, di razionalizzazione e di corretto utilizzo delle risorse pubbliche.

Sotto il profilo delle tutele contro i licenziamenti illegittimi, la l. n. 92/2012 ha alimentato come noto forti incertezze circa l'applicabilità della nuova versione dell'art. 18 Stat. lav. ai lavoratori delle PA, in quanto, come si diceva, pur

⁶ Cfr. R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, 3.

⁷ A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2015, fasc. 2.

disponendo l'applicazione di principi e criteri regolativi verso l'intero ambito del lavoro subordinato privato e pubblico, essa rimette a futura armonizzazione normativa l'adeguamento della disciplina per le amministrazioni pubbliche ed i propri dipendenti, così di fatto escludendo il settore dall'immediata applicazione delle modifiche apportate alla norma statutaria. La questione ha assunto immediata rilevanza nel dibattito scientifico, investendo in realtà anche altre porzioni di regolamentazione normativa già ritenute applicabili al settore pubblico e poi rivisitate dalla l. n. 92/2012, come avvenuto per i contratti a tempo determinato nella disciplina del d.lgs. n. 368/2001 modificata sia dalla legge Fornero che, successivamente dal d.l. n. 34/2014 (convertito in l. n. 78/2014)⁸.

Non è questa la sede per dare conto di tutte le posizioni assunte, anche se la questione, come si dirà, resta e resterà aperta ancora a lungo, salvo chiarimento legislativo, nella voluta sopravvivenza dell'art. 18 Stat. lav. in versione modificata dalla l. n. 92/2012, naturalmente comprensiva degli assetti processuali del c.d. rito Fornero.

In breve, si è anzitutto sostenuto che le modifiche intervenute sulla norma statutaria sarebbero necessariamente applicabili al lavoro pubblico in virtù del descritto rinvio mobile, di cui agli artt. 2, comma 2, e 51 del d.lgs. n. 165/2001⁹, con qualche accoglimento della tesi da parte della giurisprudenza, comunque unanime nel ritenere applicabile il procedimento giudiziale speciale introdotto dalla l. n. 92/2012¹⁰. Per altro verso e con diverse argomentazioni, comprese della "storia interna" di confezione della legge Fornero, si è sostenuto che la nuova versione dell'art. 18 non troverebbe applicazione per le

⁸ Cfr. C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, 833 ss.; C. ROMEO, *Le nuove regole del diritto del lavoro tra incertezze e destrutturazione: privato e pubblico a confronto*, in *LG*, 2013, n. 6, 545 ss.

⁹ L. CAVALLARO, *L'art. 18 St. Lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *LPA*, 2012, 1019 ss.; ID., *Perché il nuovo art. 18 St. Lav. si applica al pubblico impiego*, in *LPA*, 2013, 927 ss.; A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, 27; A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, 991 ss.; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *LPA*, 2013, 1 ss.

¹⁰ In giurisprudenza si veda Trib. Perugia 9 novembre 2012, in *LPA*, 2012, 1119, e Trib. Perugia 15 gennaio 2013, *ivi*, 2012, 1124; Trib. Bari 14 gennaio 2013, in *RIDL*, 2013, II, 410 ss.; Trib. S. Maria Capua Vetere 2 aprile 2013, in *GC*, 2013, I, 1253.

pubbliche amministrazioni ed i suoi dipendenti, continuando invece la norma a trovare utilizzo nella formulazione originaria anteriore al 2012¹¹, con qualche interessante diversificazione che opererebbe in via di esclusione solo per la tutela reintegratoria¹².

Nel mentre, lo scenario si è fatto ancor più complesso con riguardo al regime delle tutele contro i licenziamenti illegittimi dei dirigenti pubblici, per i quali la giurisprudenza di legittimità ha da tempo sancito l'applicabilità dell'art. 18 nella versione originaria dello Statuto e la Corte costituzionale ha ritenuto insufficiente una tutela meramente economica, diversamente da quanto avviene per la dirigenza del settore privato¹³. Nel silenzio del legislatore su questo assai delicato tema, la contrattazione collettiva d'area dirigenziale del 2010 ha introdotto una tipizzazione dei comportamenti che conducono al licenziamento nell'ambito dei codici disciplinari dei Ccnl, introducendo per il licenziamento ingiustificato forma di reintegrazione sancita in via negoziale, diversa sia da quella prevista dall'art. 18 Stat. lav. vigente al momento della sottoscrizione dei contratti, sia da quella poi modificata dall'entrata in vigore della l. n. 92/2012¹⁴.

¹¹ F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. Per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LPA*, 2012, 247 ss.; ID., *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (una domanda ancora in cerca di risposta)*, ivi, 2013, 913 ss.; M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, ivi, 2013, 3, 191 ss.; L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2013, 168, 5.

¹² Sull'applicabilità al lavoro pubblico della sola tutela reintegratoria forte, argomentando dalla tipologia di invalidità del licenziamento, A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 ed il lavoro pubblico*, cit., 991 ss.; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, cit., 7 ss. Per l'applicabilità della tutela reale anche nella versione indennitaria attenuata si veda A. OLIVIERI, *Licenziamento individuale e tutele nel lavoro pubblico dopo la l. n. 92/2012: una passeggiata nel bosco normativo*, in *LPA*, 2013, 2, 373 ss.

¹³ Il riferimento alla giurisprudenza di legittimità è naturalmente a Cass. 1° febbraio 2007, n. 2233, in *GC*, 2008, I, 1803; Cass. 13 giugno 2012, n. 9651, per cui occorre interpretare il contratto collettivo alla luce di quanto affermato dalla sentenza n. 2233/2007, ovvero della ritenuta applicabilità dell'art. 18 anche alla dirigenza pubblica. Ed ancora, Cass. 18 dicembre 2012, n. 23330; Cass. 5 marzo 2013, n. 5408; Cass. 29 luglio 2013, n. 18198. Il riferimento è poi a C. cost. 24 ottobre 2008, n. 351, in *LPA*, 2009, 109, con nota di M. MONTINI, *Le "cose buone dal sapore antico", l'art. 97 della Costituzione e la tutela del dirigente pubblico*.

¹⁴ Sul tema si veda S. MAINARDI, G. NICOSIA, *Poteri, area del debito esigibile e responsabilità dei dirigenti pubblici*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, 2013, 839 ss.; da ultimo, A. BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *LPA*, 2014, 539 ss.

Innegabile, anche a parere di chi scrive, è in definitiva risultata la volontà del legislatore di escludere i dipendenti pubblici dall'applicazione delle norme di modifica dell'art. 18 Stat. lav., non fosse altro, e quanto meno, per l'espreso rinvio legale di armonizzazione di cui all'art. 1, comma 8, della l. n. 92/2012, il quale ha evidente natura programmatica, anche nella parte in cui descrive il procedimento di adeguamento ai «principi e criteri» di cui al comma 7 dell'art. 1 della legge. Pure innegabile è però apparso il carattere di una tecnica legislativa abbozzata, poco compresa del carattere imperativo del principio contenuto negli artt. 2, comma 2, e 51 del d.lgs. n. 165/2001 e del rinvio alle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa, fra l'altro mai modificato dalle riforme del pubblico impiego di questi anni: il principio del rinvio mobile è quello per cui solo le norme del d.lgs. n. 165/2001 possono costituire deroga all'applicazione delle discipline del settore privato, salvo naturalmente che il legislatore, nella fonte di riferimento, non provveda ad escluderne l'applicazione, anche implicitamente, in tutto od in parte, ai dipendenti pubblici.

Memori allora di quanto avvenuto per la riforma Monti-Fornero, ci si sarebbe attesi dal *Jobs Act* e dai decreti attuativi un segnale chiaro ed univoco di coordinamento normativo¹⁵. Questa volta, come detto, non si tratta solo di luoghi estremamente sensibili della disciplina, quali la tutela in caso di licenziamento illegittimo o le regole del contratto a tempo determinato, ma di una serie ampia di istituti che già trovavano pacifica applicazione nel settore pubblico (si pensi ad esempio alla tematica dei controlli a distanza e dunque all'aggiornamento dell'art. 4 Stat. lav.).

Ciononostante, la l. n. 183/2014 ed i primi epigoni del *Jobs Act* non offrono questo chiaro ed univoco segnale, da verificare, per la verità, solo per quanto riguarda l'ipotesi dell'esclusione del pubblico impiego dall'ambito di applicazione delle nuove norme in materia di mercato del lavoro; essendo per il resto "regola", quella dell'applicazione condizionabile solo dal Testo Unico n. 165/2001, secondo quanto previsto dalle più volte citate norme di rinvio mobile.

La "dimenticanza" non può essere pertanto casuale, perché l'esperienza fatta doveva fornire insegnamento a sufficienza al fine di non incorrere in drammatici contrasti interpretativi, spesso poi partita di scambio sul piano politico-sindacale, che naturalmente non possono essere interamente

¹⁵ Così anche M.G. DECEGLIE, L. ARIOLA, *L'applicabilità della legge delega e del decreto attuativo al pubblico impiego*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di) *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act*, Cacucci, 2015, 82.

consegnati alla magistratura, soprattutto se l'obiettivo di questa stagione di riforme è quello della chiarezza e della semplificazione normativa.

Il legislatore del mercato del lavoro privato sembra cioè volutamente non preoccuparsi dell'ambito di applicazione delle norme introdotte, se si guarda nella direzione delle pubbliche amministrazioni datori di lavoro; confidando invece, par di capire, vuoi sull'interpretazione in chiave di esclusione, vuoi sulla più tranquillizzante preesistenza di discipline speciali, che implicitamente inibiscono l'utilizzo dei modelli regolativi introdotti per l'impresa, come avvenuto, ad esempio, con la riforma Biagi in materia di trasferimento di azienda¹⁶ o con la l. n. 92/2012, e poi con il d.l. n. 34/2014, in materia di contratti a tempo determinato¹⁷.

Se questa è però la linea, se cioè occorre un riferimento esplicito di ordine inclusivo del legislatore per ritenere applicabili le norme in materia di lavoro anche nei confronti dei dipendenti pubblici, allora occorre dichiarare la avvenuta e definitiva sterilizzazione di quello che ha rappresentato uno dei pilastri della c.d. privatizzazione del pubblico impiego sul piano delle fonti e che appunto si è cercato di tradurre nella tecnica del rinvio, operato dagli artt. 2, comma 2, e 51 del d.lgs. n. 165/2001 a tutte le norme del lavoro privato, presenti e future, salvo esclusioni espresse.

3. Contratto a tutele crescenti e lavoro pubblico. Continua la navigazione a vista

Nella legge di delegazione, dunque, non si rinvencono norme che esprimano una volontà di estendere le discipline al pubblico impiego, fatta salva una indicazione con riguardo al sostegno alla genitorialità, per cui si dispone l'«estensione dei principi di cui al presente comma, in quanto compatibili e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, ai rapporti di lavoro alle

¹⁶ Si deve infatti ritenere che le nozioni di azienda e ramo di azienda introdotte dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 non trovino applicazione per il pubblico impiego, stante la presenza della nozione di «trasferimento o conferimento di attività» di cui all'art. 31 del d.lgs. n. 165/2001 quale presupposto dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. e dell'art. 47, l. n. 428/1990.

¹⁷ La nuova dimensione «a-causale» del contratto a tempo determinato non può trovare applicazione nel pubblico impiego, dove la norma speciale dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, pur rinviando per taluni aspetti alla disciplina del d.lgs. n. 368/2001 (comma 5-ter introdotto dal d.l. n. 101/2013), conserva una struttura causale del contratto a tempo determinato per il settore pubblico, concentrata nella necessaria sussistenza di «esigenze di carattere temporaneo o eccezionale» ed in ogni comprovante la copertura di posizioni non connesse al «fabbisogno ordinario» delle amministrazioni (commi 1 e 2).

dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con riferimento al riconoscimento della possibilità di fruizione dei congedi parentali in modo frazionato e alle misure organizzative finalizzate al rafforzamento degli strumenti di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro» (art. 1, comma 9, lett. i). Si è ritenuto questo un chiaro segnale di esclusione per i restanti istituti per i quali la delega è stata formulata, in quanto, se il legislatore «avesse voluto estenderne l'applicazione lo avrebbe detto espressamente»¹⁸, come appunto ha fatto in modo circoscritto nella norma sopra indicata¹⁹.

Per vero, il successivo sviluppo legislativo non appare affatto coerente con tale esclusione implicita, veicolata per “silenzio di delega”.

Si dirà subito del contratto a tutele crescenti del d.lgs. n. 23/2015, ma è il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante *Disciplina organica dei contratti di lavoro e la revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183*, a rendere ambiguo e poco lineare il percorso del *Jobs Act* per la questione di cui si tratta, in quanto le norme del c.d. Testo Unico sulle tipologie contrattuali contengono una fitta serie di disposizioni che espressamente o implicitamente estendono al lavoro nelle pubbliche amministrazioni le nuove discipline.

Senza alcuna pretesa di completezza e di approfondimento, si applicano espressamente gran parte delle disposizioni sul part-time (art. 12, d.lgs. n. 81/2015); si applicano, pur con qualche complicazione, gran parte delle norme sul contratto di lavoro a tempo determinato, in quanto si esclude la applicazione della disciplina solo per i contratti a tempo determinato stipulati con il personale docente ed ATA per il conferimento delle supplenze e con il personale sanitario, anche dirigente, del Servizio sanitario nazionale (art. 29, comma 2, lett. c), dovendosi dunque ritenere applicabili le disposizioni per il resto del pubblico impiego privatizzato, restando naturalmente fermo quanto disposto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 espressamente richiamato (art. 29, comma 3)²⁰; si applicano le disposizioni sulla somministrazione a termine, in

¹⁸ M. RICCI, *op. cit.*, 474.

¹⁹ Allo stesso modo, però, e con ragionamento contrario, si è ritenuto che l'aver escluso espressamente i lavoratori pubblici dall'ambito di applicazione Naspi di cui alle deleghe previste dall'art. 1, commi 1, 2, lett. b, 3 e 4, lett. p, della l. n. 183/2014 abbia in realtà significato la volontà del legislatore di ricomprendere i lavoratori pubblici nell'applicazione delle restanti deleghe fornite dalla legge, appunto sulla nota base del rinvio delle norme del d.lgs. n. 165/2001: cfr. F. VERBARO, *Commento*, in *Guida al pubblico impiego*, 25 gennaio 2015.

²⁰ Si devono dunque ritenere escluse dall'applicazione alle PA le norme del d.lgs. n. 81/2015 che eliminano la causale per la stipulazione del contratto a tempo determinato (come già doveva ritenersi per la liberalizzazione introdotta dal d.l. n. 34/2014) e quelle in materia di

quanto l'art. 31, comma 4, del d.lgs. n. 81/2015, come peraltro avveniva sotto il regime previgente, esclude le amministrazioni dalla sola disciplina del contratto di somministrazione a tempo indeterminato, mentre il successivo art. 38, comma 4, dispone circa la non applicazione alle PA della sanzione della costituzione/conversione del contratto con l'utilizzatore; si applicano le (nuove) discipline dell'apprendistato, sulle quali vi è sempre stata incertezza rispetto ai rinvii del TU del 2011, ora con chiarezza per l'apprendistato "professionalizzante" e di "alta formazione e ricerca", i cui contratti possono essere stipulati «in tutti i settori di attività, pubblici o privati» (artt. 44, comma 1, e 45, comma 1, d.lgs. n. 81/2015); si applicano, di sicuro per il committente "ente locale", le discipline del lavoro accessorio, dove il ricorso alle prestazioni relative «da parte di un committente pubblico è consentito nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno» (art. 48, commi 2 e 4); non si applicano le disposizioni che recano presunzioni per l'applicazione delle regole sul lavoro subordinato alle collaborazioni organizzate dal committente, confidando il decreto in un futuro «riordino della disciplina dell'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni» al quale è temporalmente collegata tale esclusione, prevedendosi comunque, dal 1° gennaio 2017, il divieto per le pubbliche amministrazioni di stipulare i contratti di collaborazione organizzate dal committente di cui alla norma dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 (art. 2, comma 4).

Infine, mentre per il lavoro intermittente vi è esclusione esplicita (art. 13, comma 5), per la disciplina delle mansioni si dovrà ragionare sul *se* la mancata previsione nell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 di ipotesi di dequalificazione legittima per motivi organizzativi del lavoratore pubblico, apra la strada, tramite il rinvio mobile dell'art. 2, comma 2, al Codice civile, ad una applicazione *in parte qua* della nuova versione della norma codicistica introdotta dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, appunto per quanto non regolato in deroga dall'art. 52 del TUPI.

conversione in contratto a tempo determinato nelle ipotesi previste dalla nuova legge; la complicazione è data dal rinvio dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 (comma 5-ter) al d.lgs. n. 368/2001, il quale ultimo viene però ora abrogato dall'art. 55, comma 1, lett. b, del d.lgs. n. 81/2015, con salvezza solo per quanto previsto dall'art. 9, comma 28, del d.l. 78/2010 (le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, incluse le Agenzie fiscali, gli enti pubblici non economici, le università e gli enti pubblici di cui all'art. 70, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001, n. 16, possono continuare ad avvalersi delle co.co.co. e dei contratti a tempo determinato nel rispetto degli artt. 7, comma 6, e 36 del d.lgs. n. 165/2001).

Da questa breve rassegna emerge in modo chiaro la tecnica *borderline* tenuta dal legislatore nei primi decreti delegati del *Jobs Act*: si rifiuta una espressione netta sull'applicazione (o meno) delle norme al pubblico impiego, preferendosi invece tecniche di tipo selettivo, a volte da derivare in via ermeneutica o con inclusioni/esclusioni esplicite. Così, di fatto, torna assai poco utile all'interpretazione, ora a ragion veduta, il silenzio della legge delega: non è affatto vero, in via generale, che il *Jobs Act* non si applichi ai pubblici dipendenti, essendo invece necessaria una analitica lettura delle norme per poter derivare ipotesi inclusive o esclusive.

Così come per il d.lgs. n. 81/2015 sulle tipologie contrattuali, il d.lgs. n. 23/2015 sul contratto a tutele crescenti pone il problema dell'applicazione delle relative norme al settore pubblico in modo diverso rispetto a quanto avvenuto con la legge Monti-Fornero del 2012.

Non si tratta infatti di norme legislative, nella specie qui dell'art. 18, l. n. 300/1970, che già trovavano applicazione in virtù dei rinvii fissati dal d.lgs. n. 165/2001 (art. 51) e che vengono successivamente modificate, ponendo il doppio e speculare problema dell'ambito di applicazione della modifica ovvero della sopravvivenza della norma originaria, solo per i pubblici dipendenti.

Si tratta invece di norme di legge del tutto nuove, dove il punto di tensione si pone ora unicamente con la regola dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, per la quale si ha che il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici è disciplinato dalle «leggi sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto che costituiscono disposizioni di carattere imperativo». In sostanza le nuove norme sulle tipologie contrattuali, così come quelle sui licenziamenti del d.lgs. n. 23/2015, se non procedono ad abrogazioni delle norme previgenti, si affiancano a quelle esistenti²¹ escludendo dunque in radice l'argomento volto a riconoscere una necessaria applicazione delle disposizioni solo perché modificative di altre già applicate ai dipendenti pubblici²².

²¹ Così F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare*, in questo volume.

²² Nella dottrina amministrativistica (S. BATTINI, *op. cit.*, 146), si propone una inedita lettura limitativa della portata dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, per cui diverrebbe incompatibile l'applicazione non solo delle norme del lavoro nell'impresa per cui esistono discipline diverse nel d.lgs. n. 165/2001, ma anche di quelle disposizioni che, nel silenzio del legislatore, ad una sorta di vaglio di costituzionalità preventivo, si porrebbero in contrasto con talune previsioni costituzionali, segnatamente quelle degli artt. 97 e 98, nella lettura offerta dalla Corte costituzionale. Da ciò si deriverebbe l'inapplicabilità del d.lgs. n. 23/2015 sulle tutele crescenti, in quanto la Corte costituzionale, con la già citata e nota sentenza n. 351/2008 (peraltro con *obiter dictum* nell'ambito di pronuncia riguardante la decadenza da incarico

Pur tuttavia, costretti dal legislatore ad inseguire “indici” di esclusione o inclusione delle discipline, si può dire che il d.lgs. n. 23/2015, nel proporre il nuovo modello di tutela contro i licenziamenti illegittimi, appare confinato all’ambito del lavoro nell’impresa, naturalmente nei limiti oggettivi, soggettivi, dimensionali, nonché derivati dalla data di entrata in vigore del decreto descritti dalla stessa legge²³.

Conduce ad escludere l’applicazione del d.lgs. n. 23/2015 alle PA ed ai loro dipendenti anzitutto un profilo di carattere generale e sistematico, comunque di impatto nel confronto con il rinvio mobile dell’art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 che continua a far salva, rispetto alle leggi per l’impresa, l’applicazione delle norme che regolano l’istituto proprio dello stesso TUPI.

Sia per i licenziamenti disciplinari, che per quelli oggettivi e da eccedenza, il d.lgs. n. 165/2001 contiene infatti una imponente regolamentazione di legge, diversa da quella del settore privato sotto il profilo sostanziale e formale/procedurale. Così è per i licenziamenti disciplinari, regolati dagli artt. 55 ss. del d.lgs. n. 165/2001, con un apparato normativo che la riforma Brunetta di cui al d.lgs. n. 150/2009 ha fortemente irrobustito, addirittura tipizzando *ex art. 55-quater* ipotesi legislative di fatti/inadempimento passibili della sanzione estintiva, in ogni caso dichiarando la imperatività delle norme rispetto a deroghe svolte da parte della contrattazione collettiva e individuale.

dirigenziale, ricoperto da lavoratore con contratto di lavoro autonomo, e quindi nel solco della giurisprudenza relativa allo *spoil system*) avrebbe ritenuto non compatibile con le norme costituzionali l’esclusione della reintegrazione nel caso di lavoratore pubblico illegittimamente licenziato, in quanto lesiva di un interesse pubblico ulteriore rispetto a quello proprio del dipendente, coincidente con le finalità dei concorsi pubblici in fase di assunzione, nonché per il costo di rinvenire un altro lavoratore da adibire alla funzione che si affiancherebbe a quello dell’indennizzo per il licenziamento illegittimo. Tuttavia, tale canone interpretativo proposto (al di là dell’approccio solo tangenziale alla questione appunto svolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 351/2008), oltre a consentire un importante ma indeterminato ingresso di interessi pubblicistici e di limiti “interni” in una gestione del rapporto di lavoro pubblico basata su posizioni giuridiche soggettive squisitamente contrattuali, ed in questo senso “privatistiche” secondo le riforme degli anni Novanta-Duemila, non tiene conto che proprio la volontà espressa dal legislatore con l’art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 individua come eccezione l’apposizione di regole differenziate per i lavoratori pubblici, imponendo dunque uno scrutinio puntuale di “inapplicabilità”, che, proprio a fronte di norme costituzionali, solo il legislatore può svolgere e fissare espressamente come canone interpretativo di carattere generale o speciale.

²³ Sui quali si rinvia al contributo di M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in questo volume; si veda anche D. GAROFALO, *Il campo di applicazione*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 59 e ss.; F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, 2015, 113 ss.

Ma così è soprattutto per i licenziamenti di tipo oggettivo, la cui disciplina, almeno nell'ambito della «Gestione del personale in disponibilità» di cui agli artt. 34 e ss. del d.lgs. n. 165/2001, in quanto interamente ricondotta agli istituti della mobilità del personale, appare ontologicamente non riconducibile alle ipotesi di licenziamento “economico” o di licenziamento collettivo di cui alle leggi del settore privato.

Poiché l'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015 dispone la modulazione delle tutele anzitutto nelle ipotesi di non ricorrenza degli «estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa»; e poiché il successivo art. 10 del decreto espressamente, e fin dalla rubrica, si riferisce ai «Licenziamenti collettivi», poi richiamando nel testo gli artt. 4 e 24 della l. 23 luglio 1991, n. 223, appare difficile poter sostenere l'applicazione delle nuove tutele indennitarie e reintegratorie rispetto ad assenza di presupposti che trovano fonte e disciplina in ambiti normativi diversi; dovendosi concludere, dunque, per l'esistenza di un corpo regolativo autonomo, anche sotto il profilo sanzionatorio, voluto e fatto proprio dal d.lgs. n. 165/2001 in deroga al rinvio dell'art. 2, comma 2, alle leggi del lavoro subordinato nell'impresa²⁴.

Forse questo spiega perché – a conferma dell'idea dell'esclusione del pubblico impiego dall'applicazione delle tutele crescenti in caso di licenziamento illegittimo –, il d.lgs. n. 23/2015 richiami *sub forma* di vizi procedurali per i licenziamenti disciplinari, per i quali è prevista la tutela solo indennitaria, solo quelli che maturano nell'ambito «della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 300/1970» (art. 4, comma 1), senza alcun richiamo alla norma che invece regola il procedimento disciplinare nel settore pubblico (art. 55-*bis*, d.lgs. n. 165/2001); lo stesso avviene, come ricordato, per i licenziamenti collettivi, con il richiamo all'art. 24 della l. n. 223/1991, senza riferimento alcuno alle procedure di collocamento in disponibilità e di gestione degli eccedentari di cui agli artt. 34 e ss. del d.lgs. n. 165/2001.

Inoltre, nel segno della semplificazione procedurale per i licenziamenti economici/individuali, si dispone con il d.lgs. n. 23/2015 (art. 3, comma 3) la non applicazione per i neo-assunti della procedura di conciliazione presso la DTL di cui all'art. 7, l. n. 604/1966, come modificato dall'art. 1, comma 40,

²⁴ Secondo L. OLIVIERI, *Licenziamenti oggettivi economici nel lavoro pubblico*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), [I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni](#), ADAPT University Press, 2015, 125, mentre l'esclusione dell'applicazione del *Jobs Act* ai licenziamenti oggettivi delle pubbliche amministrazioni è sostenibile appunto sulla base della disciplina autonoma della mobilità, lo stesso non può dirsi, per ragioni di equità, per i licenziamenti disciplinari.

della l. n. 92/2012, norma pacificamente applicabile solo ai lavoratori di unità produttive con più di 15 dipendenti del settore privato, e non invece delle amministrazioni pubbliche.

Altri argomenti, di matrice testuale, conducono all'esclusione del lavoro nelle PA dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 23/2015. Il riferimento è principalmente, come subito evidenziato in dottrina²⁵, al campo di applicazione descritto dallo stesso art. 1 del decreto legislativo, il quale apre dichiarando la sottoposizione al nuovo regime dei lavoratori «che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato», con esplicito rinvio alle categorie legali di cui all'art. 2095 c.c.

È noto invece come nel settore pubblico tale ultima norma codicistica non abbia trovato traduzione alcuna con riguardo alla categoria dei “quadri intermedi” di cui alla l. n. 190/1985, come espressamente riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità in occasione della nota vicenda della “vice-dirigenza” di cui all'abrogato art. 17-*bis* del d.lgs. n. 165/2001²⁶. Dunque, se il legislatore avesse davvero voluto estendere il modello sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi proprio del contratto a tutele crescenti ai dipendenti pubblici, non avrebbe fatto richiamo ad una categoria del tutto residuale per il pubblico impiego, quale quella degli “operai”, e ad una inesistente, quale è quella dei “quadri aziendali”; considerando altresì, come detto, che per la categoria dei dirigenti, è ritenuta dalla giurisprudenza la applicabilità nel settore pubblico della tutela reale di cui all'art. 18 Stat. lav. nella originaria formulazione, ovvero di quella convenzionale prevista dai contratti collettivi di area dirigenziale²⁷.

²⁵ Cfr. F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), [I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura ed interpretazioni](#), cit., 67; M. MARAZZA, [Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act \(un commento provvisorio, dallo schema al decreto\)](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona.IT, 2015, n. 236, 10. Non ritengono decisivo l’argomento, optando invece per l’applicazione del d.lgs. n. 23/2015 anche ai lavoratori pubblici, G. GENTILE, *L’ambito di applicazione della nuova disciplina*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, 66, e F. VERBARO, *op. cit.*

²⁶ Cfr. Cass. 5 luglio 2005, n. 14193, in *GC*, 2006, 1, 206, secondo cui «il sistema di classificazione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, come attuato dalla legge e dalla contrattazione collettiva, non contempla la categoria dei quadri».

²⁷ Così anche C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, in *ADL*, 2015, n. 2, 298-299.

4. **Ratio di una esclusione e rinvio, per la “certezza” normativa, ad altro legislatore**

A fronte delle indicazioni di tali frammenti normativi, si può ragionevolmente ritenere che il legislatore del *Jobs Act*, a conferma delle dichiarazioni che hanno politicamente accompagnato la riforma, abbia in effetti inteso escludere il pubblico impiego dall'applicazione del contratto a tutele crescenti di cui al d.lgs. n. 23/2015²⁸.

Certo, altro è il dato esegetico, altro naturalmente individuare poi la ragione di tale esclusione, che, come detto, sembra segnare un corto circuito irreversibile rispetto all'ordinario meccanismo di rinvio alle leggi del lavoro subordinato dell'impresa, fatto proprio dalle stagioni di riforma del lavoro nelle PA.

Si è già osservato²⁹ come la ricerca di un fondamento costituzionale dell'esclusione dei dipendenti pubblici dall'ambito di applicazione delle forme di tutela (solo) indennitaria, che sancisca ed assuma quindi la tutela reintegratoria del dipendente pubblico licenziato illegittimamente quale dato “costituzionalmente necessario”, non sembra possa fondarsi sul pur autorevole *obiter dictum* dell'unica pronuncia di C. cost. n. 351/2008, dedicata a questione di costituzionalità posta su legge regionale che determinava ipotesi di *spoil system* da incarichi dirigenziali di vertice di aziende sanitarie, fra l'altro normalmente attribuiti con contratto di lavoro autonomo e non subordinato.

Si crede cioè che il tema meriti di essere ulteriormente approfondito, al di là delle numerose pronunce della Corte costituzionale che già hanno legittimato diversità di discipline su specifici (ma diversi istituti)³⁰; e probabilmente il tema andrà scomposto in relazione alla tipologia di licenziamento ed al vizio riscontrato, in relazione non solo all'art. 97 Cost. ed ai principi in esso contenuti, ma anche all'art. 3 della Carta, non fosse altro per la diversità di trattamento venutasi progressivamente a creare, in materia di tutele contro i

²⁸ Le posizioni in letteratura sono al momento tutt'altro che univoche. Considerano applicabile il decreto F. VERBARO, *op. cit.*; G. GENTILE, *op. cit.*, 66; G. MIMMO, *Appunti su uno schema di decreto legislativo, attuazione della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, in www.agilazio.it; Per l'inapplicabilità al pubblico impiego privatizzato del d.lgs. n. 23/2015 C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, cit., 300; A. TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2015, 106; più dubitativa e critica la posizione di M.G. DECEGLIE, L. ARIOLA, *op. cit.*, 73 ss.

²⁹ *Retro*, alla nota 22.

³⁰ Cfr. C. cost. n. 313/1996, n. 275/2001, n. 89/2003, n. 367/2006, n. 146/2008 e n. 120/2012.

licenziamenti illegittimi, tra i lavoratori dell'impresa e quelli delle amministrazioni pubbliche.

Non solo. Ma, guardando alla questione, come si vorrebbe, dall'angolo di visuale dell'interesse pubblico al buon andamento dell'amministrazione, c'è da chiedersi se l'imposizione costituzionale della reintegrazione, ad esempio nel caso di licenziamento disciplinare per gravissimo inadempimento, poi annullato solo per (a volte lievi) vizi procedurali commessi dall'amministrazione, possa essere spiegata con l'argomento del "doppio costo" denunciato dalla Corte costituzionale a fronte di una ipotizzata introduzione della tutela solo indennitaria (rinvenire un altro dipendente che sostituisca il precedente nella funzione e pagare l'indennizzo a quello illegittimamente, ma definitivamente, estromesso); ovvero, se un ragionevole ed equo bilanciamento degli stessi interessi cui è diretta anche la selezione concorsuale pubblica dei lavoratori da immettere nelle nostre amministrazioni possa tollerare tale "doppio costo", traducendo appunto in forma esclusivamente risarcitoria la sanzione per la condotta datoriale illegittima.

Naturalmente, la conclusione raggiunta circa la non applicabilità delle tutele crescenti ai lavoratori pubblici, che peraltro interesserebbe solo i nuovi assunti, determina la riapertura del dibattito circa l'applicabilità dell'art. 18 Stat. lav. nella nuova ovvero nella vecchia versione pre-legge n. 92/2012³¹, così come delle norme processuali relative all'impugnazione, che invece il d.lgs. n. 23/2015, con chiarezza, esclude dall'applicazione per i lavoratori assunti nel settore privato dopo l'entrata in vigore del decreto.

È questa, forse, la responsabilità più grave ed importante da imputare al legislatore del *Jobs Act*, il quale sa e confida nel fatto che un diverso legislatore – quello del pubblico impiego –, su mandato di una imminente e diversa delega, dovrebbe provvedere a svolgere il necessario coordinamento fra le discipline del lavoro privato e pubblico, restituendo finalmente certezza agli operatori.

Lo scambio politico-sindacale sarà probabilmente nel senso di mantenere la tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici, a fronte di un inasprimento del sistema disciplinare dal punto di vista procedurale e sostanziale, con accresciute responsabilità per il soggetto attivo del procedimento in caso di mancata attivazione o di vizi procedurali che impediscano l'adozione della misura estintiva del rapporto.

³¹ Si veda sul punto A. TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il Jobs Act*, cit., 106.

Ma è certo che tutto questo non potrà più prescindere da una chiara presa di posizione legislativa circa le tutele applicabili ai dipendenti e dirigenti pubblici illegittimamente licenziati³².

³² Così, in definitiva, anche S. BATTINI, *op. cit.*, dove l'A. conclude nel senso che le prossime riforme amministrative, a fronte del venir meno della tutela reale per il settore privato, anche se non necessariamente, dovrebbero utilmente esplicitare la regola della tutela reintegratoria per il pubblico impiego.

Articolo 2

Licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale

1. Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al comma 3. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.
2. Con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.
3. Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al comma 2, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione 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. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione.
4. 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 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68.

Il licenziamento discriminatorio e nullo nel “passaggio” dall’art. 18. Stat. lav. all’art. 2, d.lgs. n. 23/2015

di Elena Pasqualetto

Sommario: **1.** I primi tre commi dell’art. 18. Stat. lav. e l’art. 2 del d.lgs. n. 23/2015: testi e fattispecie a confronto. – **2.** La prima differenza testuale tra l’art. 18 e l’art. 2: una diversa nozione di licenziamento discriminatorio? – **3.** Le ulteriori differenze testuali tra l’art. 18 e l’art. 2: la mancata menzione delle fattispecie tipizzate e l’inserimento dell’avverbio “espressamente”. – **4.** Le altre differenze tra il primo comma dell’art. 18 e il primo comma dell’art. 2. – **5.** Il licenziamento legato alla disabilità del lavoratore.

1. I primi tre commi dell’art. 18. Stat. lav. e l’art. 2 del d.lgs. n. 23/2015: testi e fattispecie a confronto

Il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, rimodula, per la seconda volta in meno di tre anni, le tutele contro i licenziamenti illegittimi, dedicando un intero articolo, il 2, alla disciplina del licenziamento discriminatorio, nullo ed intimato in forma orale¹. Le fattispecie considerate sono (o, almeno, sembrano essere) le stesse già oggetto di regolamentazione da parte dei primi tre commi dell’art. 18 Stat. lav., il cui testo viene invero ripreso, anche se non riprodotto alla lettera². La

¹ Si segnala a questo proposito la non del tutto cristallina formulazione della rubrica dell’art. 2, che tiene separato il licenziamento discriminatorio da quello nullo, categoria quest’ultima alla quale il primo appartiene.

² L’osservazione è di F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), [*I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al*](#)

nuova disciplina, peraltro, non sostituisce la precedente, ma si affianca ad essa, dovendosi applicare ai lavoratori assunti a tempo indeterminato, con qualifica di operai, impiegati e quadri, a far data dal 7 marzo 2015. Le due normative sono pertanto destinate a convivere a lungo³ e ciò pone in modo evidente il problema del confronto fra le medesime, anche al fine di verificare se si prospettino significative diversità di trattamento tra lavoratori, magari di identica qualifica, assunti prima o dopo il predetto spartiacque temporale, anche con riferimento alle diverse ipotesi di recesso datoriale nullo o colpito da inefficacia assoluta, le quali sembrano essere quelle che meglio resistono ai mutamenti di indirizzo della più recente politica legislativa in materia di licenziamenti.

Ed in effetti, come subito si vedrà, vi sono, fra il testo dei primi tre commi dell'art. 18 Stat. lav. e quello degli omologhi primi tre commi dell'art. 2 del decreto attuativo del *Jobs Act*, alcune differenze solo apparentemente di dettaglio, che possono tuttavia disvelare conseguenze applicative di un certo peso. A ciò si aggiunga che il legislatore delegato ha *in extremis* completato la disciplina dell'articolo in esame con l'inserimento nel medesimo di un quarto comma, non presente nello schema di decreto legislativo approvato dal Governo il 24 dicembre 2014, dedicato al recesso inficiato da difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, in tal modo sovvertendo l'ordine sistematico già fatto proprio nel 2012, allorquando il licenziamento legato all'inidoneità psico-fisica del prestatore era stato collocato nell'area dell'ingiustificatezza qualificata ed assoggettato, conseguentemente, alla c.d. tutela reintegratoria attenuata.

Appare dunque, come si diceva, necessario procedere ad un serrato raffronto fra i citati due articoli, ed in particolare fra i primi tre commi dei medesimi, attraverso una lettura affiancata dei due testi, una sorta di “trova le differenze” tra le due normative, allo scopo di comprendere esattamente se il legislatore abbia inteso individuare un nuovo punto di equilibrio tra la tutela del licenziamento nullo e le tutele riservate ad altre fattispecie di recesso illegittimo, oppure se si sia limitato ad operare alcune correzioni o piccoli ritocchi di una disciplina che conserva sostanzialmente immutati i propri tratti distintivi ed il proprio ambito di applicazione.

[Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità](#), ADAPT University Press, 2015, 69.

³ Ed anzi la più recente non sostituirà mai in modo definitivo la precedente, fosse anche solo per il fatto che il d.lgs. n. 23/2015 non si applica ai dirigenti, il licenziamento discriminatorio dei quali resterà pertanto soggetto alla disciplina di cui all'art. 18 Stat. lav.

2. La prima differenza testuale tra l'art. 18 e l'art. 2: una diversa nozione di licenziamento discriminatorio?

La prima differenza testuale tra l'art. 18 e l'art. 2 è legata al sistema dei rinvii normativi che concorrono a tracciare i contorni della nozione di licenziamento discriminatorio. Ed invero mentre la norma statutaria, dopo la riscrittura del 2012, richiama l'art. 3 della l. 11 maggio 1990, n. 108, l'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 rinvia invece all'art. 15 dello Statuto e successive modificazioni.

Il diverso rinvio operato dalla norma più recente sembra realizzare una semplificazione e, nel contempo, un'opportuna correzione. Ed infatti l'art. 3 della l. n. 108/1990 non contiene in realtà una vera e propria definizione di licenziamento discriminatorio, ma si avvale a tal fine di un duplice ulteriore richiamo: quello all'art. 4 della l. 15 luglio 1966, n. 604, e quello all'art. 15 Stat. lav., laddove però quest'ultima disposizione ha praticamente assorbito la prima, e cioè l'art. 4, la quale si limita a qualificare come nullo il licenziamento determinato da motivi religiosi, politici o sindacali. La norma statutaria invece, oltre a ricomprendere nella nozione di discriminazione atti e patti diversi dal licenziamento, allunga significativamente la lista dei motivi di differenziazione vietati, che oggi comprendono invero ragioni di tipo politico o religioso, di affiliazione sindacale, razza, lingua, sesso, handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali⁴. Questo significa che il rinvio diretto dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 all'art. 15 Stat. lav. da un lato elimina un inutile passaggio⁵, dall'altro opera, come si anticipava, un aggiustamento,

⁴ Resta ovviamente aperto il problema del carattere tassativo o esemplificativo di questo elenco, variamente impostato e risolto in dottrina e giurisprudenza. Si esprime, da ultimo, per la tassatività, pur evidenziando i profili problematici della questione alla luce del diritto interno e di quello comunitario, A. GUARISO, *Il licenziamento discriminatorio*, in *DLRI*, 2014, n. 142, 354. A favore di questa soluzione militano infatti, per l'A., gli «insuperabili riferimenti letterali del diritto nazionale e comunitario». Per la giurisprudenza successiva al 2012, in questo stesso senso, cfr. Trib. Milano 11 febbraio 2013. La giurisprudenza di merito continua però ad ampliare la nozione di licenziamento discriminatorio, facendovi rientrare quello determinato da ragioni ritorsive, che invece andrebbe più correttamente qualificato come dovuto ad un motivo illecito. Così, tra le tante, Trib. Bologna 10 gennaio 2014; Trib. Milano ordinanza 28 giugno 2014, in [Giustizia Civile.com](http://www.giustizia-civile.com), 27 aprile 2015, con nota di R. TOSCHI, *Licenziamento ritorsivo: rapporto e interferenza con il licenziamento discriminatorio*. Anche P. BELLOCCHI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *ADL*, 2013, n. 4-5, I, 842, definisce «attendibile oltre che inevitabile» la conclusione secondo cui l'elenco dei motivi discriminatori avrebbe carattere esemplificativo.

⁵ Per P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Giuffrè,

posto che il richiamo all'art. 15, mediato da quello all'art. 3 della l. n. 108/1990, risulta "difettoso", facendo riferimento all'articolo dello Statuto «come modificato dall'art. 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903» e non tenendo quindi conto delle modifiche successive, cioè di quelle risalenti al d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216.

Diversa è, in realtà, sul punto, la posizione di una parte della dottrina⁶, secondo cui il mancato richiamo dell'art. 3, l. n. 108/1990, da parte del nuovo art. 2 può contribuire a configurare «un licenziamento discriminatorio con un ambito applicativo potenzialmente più ampio rispetto al passato». Ciò in quanto mentre l'esplicito rinvio dell'art. 18 al citato art. 3 fornirebbe argomenti a favore di una lettura restrittiva della nozione di recesso discriminatorio, ritagliata su quella del licenziamento per motivo illecito ed appoggiata dalla giurisprudenza di legittimità⁷, la soppressione di questo richiamo consentirebbe di accoglierne una nozione più ampia, quale quella ricavabile dalla legislazione antidiscriminatoria di derivazione comunitaria. A favore di questa lettura, più "moderna", giocherebbe, a sua volta, anche il richiamo finale, «pur se preceduto da un'equivoca "o"», contenuto nel primo comma dell'art. 18, al licenziamento determinato da un motivo illecito determinante *ex art. 1345 c.c.*⁸.

Senonché a parere di chi scrive proprio questo esplicito riferimento al licenziamento per motivo illecito, affiancato ma distinto da quello per ragioni discriminatorie, fornisce un decisivo argomento a favore di una ricostruzione nettamente diversa delle due fattispecie, consentendo di affermare che già nell'ambito del novellato art. 18 Stat. lav. il licenziamento discriminatorio si

2013, 254, il primo comma dell'art. 18 si riferisce ai recessi datoriali intimati per i motivi tipizzati dall'art. 15 dello stesso testo normativo.

⁶ F. CARINCI, *op. cit.*, 70 ss.

⁷ F. Carinci ricorda a tal fine come l'art. 3 sia figlio «di un processo legislativo sviluppatosi a cominciare dall'articolo 4, legge n. 604/1966, da sempre considerato riconducibile all'articolo 1345 c.c.» (*ibidem*).

⁸ Il fatto che nell'art. 2 non vi sia più alcun riferimento, diretto o indiretto, all'art. 1345 c.c. consentirebbe dunque di ritenere che il licenziamento discriminatorio non deve essere più determinato da un motivo illecito, con la conseguenza che l'accento si sposterebbe dall'intento perseguito al fatto in sé e per sé, e cioè alla disparità di trattamento in concreto operata. Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca S. GIUBBONI, [Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 246, 6. Va riconosciuto, peraltro, che anche la giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della riforma Fornero ha continuato a richiedere l'esclusività del motivo discriminatorio, oltre che di quello più genericamente illecito: in questo senso Trib. Bari 7 gennaio 2013.

era affrancato dall'originaria dipendenza dalla nozione codicistica di atto viziato da un motivo illecito⁹.

Queste ultime considerazioni inducono a riflettere ulteriormente sulla formulazione letterale dell'art. 2, sempre confrontata con quella dell'art. 18, e precisamente sulla scelta di rinviare all'art. 15 Stat. lav. per definire il licenziamento discriminatorio. Il legislatore avrebbe infatti potuto mantenere la formula utilizzata nella prima stesura della norma (cioè quella contenuta nello schema di decreto legislativo), e quindi limitarsi a parlare genericamente di licenziamento discriminatorio, ma forse, con l'inserimento di un esplicito richiamo dell'art. 15, ha inteso accogliere una delle due sollecitazioni provenienti dalla Commissione Lavoro del Senato che, con il parere dell'11 febbraio 2015 sul predetto schema di decreto, 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 contenuto nell'articolo 15 dello Statuto dei Lavoratori)»¹⁰.

Quello che, comunque, è certo è che la scelta di rinviare alla norma statutaria rileva da un duplice punto di vista, e cioè sia sotto il profilo della definizione stessa del recesso di cui si tratta, sia dal punto di vista dei fattori di discriminazione vietati.

Sotto il primo profilo, va detto che l'art. 15 in realtà non fornisce una definizione precisa di discriminazione, laddove si riferisce, quasi asetticamente, ad atti o patti diretti a licenziare un lavoratore a fini di discriminazione. La norma statutaria sembra cioè presupporre una nozione pre-giuridica, quasi sociologica, di discriminazione, limitandosi a porre l'accento sul profilo teleologico del comportamento. Questo consente, a parere di chi scrive, di non escludere che una più precisa definizione della nozione di licenziamento discriminatorio si possa trarre dalla legislazione antidiscriminatoria¹¹, che invero amplia la nozione *de qua* a tutto vantaggio del lavoratore, nel momento in cui ammette che essa di configuri

⁹ Sia consentito rinviare sul punto a quanto già esposto in E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 94. Nello stesso senso V. BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015, 93.

¹⁰ La seconda sollecitazione riguardava invece l'opportunità di «specificare se esistono casi di nullità sottratti al regime descritto», ma sul punto ci si fermerà in seguito.

¹¹ Sulla stessa lunghezza d'onda sembra O. MAZZOTTA, [I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2012, n. 159, 13, per il quale «La *fattispecie* di riferimento [...] va rinvenuta nelle ormai ampie nozioni di "discriminazione" disseminate nella disciplina speciale».

indipendentemente da uno specifico intento discriminatorio da parte datoriale¹².

Sotto il secondo profilo invece va rilevato come vi siano in effetti alcuni motivi di discriminazione, diversi da quelli elencati nell'art. 15, ma tipizzati da altre normative, che una lettura "pignola" potrebbe tentare di considerare estranei alla disciplina *de qua*. Uno di questi è l'accertata infezione da HIV che, in base all'art. 5, comma 5, della l. 5 giugno 1990, n. 135, «non può costituire motivo di discriminazione, in particolare per l'iscrizione alla scuola, per lo svolgimento di attività sportive, per l'accesso o il mantenimento di posti di lavoro», mentre un ulteriore motivo non espressamente elencato, e che non è certo sia riconducibile al fattore razziale, è quello dell'origine etnica, di cui parlano sia il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, sia il TU sull'immigrazione, il quale nomina altresì il colore, l'ascendenza e l'origine nazionale. Va detto, peraltro, che se si dovesse sposare questa lettura "pignola", i recessi determinati da uno di questi fattori potrebbero comunque considerarsi dovuti ad un motivo illecito, e per essi opererebbe pertanto la medesima tutela, quantomeno in punto di conseguenze sanzionatorie a carico del datore di lavoro per l'illegittimo licenziamento. Diversa rischierebbe di essere però la ricostruzione degli elementi caratterizzanti la fattispecie, posto che nel licenziamento per motivo illecito si richiede che quest'ultimo sia unico e determinante¹³, mentre il requisito di esclusività non appare coesistente al recesso discriminatorio¹⁴.

3. Le ulteriori differenze testuali tra l'art. 18 e l'art. 2: la mancata menzione delle fattispecie tipizzate e l'inserimento dell'avverbio "espressamente"

Ancor più rilevanti appaiono essere le ulteriori differenze testuali fra i due articoli qui posti a confronto. Ed infatti si deve ricordare come l'art. 18, dopo aver fatto riferimento al licenziamento discriminatorio, elenchi in modo

¹² Anche per C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, 2015, 18, «le ipotesi di discriminazione dovute all'*input* comunitario si sono emancipate dal motivo illecito unico e determinante». L'A. tiene peraltro distinte queste ipotesi da quelle che potremmo definire autoctone, come le discriminazioni per ragioni sindacali.

¹³ Respinge, per questo motivo, il ricorso del lavoratore, Trib. Varese 7 gennaio 2014, dando rilievo alla circostanza per cui il licenziamento, pur denunciato come dovuto ad un motivo illecito, risulta connotato da una causale disciplinare.

¹⁴ Anche se si deve riconoscere, come ricorda P. SORDI, *op. cit.*, 254, che la giurisprudenza è costante nel richiedere il carattere di esclusività anche al motivo discriminatorio.

preciso alcune ulteriore ipotesi cui si applica la tutela reintegratoria forte (concomitanza col matrimonio; licenziamento legato a maternità a paternità¹⁵; motivo illecito determinante), concludendo poi con il richiamo al recesso datoriale «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge»¹⁶. L'art. 2, dal canto suo, se la cava invece molto più sbrigativamente, limitandosi a fare riferimento agli «altri casi di nullità», che peraltro devono essere «espressamente previsti dalla legge».

Il legislatore delegato non sembra aver colto, questa volta, i suggerimenti provenienti dalla Commissione Lavoro del Senato che, con il già menzionato parere dell'11 febbraio 2015, aveva rilevato la mancanza di un riferimento espresso alle fattispecie di licenziamento nullo previste dal nostro ordinamento, ed aveva invitato il Governo a «specificare se esistono casi di nullità sottratti al regime descritto»¹⁷. Evidentemente la seconda sollecitazione non è stata compresa appieno, in quanto nella versione definitiva del decreto non c'è, su questo punto, niente di più o di diverso da quanto non ci fosse già nella versione originaria. Il primo comma dell'art. 2, peraltro, utilizza una tecnica *a contrario*, in quanto si propone di indicare (attraverso l'impiego dell'avverbio “espressamente”) quali sono i casi di nullità compresi e non quelli esclusi. Lo fa, inoltre, in modo sicuramente non adeguato, posto che le ipotesi di nullità escluse non vengono certo specificate. Anzi, l'inserimento dell'avverbio espressamente pone tutta una serie di problemi interpretativi, di cui ora subito si dirà.

A questo proposito va subito precisato che almeno una delle questioni esegetiche sollevate dalla nuova formulazione della norma dedicata ai licenziamenti nulli si risolve abbastanza agevolmente. Ed infatti le ipotesi tipizzate di recesso nullo che risultano specificamente menzionate nell'art. 18 Stat. lav., ma che sono invece “scomparse” dall'art. 2, sono ascrivibili alla

¹⁵ Si pronunciano su due casi di licenziamento nullo perché intimato prima del compimento di un anno del figlio della lavoratrice oppure durante il periodo di gravidanza, rispettivamente Trib. Vigevano 27 marzo 2013 e Trib. Varese 21 gennaio 2014, entrambe in appendice a M. BARBIERI, D. DALFINO (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013.

¹⁶ Definita categoria «aperta, se non sfuggente» da M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *ADL*, 2013, n. 4-5, 1244. Secondo P. CHIECO, *La nullità del licenziamento per vizi “funzionali” alla luce dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DLRI*, 2014, n. 142, 332, la norma che prevede la tutela reintegratoria forte per «gli altri casi di nullità previsti dalla legge» funziona da vera e propria disposizione di chiusura di un sistema «che riserva la reintegrazione al licenziamento nullo perché affetto da un vizio funzionale che lo attacca in profondità e irrimediabilmente».

¹⁷ Le parole della Commissione Lavoro rendono evidente come essa ammetta l'esistenza di casi che, pur essendo di nullità, non sono soggetti al regime di cui all'art. 2.

categoria delle c.d. nullità testuali, cui (come si spiegherà meglio tra poco) la nuova clausola di chiusura vuole fare riferimento. Per quanto riguarda il licenziamento «in concomitanza col matrimonio», rileva quanto previsto dall'art. 35 del Codice delle pari opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198), il quale qualifica espressamente come nulli i licenziamenti «attuati a causa di matrimonio» (al comma 2) e presume siano stati disposti «per causa di matrimonio» quelli decisi nel periodo di protezione (al comma 3). L'art. 54 del TU sulla maternità e la paternità, a sua volta, definisce nullo il licenziamento intimato alla lavoratrice nel periodo di protezione (al comma 1), e così pure quello causato dalla domanda o dalla fruizione di congedi legati alla genitorialità (ai commi 6 e 7), anche se si tratta di genitore adottivo o affidatario.

Non sembrano porsi eccessivi problemi neppure per il licenziamento per motivo illecito: la sanzione di nullità è infatti chiaramente affermata nell'art. 1418 c.c., secondo cui il contratto è nullo per illiceità dei motivi *ex art.* 1345 c.c. E queste norme, pur se riferite ai contratti, sono applicabili, nei limiti della compatibilità, agli atti unilaterali (e quindi anche al recesso), secondo quanto previsto dalla “norma ponte” di cui all'art. 1324 c.c.¹⁸. Non sembra pertanto necessaria un'interpretazione flessibile del termine “espressamente”, come pure una parte della dottrina sostiene¹⁹. Analogo ragionamento si può poi fare per il licenziamento in frode alla legge il quale, in base all'art. 1344 c.c., configura un'ipotesi di illiceità della causa, che, *ex art.* 1418 c.c., rende ancora una volta nullo l'atto.

Resta allora da capire se e che cosa sia veramente destinato a cambiare, per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015, in conseguenza dell'inserimento dell'avverbio “espressamente” nell'inciso riferito alla previsione di altri casi di nullità da parte della legge, inciso che è stato giustamente inteso dalla dottrina come una norma di chiusura, in grado di integrare l'elenco delle ipotesi alle quali può applicarsi, nel sistema dell'art. 18. Stat. lav., la tutela più forte,

¹⁸ Che si tratti di un'ipotesi di licenziamento nullo sembra inoltre chiaramente presupposto dal primo comma dell'art. 18 Stat. lav., che fa riferimento alla sentenza con la quale il giudice dichiara la nullità del licenziamento perché dovuto a tutta una serie di violazioni o circostanze, fra cui vi è quella di essere «determinato da un motivo illecito determinante», senza che argomenti a contrario possano trarsi, a parere di chi scrive, dalla poco accorta collocazione di questa locuzione dopo la clausola di chiusura che menziona «gli altri casi di nullità previsti dalla legge».

¹⁹ V. BRINO, *op. cit.*, 93 e 96. Diversamente, e condivisibilmente, per C. MUSELLA, *op. cit.*, 32, la nullità del licenziamento per motivo illecito, essendo sancita dall'art. 1345.c.c., può considerarsi espressamente prevista dalla legge.

estensibile invero «ad altri o a nuovi divieti normativi»²⁰. Ci si chiede cioè se possano considerarsi ricompresi nell'ambito di applicazione dell'art. 2 quei licenziamenti disposti in violazione di una norma imperativa, qualora la norma (pur non prevedendo una sanzione diversa) non espliciti la sanzione di nullità. Va ricordato a questo proposito che secondo la tesi della c.d. nullità virtuale, condivisa dalla dottrina civilistica prevalente, la circostanza che manchi, nella legge, un'espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della possibilità di qualificare come nullo un atto negoziale che sia in conflitto con norme imperative²¹. A questa mancata previsione sopperisce infatti il primo comma dell'art. 1418 c.c., che può essere letto come espressione di un principio generale volto a prevedere e a disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità. La nullità virtuale si contrappone alla già citata nullità testuale, alla quale si riferisce l'ultimo comma dell'art. 1418 c.c., secondo cui «il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge».

Ciò premesso, appare plausibile l'ipotesi secondo cui l'intenzione del legislatore del 2015 sia stata proprio quella di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 2 i casi in cui la nullità del licenziamento è meramente virtuale, e ciò allo scopo di evitare che, anche in futuro, si possa verificare quello che è in effetti accaduto dopo l'entrata in vigore della riforma Fornero, e cioè una sorta di "travaso", realizzato principalmente dalla giurisprudenza, di fattispecie di licenziamento ingiustificato nell'area di quello nullo, travaso evidentemente voluto al fine di espandere l'altrimenti esiguo spazio riservato dalla legge alla tutela più forte²². La competizione fra questo spazio e quello che il nuovo art. 18 mette a disposizione non solo della tutela reintegratoria debole, ma anche della tutela indennitaria forte, ha invero enfatizzato il problema dell'esatta collocazione delle diverse fattispecie di licenziamento illegittimo nell'uno o nell'altro spazio.

²⁰ G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori. Diritto sindacale e rapporti di lavoro*, Giappichelli, 2013, 363, ripreso da F. SCARPELLI, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 285.

²¹ In giurisprudenza, tra le tante sentenze che ammettono la configurabilità delle nullità virtuali del contratto, cfr. App. Bari 23 novembre 2012, n. 1247; Cass. 14 gennaio 2011, n. 813; Cass. 14 dicembre 2010, n. 25222; Cass. 7 marzo 2001, n. 3272.

²² Il problema non si poneva prima del 2012, quando non esisteva la frammentazione di tutele operata dal nuovo art. 18 Stat. lav., ed il licenziamento "semplicemente" privo di giusta causa o giustificato motivo veniva "punito" con il massimo delle sanzioni previste nel sistema a carico del datore di lavoro.

Ed infatti, come pronosticato dalla dottrina²³, da quando è divenuto operativo il nuovo art. 18 Stat. lav. i giudici del lavoro hanno ritenuto di poter “scovare” nel sistema non poche ipotesi di nullità non testuale del licenziamento.

È stato, ad esempio, dichiarato nullo il licenziamento intimato in violazione del divieto di cui all’art. 5 del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, secondo cui non costituisce giustificato motivo di recesso il rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto da tempo pieno a tempo parziale²⁴. In un’altra sentenza²⁵, che evidentemente risolve in modo positivo l’annosa questione dell’applicabilità del nuovo art. 18 al pubblico impiego, il giudice è pervenuto alla dichiarazione di nullità del licenziamento intimato in dispregio di quanto stabilito dall’art. 55-*bis*, comma 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (c.d. TU sul pubblico impiego), il quale attribuisce all’ufficio per i procedimenti disciplinari la competenza ad irrogare le sanzioni disciplinari più gravi, fra cui, appunto, il licenziamento. Il ragionamento del giudice tiene evidentemente conto del fatto che la norma citata (così come tutte le regole in materia disciplinare) è qualificata (dall’art. 55, comma 1, del medesimo testo normativo) come norma imperativa.

²³ P. SORDI, *op. cit.*, 261; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO (a cura di), *op. cit.*, 19. La dottrina ha ovviamente pronosticato anche una «corsa alla discriminazione nel licenziamento in sede processuale, in quanto unica porta di accesso alla tutela reintegratoria piena»: lo ricorda M. BIASI, *op. cit.*, 1242.

²⁴ Trib. Bologna ord. 19 novembre 2012, in *ADL*, 2013, n. 1, II, 145, e in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 271. La sentenza fa peraltro una discreta confusione fra i diversi motivi che rendono nullo il licenziamento, ed in effetti anche P. ICHINO, *Quando il Giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, *ivi*, 274, mette in evidenza le incongruenze del ragionamento del giudice bolognese. Se la soluzione qui praticata fosse corretta, si dovrebbe assimilare a questa ipotesi quella, speculare, della violazione dell’art. 3, comma 9, del d.lgs. n. 61/2000, sul recesso intimato al *part-timer* che si rifiuti di concordare clausole elastiche o flessibili. Ma una parte della dottrina contesta questo assunto, ritenendo che in questi casi si tratti in realtà di un licenziamento meramente ingiustificato: così M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 114. A favore della soluzione prescelta dal Tribunale di Bologna si pronuncia invece F. SCARPELLI, *op. cit.*, 285, che pure la definisce «ridondante sul piano qualificatorio, nel momento in cui afferma la sussistenza tanto del motivo illecito quanto del carattere ritorsivo e discriminatorio». Per l’A. da ultimo citato l’art. 5 del d.lgs. n. 61/2000 pone un divieto secco di licenziamento, diversamente da quanto fa, invece, l’art. 2112 c.c. a proposito del trasferimento d’azienda.

²⁵ Si tratta di Trib. Bari 10 gennaio 2013, secondo quanto riferisce P. CHIECO, *op. cit.*, 333.

Un'altra pretesa ipotesi di nullità virtuale del licenziamento è poi quella individuata dai giudici del lavoro di Torino²⁶, che hanno dichiarato nullo il recesso disposto in violazione dell'art. 24, comma 4, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (noto come decreto salva Italia, convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214), che prevede il diritto del lavoratore di proseguire l'attività lavorativa fino al raggiungimento dei requisiti per la pensione di vecchiaia e sancisce l'applicazione, nei confronti dei lavoratori che abbiano continuato a lavorare fino al «limite massimo di flessibilità», delle «disposizioni di cui all'art. 18 della legge 20 maggio 1979, n. 300»²⁷.

Ma anche la dottrina si è sforzata di dare un valore precettivo concreto alla clausola di chiusura di cui al primo comma dell'art. 18. Ad esempio, è stato annoverato tra i casi di nullità virtuale quello del licenziamento intimato in contrasto con l'art. 4, primo comma, della l. 12 giugno 1990, n. 146, il quale esclude che le violazioni commesse dai lavoratori in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali possano essere perseguite, a livello disciplinare, con sanzioni di tipo estintivo²⁸.

Secondo altri autori poi potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione dei primi tre commi dell'art. 18, proprio attraverso l'inciso che fa riferimento agli «altri casi», ulteriori ipotesi desumibili dalla Costituzione, nelle quali risultino cioè violati beni o valori di rilevanza costituzionale²⁹. Questa prospettiva è

²⁶ Trib. Torino 29 marzo 2013, confermata da App. Torino 24 ottobre 2013. In quest'ultima sentenza si ribadisce che l'art. 24 vieta il licenziamento *ad nutum*, il quale, se intimato, è sicuramente affetto da nullità e dunque rientra nei casi di cui al primo comma dell'art. 18.

²⁷ Anche Trib. Roma ord. 24 febbraio 2014 applica l'art. 18 Stat. lav., prima parte, in un caso di licenziamento intimato in violazione del citato art. 24, senza però arrivare a qualificare esplicitamente come nullo l'atto di recesso. In argomento cfr. V. FERRANTE, *Licenziamento dell'ultrasessantenne in possesso dei requisiti per la pensione (art. 24, co. 4 d.l. 201/2011): lex minus dixit quam voluit?*, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 221. Più in generale, sulla tematica del rapporto tra età e licenziamento, dopo la riforma Fornero del 2011, cfr. G. CANAVESI, *Età pensionabile, prosecuzione del rapporto fino a settant'anni e licenziamento nella riforma pensionistica del 2011*, in *DRI*, 2013, n. 3, 678.

²⁸ In questo senso M. TREMOLADA, *op. cit.*, 114. Per l'A. si tratta veramente di un caso di nullità in quanto «tale norma non incide semplicemente sul presupposto di legittimità dell'esercizio del potere di recesso, presupposto cui va ricondotto il requisito della giustificazione, bensì pone un vero e proprio divieto di tale esercizio, la cui violazione determina l'illiceità del negozio». Anche P. SORDI, *op. cit.*, 264, considera l'ipotesi *de qua* un caso di licenziamento nullo, al quale affianca quelli desumibili da «quelle disposizioni di legge che escludono espressamente che determinate circostanze possano costituire motivo di licenziamento».

²⁹ L'impostazione sembra condivisa da F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, n. 6,

stata ripresa da chi ha messo in luce come «molte fattispecie concrete che in passato venivano qualificate in termini di ingiustificatezza del licenziamento [...] potrebbero oggi essere valutate anche sotto il profilo della conformità della condotta datoriale a principi generali dell'ordinamento desunti da norme costituzionali o sovranazionali e dunque affette da nullità»³⁰. Questa dottrina peraltro, pur indicando questa ipotetica linea di lettura, conclude in realtà nel senso di ritenere coerente con l'impostazione fatta propria dal legislatore del 2012 quella che riconosce l'applicabilità dei primi commi dell'art. 18 «ai soli casi in cui norme direttamente riferibili al licenziamento ne prevedano espressamente, nel caso specifico, la nullità o comunque l'assoluta inefficacia». Ed invero, essendo testuali le ipotesi di nullità del licenziamento elencate nel primo comma della norma statutaria, analoga caratteristica dovrebbero possedere gli ulteriori casi cui fa riferimento la clausola di chiusura.

Se dunque è vero che l'opinione dottrinale da ultimo ricordata ha acutamente percorso i tempi, anticipando la soluzione fatta propria in un secondo momento dall'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, restano i tentativi di ampliamento della categoria del licenziamento nullo operati dalla giurisprudenza³¹. Alle ipotesi sopra ricordate si potrebbe peraltro aggiungere quella, molto discussa in dottrina ed in giurisprudenza, del licenziamento intimato per malattia, prima dell'effettivo superamento del periodo di comporta. Anche di recente la Cassazione, sul presupposto del carattere imperativo dell'art. 2110 c.c., l'ha

546, e da C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, n. 3, 566.

³⁰ P. SORDI, *op. cit.*, 262. Fra le ipotesi non testuali di licenziamento nullo che l'A. suggerisce vi è quella del recesso deciso per le critiche espresse dal lavoratore nei confronti del datore, pur non trasmodanti in ingiurie o diffamazioni: in questo caso la nullità del recesso deriverebbe dalla violazione del diritto, costituzionalmente garantito, alla libera manifestazione del pensiero. E tra gli altri diritti o principi costituzionali che potrebbero essere facilmente violati in occasione di licenziamenti intimati per pretesa giusta causa Sordi annovera il diritto di difesa in giudizio e la presunzione di innocenza dell'imputato.

³¹ Analogo atteggiamento ha mostrato la giurisprudenza con riferimento alla nozione di licenziamento discriminatorio. A dimostrazione del fatto che nei due anni e mezzo dall'entrata in vigore della riforma Fornero alcuni giudici hanno effettivamente cercato di forzare il dato normativo per far rientrare nella tutela reintegratoria forte ipotesi che, a rigore, non vi entrerebbero, può leggersi, ad esempio, Trib. Bologna 15 aprile 2014, che arriva a qualificare come discriminatorio il licenziamento intimato ad una lavoratrice disabile la cui malattia aveva superato il periodo di comporta, ponendo l'accento sulla circostanza per cui il datore di lavoro non aveva avvertito la lavoratrice dell'imminente scadenza del periodo di irrecedibilità.

annoverata fra i casi di nullità, aprendo le porte all'applicazione della tutela reintegratoria rafforzata anche in questo caso³².

Di fronte ad un simile scenario si rafforza dunque, come si diceva, l'impressione di un netto ripudio della teoria della nullità virtuale in materia di licenziamenti ad opera dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015³³. Le "fughe in avanti" di alcuni giudici del lavoro (e di una parte della dottrina) sarebbero state considerate invero in contrasto con la *ratio* complessiva della riforma Fornero, volta a circoscrivere la tutela reintegratoria forte a ipotesi residuali, ipotesi che risulterebbero ancor più meritevoli di essere arginate nel contesto dell'ultimo intervento legislativo, ancor più sbilanciato a favore di un'idea di marginalizzazione di questo tipo di tutela. Ne deriva un'ulteriore restrizione,

³² Si tratta di Cass. 18 novembre 2014, n. 24525, per la quale il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto, ma anteriormente alla scadenza di questo, è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110 c.c., e non già temporaneamente inefficace. La sentenza peraltro, essendo riferita ad una vicenda svoltasi nel 2009, ha ritenuto applicabile la tutela reale di diritto comune. Nello stesso senso si era espressa Cass. 21 settembre 1991, n. 9869, distinguendo correttamente l'ipotesi *de qua* da quella in cui si verifici (prima o durante il comporto) un giustificato motivo a norma dell'art. 3 della l. n. 604/1966, ovvero una delle situazioni previste dalla disciplina sui licenziamenti collettivi. Conforme è Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031. Anche la recente Cass. 28 gennaio 2014, n. 1777, afferma che il licenziamento per giustificato motivo vede sospesa la sua efficacia se intimato durante la malattia. Della questione si occupa tuttavia diffusamente C. CESTER, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in questo volume.

³³ Fra gli AA. che già si sono pronunciati sulla questione c'è però anche chi svaluta il significato dell'avverbio "espressamente". Sostiene, ad esempio, che l'utilizzo di tale avverbio non autorizza ad affermare che la sanzione prevista dall'art. 2 sia applicabile solo nei casi in cui la legge sancisce in modo specifico la nullità del licenziamento M. MARAZZA, [Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act \(un commento provvisorio, dallo schema al decreto](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 236, 4. L'A. fa leva a tal fine sulle conseguenze, a suo dire inaccettabili, che ne deriverebbero in termini di tutele applicabili ai lavoratori dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, a seconda della loro appartenenza alla categoria impiegatizia o dirigenziale, ad esempio in caso di licenziamento ritorsivo. Anche S. GIUBBONI, *op. cit.*, 7, si schiera a favore di una lettura che non enfatizza troppo le suggestioni letterali dell'art. 2, preferendo porre l'accento sul valore della coerenza del sistema, nel quale opera, appunto anche in riferimento all'art. 2, «il principio generale che ricollega la conseguenza della nullità alla violazione di ogni norma imperativa dell'ordinamento civilistico». Attraverso questa via l'A. da ultimo citato giunge peraltro a ipotizzare l'invocabilità della tutela più forte anche per il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 c.c., di cui nel nuovo testo normativo non vi è alcuna menzione. Più cautamente si esprimono invece sul punto F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in G. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, 121, ed E. BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *LG*, 2015, n. 2, 125, secondo il quale il nuovo inciso metterebbe «non poco in crisi i casi di nullità virtuale».

rispetto al regime in vigore per i lavoratori assunti sino a marzo 2015, della tutela reale forte, almeno dal punto di vista di chi aveva mostrato di preferire una lettura non troppo rigida dell'inciso contenuto nell'art. 18³⁴.

Né sembra che contro questa interpretazione possa farsi valere un argomento legato a quanto previsto nella legge delega, ove si individuano molto genericamente nei «licenziamenti nulli e discriminatori» (oltre che in «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato») le fattispecie cui riservare la tutela di tipo reintegratorio³⁵. A chi volesse obiettare che nulli sono senz'altro anche quei licenziamenti che sono solo virtualmente tali si potrebbe infatti ribattere che il legislatore delegato disponeva senz'altro di margini di manovra tali da poter individuare, all'interno dell'ampia categoria, alcune fattispecie soltanto, accogliendo consapevolmente una nozione di nullità più restrittiva di quella fatta propria, secondo l'opinione assolutamente prevalente, dall'art. 1418 c.c.³⁶.

La soluzione cui si è così pervenuti, per quanto “sgradevole” per il difetto di omogeneità con quella di cui all'art. 18, non sembra dunque evitabile³⁷. Essa risulta però criticabile anche per un'altra ragione. Se infatti ci si chiede a quale regime saranno assoggettati i licenziamenti affetti da nullità solo virtuale, si deve concludere nel senso che, trattandosi comunque di ipotesi di nullità, non comprese però nell'ambito di applicazione dell'art. 2, per esse opererà il

³⁴ Fra questi AA. si può annoverare P. CHIECO, *op. cit.*, 334, per il quale «risulterebbe oltremodo irragionevole una soluzione interpretativa del c. 1 dell'art. 18 che escludesse dal suo ambito di applicazione (relegandole alle ordinarie conseguenze sanzionatorie codicistiche) le nullità virtuali in quanto esse – non meno delle nullità testuali – conseguono alla violazione di disposizioni poste alla salvaguardia di beni e di interessi di primaria importanza per l'ordinamento – tanto da consentirne la qualificazione quali norme imperative (di ordine pubblico e di buon costume) – e sono perciò destinate a intercettare e sanzionare licenziamenti concretamente preordinati al perseguimento di interessi o di scopi vietati dall'ordinamento».

³⁵ Un dubbio di conformità rispetto alla legge delega solleva invece L. DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2015, n. 250, 10.

³⁶ Di diversa opinione sembra tuttavia C. MUSELLA, *op. cit.*, 28, secondo la quale nella l. n. 183/2014 non vi sarebbe alcuna delega a modificare il regime dei licenziamenti discriminatori e nulli.

³⁷ *Contra* però M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *ADL*, 2015, n. 2, 394 ss., il quale fa leva, da un lato, sul fatto che l'art. 1418 c.c. prevede espressamente la sanzione della nullità degli atti contrari a norme imperative, dall'altro, sulla considerazione per cui la nullità costituisce la massima sanzione civile per un uso dell'autonomia privata difforme da quanto previsto da norme imperative, per cui sarebbe irrazionale negarne l'impiego solo per il fatto che essa è prevista da una disposizione «a contenuto generico e generale», qual è il primo comma dell'art. 1418.

regime della nullità di diritto comune³⁸, con il che sfuma l'illusione di una disciplina onnicomprensiva del licenziamento nullo, che la riforma Fornero aveva alimentato³⁹. Come è stato infatti evidenziato, il nuovo testo dell'art. 18 Stat. lav., quale risultante dalle modifiche del 2012, aveva codificato la tendenza espansiva della tutela reale statutaria⁴⁰, consentendo di riportare sotto il medesimo regime sanzionatorio fattispecie che, in precedenza, solo faticosamente una parte della dottrina e della giurisprudenza avevano tentato di sottrarre alle regole del diritto comune. E sulla stessa scia avrebbe potuto e dovuto ragionevolmente porsi il d.lgs. n. 23/2015.

Oltre a ciò, non sembra neppure che in tal modo si riesca ad ottenere un risultato conforme alle aspettative del legislatore delegato, perché se l'obiettivo era, come si è visto, quello di contrastare l'espansione dell'ambito di applicazione della tutela reintegratoria forte, a vantaggio di quello in cui si applicano tutele meno incisive, all'ulteriore scopo di alleggerire il rischio sanzionatorio del datore di lavoro, esso viene evidentemente mancato. Anche la tutela reale di diritto comune garantisce infatti al lavoratore la reintegrazione nel posto di lavoro e il pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali perduti nel periodo di ingiusta estromissione dall'azienda⁴¹.

³⁸ In questo senso anche L. DE ANGELIS, *op. cit.*, 10; A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 2015.

³⁹ Anche P. CHIECO, *op. cit.*, 331, riconosce al nuovo art. 18 il «pregio di aver ricondotto tutte le fattispecie di licenziamento nullo allo stesso speciale regime sanzionatorio», togliendo ogni residuo spazio agli effetti sanzionatori ordinari di diritto comune. Molto critica sulla «forzata contaminazione legislativa – all'insegna della *unicità* della sanzione – tra nuclei normativi del tutto irriducibili» si dichiara invece P. BELLOCCHI, *op. cit.*, 831.

⁴⁰ Sia consentito rinviare a E. PASQUALETTO, *op. cit.*, 83.

⁴¹ E proprio la circostanza che la tutela reale di diritto comune contempra la restituzione al lavoratore del posto di lavoro perduto fa dire alla dottrina che non vi sono, da questo punto di vista, problemi di eccesso di delega, in quanto, se la l. n. 183/2014 prevedeva che dovesse essere riconosciuta la tutela reintegratoria nei casi di licenziamenti nulli, quella garantita dal diritto civile dei contratti risulta pur sempre una forma di reintegrazione, sia pure in «un'accezione fattuale e non tecnica nel peculiare senso dell'art. 18»: così, ancora una volta, L. DE ANGELIS, *op. cit.*, 10.

4. Le altre differenze tra il primo comma dell'art. 18 e il primo comma dell'art. 2

Nel primo comma dell'art. 2 manca l'espressa estensione di questa norma ai dirigenti, ai quali invece risultano *expressis verbis* applicabili i primi tre commi dell'art. 18. I dirigenti, peraltro, risultano esclusi in modo ampio dalla nuova disciplina, posto che il primo comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 23/2015 si proclama applicabile solamente 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 decreto medesimo. Non ne può che conseguire la perdurante operatività, per la categoria di lavoratori *de qua*, della disciplina previgente, e quindi dei primi commi dell'art. 18 Stat. lav. in caso di licenziamento a vario titolo qualificabile come nullo⁴².

L'art. 2 mantiene invece il riferimento al licenziamento inefficace perché orale. La legge impiega dunque ancora la formula dell'inefficacia, che scompare invece con riferimento agli altri vizi formali e procedurali. E, secondo una parte della dottrina, questa scelta porrebbe dei problemi di incostituzionalità per eccesso di delega, posto che la l. n. 183/2104 aveva previsto che la tutela reintegratoria potesse essere riconosciuta solo per i licenziamenti nulli e discriminatori⁴³. Si può tuttavia facilmente superare questo dubbio mettendo in evidenza l'improprietà del linguaggio legislativo, laddove qualifica come inefficace il licenziamento privo di forma scritta, e dunque privo di un suo elemento essenziale. Tale mancanza impedisce infatti al negozio di produrre non solo alcuni dei suoi effetti normali, bensì tutti gli effetti che gli sarebbero propri⁴⁴. L'inefficacia *de qua*, in altre parole, si traduce in una sostanziale nullità, o inefficacia in senso ampio. Il

⁴² Ma sulla questione sia consentito rinviare al contributo di M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in quest'opera.

⁴³ In questo senso G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in [Giustizia Civile.com](http://GiustiziaCivile.com), 24 aprile 2015, 11.

⁴⁴ Anche la giurisprudenza successiva alla riforma Fornero si è mantenuta nel solco del consolidato orientamento secondo il quale, nel caso in cui il lavoratore deduca 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 questo senso Trib. Varese 20 febbraio 2013; Trib. Milano 30 aprile 2014; Trib. Milano 7 maggio 2014. E secondo la dottrina non vi è motivo perché, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, questi approdi giurisprudenziali debbano essere rivisti: così L. DE ANGELIS, *op. cit.*, 11.

licenziamento orale, pertanto, è stato correttamente affiancato al licenziamento nullo, sia nel contesto della riforma Fornero, sia nel contesto del più recente intervento normativo, anche se forse, a questo punto, non sarebbe stato sbagliato risolvere in radice ogni dubbio qualificatorio e parlare, molto semplicemente, di nullità. Un intervento di questo tipo avrebbe dovuto, ovviamente, coinvolgere anche l'art. 2, comma 3, della l. n. 604/1966, che usa invece la formula dell'inefficacia, e che è il probabile responsabile dell'effetto di trascinamento prodottosi sull'art. 18 Stat. lav. e sull'art. 2 qui in commento. Un'ulteriore differenza riguarda la disciplina della modalità di calcolo del risarcimento dovuto al lavoratore che abbia ottenuto dal giudice una pronuncia dichiarativa della nullità o dell'inefficacia del licenziamento. L'indennità che è dovuta al prestatore licenziato viene infatti commisurata non più all'ultima retribuzione globale di fatto, bensì all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR⁴⁵. Per il resto il decreto conferma in pieno l'apparato della c.d. tutela reintegratoria piena, e quindi le innovazioni introdotte dalla l. n. 92/2012 sul meccanismo della tutela reale di cui al testo precedente dell'art. 18 Stat. lav., come l'impossibilità di dedurre dal risarcimento del danno l'*aliunde percipiendum*⁴⁶, l'estinzione del rapporto al momento della richiesta di pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegrazione e la precisazione sul termine da cui decorrono i 30 giorni per la richiesta della predetta indennità.

5. Il licenziamento legato alla disabilità del lavoratore

Nella versione definitiva del decreto il legislatore, con una disposizione collocata nel quarto comma dell'art. 2, assimila, dal punto di vista delle tutele, ai casi di licenziamento nullo le ipotesi «in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della l. n. 68/1999».

Lo spostamento di queste fattispecie nell'area ove opera la tutela più forte – spostamento apprezzabile sia rispetto a quanto originariamente previsto nello schema di decreto⁴⁷, sia rispetto all'art. 18 Stat. lav. – desta più di una

⁴⁵ Della questione di occuperà tuttavia M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in quest'opera.

⁴⁶ Come si desume dal confronto con quanto previsto dal comma 4 dell'art. 18 Stat. lav. e, oggi, dal comma 2 dell'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015.

⁴⁷ Esso aveva infatti collocato queste ipotesi nell'art. 3, relativo alla tutela reintegratoria attenuata.

perplessità⁴⁸. Colpisce, in particolare, l'esplicita scelta di campo operata dal legislatore del 2015 a confronto con quella compiuta nel 2102. L'art. 18 invero contempla queste fattispecie al comma 7, laddove definisce come afflitto da un difetto di giustificazione⁴⁹ il licenziamento intimato, «anche ai sensi degli artt. 4, comma 4 e 10, comma 3, della l. 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore», prevedendo per esso l'applicazione della tutela reale attenuata.

La ragione ultima di una simile operazione appare peraltro evidente. La Commissione Lavoro del Senato, nel suo parere sullo schema di decreto, aveva infatti dichiarato di ritenere «opportuno che la disposizione attualmente collocata nel comma 3 dell'articolo 3, in materia di licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, *costituente richiamo del relativo divieto di discriminazione*» (corsivo dell'A.), venisse collocata «*ratione materiae* nel contesto dell'articolo 2, dedicato appunto ai casi di nullità del licenziamento e in particolare di quello di carattere discriminatorio». È chiara dunque la logica sottostante lo spostamento: per la Commissione Lavoro (e poi per il legislatore) il recesso legato all'inidoneità, sia fisica che psichica, del lavoratore è un licenziamento discriminatorio, posto che la disabilità rientra fra i motivi di differenziazione espressamente vietati al datore di lavoro dall'art. 15 Stat. lav. e, più in generale, dalla normativa antidiscriminatoria.

L'assimilazione delle fattispecie qui in esame alle discriminazioni perseguite dalla legge appare peraltro palpabile anche dal cambio di terminologia: l'art. 2 parla invero di disabilità e non più di inidoneità del lavoratore, utilizzando quindi un lessico più vicino a quello del diritto antidiscriminatorio, che pure in alcuni casi preferisce impiegare un sostantivo ancora diverso, e cioè quello di handicap⁵⁰. Scompare, coerentemente, il riferimento al motivo oggettivo,

⁴⁸ Condivide la scelta di spostare le fattispecie *de quibus* nell'area di applicazione della reintegrazione di primo livello S. GIUBBONI, *op. cit.*, 8. Secondo C. MUSELLA, *op. cit.*, 26, il richiamo al licenziamento del disabile nel contesto dell'art. 2 appare in verità superfluo, tenuto conto di quanto stabilito dalle direttive antidiscriminatorie e considerato l'importante sistema di tutele previsto per i disabili anche a livello di convenzioni internazionali.

⁴⁹ Secondo P. SORDI, *op. cit.*, 296, la norma parla di difetto di giustificazione per chiarire che la tutela prevista si applica non solo quando manca del tutto la condizione di inidoneità psico-fisica, ma anche quando manca una delle circostanze di fatto che, secondo la legge, devono sussistere affinché il licenziamento possa avvenire, ad esempio perché non si è valutata la possibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni.

⁵⁰ Così sia l'art. 15 Stat. lav., sia il d.lgs. n. 216/2003. Ma la fungibilità delle due espressioni di "handicap" e di "disabilità" è resa palese dall'impiego che ne fa la direttiva comunitaria 2000/78/CE del 27 novembre 2000, che il d.lgs. n. 216/2003 ha trasposto nel nostro ordinamento. Parla specificamente di disabilità la l. n. 67/2006, contenente misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni. Quest'ultima tuttavia

laddove è noto che l'opinione prevalente, in dottrina ed in giurisprudenza⁵¹, è sempre stata quella per cui il licenziamento dovuto alla sopravvenuta condizione di inidoneità alle mansioni rientra fra quelli consentiti dall'art. 3 della l. n. 604/1966, ove questo si riferisce a ragioni incidenti sul regolare funzionamento dell'organizzazione. La coerenza del dettato normativo non è però cristallina, posto che nel testo del quarto comma in esame si continua a parlare di un "difetto di giustificazione", il che potrebbe indurre a pensare che ci si trova qui di fronte ad un'ipotesi "ibrida", nella quale al difetto di giustificazione si affianca il trattamento ingiustamente differenziato, con la conseguenza che la discriminazione finisce per assorbire l'ingiustificatezza⁵².

Per cercare allora di restituire un minimo di razionalità alla scelta di assimilare i licenziamenti di cui al quarto comma dell'art. 2 ai recessi nulli e/o discriminatori è necessario forse smembrare la disposizione stessa, ed immaginare che essa intenda, sia pur con una qualche forzatura, fare riferimento a due diversi tipi di situazioni.

Da un lato, come rivela l'impiego della congiunzione "anche"⁵³, sono considerate le ipotesi in cui, a prescindere dal mancato rispetto delle disposizioni della l. n. 68/1999 subito dopo menzionate, si può ritenere che il recesso sia dovuto ad un ben preciso motivo, e cioè alla disabilità fisica o psichica del lavoratore. È ipotizzabile il caso in cui un lavoratore disabile, assunto al di fuori del sistema del collocamento obbligatorio, venga improvvisamente licenziato senza che si sia verificato alcun aggravamento

definisce disabili le persone che si trovano nelle condizioni descritte dall'art. 3 della l. n. 104/1992.

⁵¹ In questo senso, di recente, Trib. Parma 4 febbraio 2015.

⁵² Già qualche anno fa la dottrina aveva messo in evidenza la contiguità, in questo ambito, tra giustificazione e mancanza di discriminatorietà del licenziamento intimato nel rispetto della l. n. 68/1999: così S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *D&L*, 2008, n. 2, 442, il quale, dopo aver rilevato la «sostanziale coerenza e consonanza di impostazione tra la speciale disciplina di cui alla l. n. 68/99 e quanto prescritto dalle norme comunitarie», ne aveva dedotto che «un licenziamento che sia giustificato alla luce degli artt. 4 e 10 della legge potrà dirsi, perciò stesso, anche non discriminatorio».

⁵³ Secondo M. MARAZZA, *op. cit.*, 21, nel contesto dello schema di decreto l'impiego della congiunzione "anche" forniva, assieme ad altri, un argomento a favore della tesi che estende la tutela reintegratoria forte al licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 c.c., posto che anche la malattia può essere considerata un'ipotesi di, pur temporanea, inidoneità fisica o psichica. Contrario a questa prospettiva si dichiara invece M. DE LUCA, [Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 251, 15.

della sua condizione o una modificazione dell'organizzazione di lavoro, ed egli riesca (pur difficoltosamente) a dimostrare che è stata la sua condizione fisica o psichica a determinare la decisione aziendale. Si pensi ancora al c.d. licenziamento "per eccedenza"⁵⁴, e cioè al recesso disposto dal datore di lavoro nei confronti del prestatore assunto per dovere di legge e successivamente risultato eccedente rispetto alla quota d'obbligo. Queste costituiscono, evidentemente, le ipotesi meno problematiche, in quanto sono pianamente qualificabili come forme di discriminazione, e quindi per esse la previsione dell'applicazione della tutela reintegratoria forte non crea alcuno "sconquasso" sistematico. Non sembra potersi far rientrare invece tra queste ipotesi quella disciplinata dal comma 4 dell'art. 10 della l. n. 68/1999 (che non per niente non è stata menzionata dal quarto comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015), che prevede l'annullabilità del licenziamento per riduzione di personale o per giustificato motivo oggettivo disposto nei confronti del lavoratore occupato obbligatoriamente qualora, nel momento della cessazione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente risulti essere inferiore alla quota di riserva prevista all'art. 3 della l. n. 68/1999. In questo caso infatti non è la disabilità la ragione del licenziamento: si tratta, anzi, di un recesso in sé giustificato alla luce delle regole generali in materia di causali del licenziamento, che viene tuttavia vietato (e definito annullabile) per motivi diversi, e cioè per lo squilibrio che esso determina nel sistema delle percentuali d'obbligo⁵⁵.

Dall'altro lato vi sono le ipotesi in cui siano stati violati gli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge sulle assunzioni dei disabili⁵⁶. Si tratta cioè di casi in cui il datore di lavoro licenzia o per sopravvenuta inidoneità del prestatore alle mansioni assegnate (inidoneità non necessariamente dovuta ad un evento in qualche modo riferibile all'attività svolta in azienda)⁵⁷, oppure per

⁵⁴ Ne parla S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, cit., 446.

⁵⁵ Per A. MARESCA, *Rapporto di lavoro dei disabili e assetto dell'impresa*, in *ADL*, 1999, n. 3, 694, il nesso tra l'illegittimità del licenziamento e la scoperta della quota d'obbligo è meramente oggettivo, nel senso che basta a compromettere la validità del recesso la mera carenza di disabili occupati (rispetto alla quota di riserva) che si riscontri al momento del licenziamento.

⁵⁶ Sull'interpretazione di queste due disposizioni, e più in generale sui limiti al potere datoriale di licenziamento in caso di sopravvenuta inidoneità alla "mansione specifica", cfr. S. GIUBBONI, *Sopravenuta inidoneità alla mansione e licenziamento. Note per una interpretazione "adeguatrice"*, in *RIDL*, 2012, n. 2, I, 289 ss.

⁵⁷ Dall'art. 4, comma 4, della l. n. 68/1999 si desume infatti che è consentito licenziare «i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia», ma solo se essi non possono essere adibiti a mansioni equivalenti o

aggravamento di una condizione di disabilità preesistente, aggravamento considerato incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa⁵⁸. Nella prima ipotesi destinatario del provvedimento di licenziamento è dunque un lavoratore originariamente "abile", divenuto in seguito inidoneo alle mansioni, mentre nella seconda si tratta di un prestatore già appartenente ad una delle categorie dei disabili di cui alla legge sul collocamento mirato. In entrambi i casi, comunque, il datore di lavoro motiva esplicitamente la sua decisione con la disabilità/inidoneità del lavoratore (ovviamente considerata per il suo impatto con l'organizzazione aziendale). La valutazione datoriale risulta tuttavia errata, e ciò in quanto non esistono tutte le condizioni richieste dalla legge perché il licenziamento possa essere legittimamente disposto⁵⁹. Il datore finisce così effettivamente per trattare diversamente, e quindi (almeno nella logica del legislatore del 2015) per discriminare un lavoratore o a causa di una presunta (ma inesistente) disabilità, oppure a causa di una disabilità effettivamente esistente, ma non caratterizzata in modo tale da giustificare il recesso.

Questo tentativo di interpretazione del ragionamento sotteso alla formula normativa appare, da un altro punto di vista, inevitabile, in quanto consente di superare il problema relativo ad un eventuale eccesso di delega, posto che, come si è già rilevato, la l. n. 183/2014 ammette che la tutela reintegratoria operi solo per i licenziamenti discriminatori o nulli (oltre che per specifiche

inferiori. Sulla stessa linea si colloca l'art. 42 del TU sulla tutela della salute nei luoghi di lavoro (d.lgs. n. 81/2008).

⁵⁸ L'incompatibilità di cui parla il comma 3 dell'art. 10 della l. n. 68/1999 può derivare anche da significative variazioni dell'organizzazione del lavoro. In questi due casi, peraltro, la procedura che consente al datore di arrivare al recesso è assai complessa, in quanto in prima battuta è necessario tentare di risolvere la predetta situazione di incompatibilità, ad esempio attuando degli adattamenti dell'organizzazione del lavoro, in vista dei quali il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro e può essere impiegato in tirocini formativi. Il rapporto può poi essere risolto, ma solo se un'apposita Commissione, dopo aver accertato la situazione di incompatibilità, giunga alla conclusione per cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione, risulta impossibile reinserire il disabile all'interno dell'azienda.

⁵⁹ Ad esempio perché non si è tentato in modo adeguato il *repêchage* del lavoratore. Nell'ipotesi disciplinata dall'art. 10, comma 3, peraltro, la adozione di un provvedimento di licenziamento illegittimo dovrebbe ridursi ad un'eventualità marginale, posto che la legge rimanda ad una Commissione di esperti il compito di accertare sia lo stato di salute del disabile e la compatibilità di esso con le mansioni affidategli, sia la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda, finendo per sottrarre la valutazione che conduce al recesso «agli eventuali arbitri ed alle possibili manipolazioni del datore di lavoro»: così G. FERRARO, *Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali*, in C. LA MACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, 2009, 340.

fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato), non invece per quelli per ragioni *lato sensu* economiche. Per le fattispecie in un certo senso “tipizzate” dal quarto comma dell’art. 2 l’assimilazione al licenziamento discriminatorio diventa, in altre parole, imprescindibile⁶⁰.

Restano però alcuni dubbi sulla coerenza “di sistema” di questa operazione normativa.

Il primo riguarda il fatto che, in questo modo, i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 potranno contare, in caso di licenziamento illegittimo legato alla loro condizione di (in)capacità psico-fisica, su di una tutela più pregnante di quella garantita ai lavoratori già in forze prima della predetta data, e ciò in evidente controtendenza con lo spirito complessivo della riforma, diretta ad agevolare la c.d. flessibilità in uscita. È come se il legislatore facesse qui un *mea culpa*, riconoscendo di avere sbagliato in precedenza, nel definire come meramente ingiustificato il licenziamento legato alla disabilità, ma senza rinunciare del tutto a questa prospettiva, come rivela la circostanza per cui il quarto comma dell’art. 4 continua a riferirsi ad un difetto di giustificazione.

Ma il dubbio più corposo è un altro. Si può dire tranquillamente che le fattispecie di licenziamento richiamate dal quarto comma attraverso il duplice rinvio alla l. n. 68/1999 coincidano veramente con casi di licenziamento discriminatorio per il fattore “disabilità”?

Per poter dare una risposta positiva a questo interrogativo è, in primo luogo, necessario accogliere un’interpretazione ampia del concetto stesso di disabilità, comprensivo di qualunque forma di non idoneità alle mansioni assegnate al prestatore, come in effetti propone di fare una parte della dottrina⁶¹. E una simile lettura deve coinvolgere sia l’espressione disabilità impiegata dal quarto comma dell’art. 2, sia l’espressione handicap rinvenibile nell’art. 15 Stat. lav., nel d.lgs. n. 216/2003 e nella direttiva 2000/78/CE, normativa quest’ultima alla quale, in effetti, la disciplina interna ha dato

⁶⁰ In alternativa, sempre per evitare l’eccesso di delega, sarebbe necessario ricondurre le ipotesi *de quibus* a fattispecie di licenziamento nullo. Ma se si accetta la ricostruzione proposta nei paragrafi precedenti, secondo cui i casi di nullità solo virtuale del licenziamento non sono ricompresi nell’ambito di applicazione dell’art. 2, questa prospettiva appare impraticabile, posto che nessuna delle norme contenute nella l. n. 68/1999 prevede espressamente la sanzione di nullità per il recesso legato alla disabilità.

⁶¹ Secondo F. SCARPELLI, [Un primo commento alla nuova disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato: cambia profondamente il quadro delle tutele](#), in [Newsletter di Wikilabour](#), 20 febbraio 2015, l’espressione “disabilità” non può essere intesa in senso tecnico, e cioè come la condizione di disabilità disciplinata dall’art. 1 della l. n. 68/1999, accertata da apposite Commissioni, ma nel senso generico di inabilità, sopravvenuta non abilità allo svolgimento delle mansioni.

attuazione e che, come si visto, considera l'handicap sinonimo di disabilità⁶². Si tratta, per la verità, per quanto riguarda le norme di diritto antidiscriminatorio, di un'operazione non troppo difficile, posto che, come ha riconosciuto la Corte di giustizia, se è vero che la nozione di handicap non è definita nella stessa direttiva 2000/78/CE, essa, alla luce della Convenzione dell'Onu sui diritti delle persone con disabilità⁶³, deve essere intesa in senso assai lato, essendo riferita ad una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori⁶⁴.

Superato anche questo scoglio, resta da stigmatizzare l'improprietà della formula usata dalla legge, laddove mette assieme il motivo consistente nella disabilità ed il difetto di giustificazione, dando giustamente argomenti a sostegno di chi ritiene che, quanto meno con riferimento alle ipotesi di

⁶² Anche S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, cit., 441, ammette la sostanziale fungibilità fra i due termini nel contesto della normativa antidiscriminatoria e della normativa sul collocamento obbligatorio.

⁶³ Ratificata dall'Italia con l. n. 18/2009 ed approvata, a nome della Comunità europea, con la decisione del Consiglio 2010/48/CE del 26 novembre 2009, la quale nel preambolo riconosce che «la disabilità è un concetto in evoluzione», essendo «il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri».

⁶⁴ C. giust. 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark, che agisce per conto del Jette Ring c. Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11) e HK Danmark, che agisce per conto del Lone Skouboe Werge c. Dansk Arbejdsgiverforening che agisce per conto del Pro Display A/S (C-337/11)*, e C. giust. 4 luglio 2013, causa C-312/11, *Commissione europea c. Repubblica italiana*. C. giust. 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)* non ha escluso che lo stato di obesità possa costituire un handicap ai sensi della direttiva 2000/78/CE, «qualora determini una limitazione, risultante segnatamente da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, la quale, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su un piano di uguaglianza con gli altri lavoratori» (punto 64). C. giust. 11 luglio 2006, causa C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eures Colectividades SA*, ha altresì affermato che il termine "disabilità" va interpretato in modo tale da tener conto del contesto della disposizione che lo impiega e delle finalità perseguite dalla normativa di cui si tratta. In argomento, S. GIUBBONI, S. BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Tomo II. Diritti e obblighi*, Cedam, 2012, 1870. L'ampia definizione di ciò che costituisce handicap e la fuggevole differenza tra questa nozione e quella di malattia conduce peraltro talvolta la giurisprudenza a soluzioni piuttosto ardite: ad esempio Trib. Milano 11 febbraio 2013, cit., ha affermato che di handicap può parlarsi ogniqualvolta la malattia sia di lunga durata e abbia l'attitudine ad incidere negativamente sulla vita professionale del lavoratore.

violazione della l. n. 68/1999, ci si trovi in realtà di fronte ad un mero difetto di giustificazione. È palese tuttavia che è necessario fare una scelta: l'idea di *un difetto di giustificazione che è dovuto ad un motivo* è infatti di per sé contraddittoria. Se però ci si sforza di seguire il ragionamento del legislatore e si ammette che, comunque, anche nelle due ipotesi nominate dal quarto comma vi è una ragione, anche non occulta, che spinge il datore al licenziamento, e questa ragione è strettamente legata alla condizione di incapacità psico-fisica del prestatore di svolgere in modo adeguato il proprio lavoro, e quindi alla sua disabilità, si può sfrondare la sovrabbondante formula normativa, mettendo in ombra l'inesatto riferimento alla mancanza di un giustificato motivo e dando preminente (ed anzi esclusivo) rilievo alla locuzione relativa al motivo consistente nella disabilità fisica o psichica e, quindi, al motivo discriminatorio sotteso alla decisione di licenziare.

Se tutto ciò è corretto, forse si può arrivare a concludere che in questa parte la nuova disciplina, pur con le titubanze rivelate dalla formulazione delle norme, porta a compimento quel processo di avvicinamento tra normativa antidiscriminatoria e normativa (più genericamente) a tutela della disabilità che la dottrina da tempo auspicava, riuscendo a cogliere convergenze in realtà già presenti nel sistema, ma fino a poco fa quasi del tutto misconosciute.

Articolo 3

Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa

- 1.** 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 un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità.
- 2.** Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il 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 commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Al lavoratore è attribuita la facoltà di cui all'articolo 2, comma 3.
- 3.** Al licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1 non trova applicazione l'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni.

Il licenziamento disciplinare

di Franco Carinci

Sommario: **1.** Il lungo cammino del licenziamento disciplinare: dal c.d. diritto vivente al recepimento legislativo. – **2.** Continuità e discontinuità con la l. n. 92/2012. – **3.** Esclusione del pubblico impiego privatizzato. – **4.** Il licenziamento disciplinare a' sensi dell'art. 18, commi 4 e 5: due luoghi comuni da chiarire. – **5.** La *querelle* dottrinale e giurisprudenziale sul primo presupposto della reintegra, l'insussistenza del fatto contestato: "fatto giuridico" *versus* "fatto materiale". – **6.** La rete di sicurezza costituita dal secondo presupposto della reintegra, la riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare collettivo o datoriale. – **7.** La prima giurisprudenza della Corte di cassazione: la sentenza 6 novembre 2014, n. 23669 e la sentenza 11 febbraio 2015, n. 2692. – **8.** Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti: la reintegra come eccezione al limite dell'impraticabile. – **9.** La riduzione e la predeterminazione dell'indennità risarcitoria. – **10.** Che fare? – **11.** La contrattazione collettiva migliorativa.

1. Il lungo cammino del licenziamento disciplinare: dal c.d. diritto vivente al recepimento legislativo

Il licenziamento disciplinare ha costituito uno dei capitoli più ricchi ed interessanti del processo formativo del diritto del lavoro post costituzionale, scritto tutto, nel silenzio legislativo, dal c.d. diritto vivente, con a protagonisti eccellenti le Sezioni unite della Cassazione e la Corte costituzionale. Senza pretendere di sfoglarlo qui, può ben ricordarsi che a dargli inizio fu un duplice quesito posto dall'art. 7 Stat. lav. dettato in tema di sanzioni disciplinari: se fosse applicabile anche al licenziamento per giusta causa e giustificato motivo

soggettivo; e se applicabile, quale fosse l'effetto di una sua eventuale violazione¹.

La doppia risposta maturata al termine di una lunga e tormentata gestione venne resa e battezzata all'insegna di due teorie: la tesi della natura ontologica del licenziamento disciplinare, per cui, una volta inflitto per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, doveva considerarsi tale di per sé, a prescindere da qualsiasi richiamo da parte della contrattazione collettiva, sì da rendere applicabili i primi tre commi dell'art. 7 Stat. lav.; e, rispettivamente, la tesi della sufficienza delle tutele, per cui all'eventuale trasgressione seguiva una sanzione uguale a quella prevista per il licenziamento ingiustificato: la reintegra per l'area coperta dalla tutela reale *ex art.* 18 Stat. lav.; l'indennità risarcitoria per l'area coperta dalla tutela obbligatoria l. n. 604/1966.

La l. n. 92/2012, c.d. legge Fornero, nel riscrivere l'art. 18, tiene ferma la tesi della natura ontologica del licenziamento disciplinare, se pur senza battezzare esplicitamente come tale quello inflitto per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ma solo evocandolo, come all'art. 1, commi 41 e 42, dove si parla di «licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare» e, rispettivamente, di «licenziamento determinato da ragioni [...] disciplinari». Ma non tiene altrettanto ferma la tesi della sufficienza delle tutele: il nuovo art. 18 Stat. lav., prevede, ai commi 4 e 5, per il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo soggettivo la reintegra o una indennità risarcitoria fra le 12 e le 24 mensilità; e, al comma 6, per il licenziamento in violazione dell'art. 7 Stat. lav. una indennità risarcitoria fra le 6 e le 12 mensilità.

È solo con la l. n. 183/2014, parte centrale del *Jobs Act*, che il licenziamento disciplinare entra di pieno diritto a far parte del lessico legislativo del settore privato, là dove al suo art. 1, comma 7, lett. c, nel disciplinare le sanzioni applicabili al licenziamento ingiustificato menziona i licenziamenti economici ed il licenziamento disciplinare. Poi, peraltro, il d.lgs. n. 23/2015 torna a parlare all'art. 3, commi 1 e 2, di licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, dando per scontata implicitamente proprio la sua coincidenza col licenziamento disciplinare.

Il decreto legislativo non novella ulteriormente l'art. 18 dello Statuto, bensì lasciando in vita sia tale articolo sia la l. n. 604/1966, per i lavoratori già assunti prima della sua entrata in vigore, introduce per i nuovi un regime particolare, che recepisce sì la tesi della natura ontologica del licenziamento disciplinare, ma non quella della sufficienza delle tutele. Per i lavoratori neo-

¹ Per un articolato panorama dell'intero percorso qui appena tratteggiato si veda A. PILEGGI, *Il licenziamento disciplinare*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, 2013, 269 ss.

assunti la sanzione per il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo in violazione dell'art. 7 Stat. lav. è sempre data da un'indennità risarcitoria, che per l'area coperta dall'art. 18 Stat. lav. è di una mensilità per ogni anno di servizio, con un minimo di 2 ed un massimo di 12, e, per l'area coperta dalla l. n. 604/1966, è ridotta a mezza mensilità per ogni anno di servizio, con un massimo di 6. Mentre la sanzione per un licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo soggettivo è costituita, oltre che da una reintegra prevista come eccezionale, da un'indennità risarcitoria che per l'area al di sopra della soglia dimensionale statutaria è di 2 mensilità per ogni anno di servizio, con un minimo di 4 ed un massimo di 24, e per l'area al di sotto di tale soglia è ridotta ad una mensilità per ogni anno di servizio, con un minimo di 2 ed un massimo di 12.

2. Continuità e discontinuità con la l. n. 92/2012

Visto che il “vecchio” regime è destinato a coesistere fianco a fianco del “nuovo” previsto dal d.lgs. n. 23/2015, è inevitabile considerare contestualmente quanto previsto dalla l. n. 604/1966 e dalla l. n. 300/1970 e, rispettivamente, dal decreto legislativo in tema di licenziamento disciplinare, con riguardo al contratto a tempo indeterminato per così dire *sans phrases* e al contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti². Non solo perché trattasi sempre di diritto positivo, se pur con un diverso ambito applicativo destinato a protrarsi nel tempo³, ma perché il confronto è indispensabile per giungere ad un corretto risultato ermeneutico.

Come visto, la distinzione dell'ambito applicativo è data dal tempo di assunzione, prima o dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo. Ciò non toglie, però, che il nuovo regime sia esteso esplicitamente ai lavoratori assunti

² Sulla congiuntura politico-sindacale che caratterizza la stagione legislativa in corso mi permetto di richiamare F. CARINCI, *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla l. n. 300/1970 al Jobs Act)*, in G. FERRARO (a cura di), *Licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, 2015, 1 ss., nonché di rinviare all'elaborato saggio di A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015, 3 ss.

³ Parla dell'art. 18 Stat. lav. come di «una norma ad esaurimento» G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, 62 ss., prevedendone peraltro una parabola destinata ad esaurirsi completamente in «un periodo assai lungo, anche ultra-quadriennale».

prima di quel tempo a' sensi del suo art. 1, commi 2 e 3, prestando così il fianco ad un eventuale ricorso alla Corte costituzionale per difetto di delega: lavoratori già assunti a termine o come apprendisti dipendenti da datori che solo in seguito convertano tali rapporti in a tempo indeterminato (ma gli apprendisti sono a tempo indeterminato fin dall'inizio, quindi per loro deve intendersi la fine del periodo di formazione senza licenziamenti); e, rispettivamente, lavoratori a tempo indeterminato dipendenti da datori che solo in seguito oltrepassino la soglia dimensionale prevista dall'art. 18, commi 8 e 9, dello Statuto con altre assunzioni a tempo indeterminato, lasciando peraltro aperto il problema di che succeda una volta tornati sotto tale soglia⁴.

Si può dire che vi sia una continuità di *ratio* fra la legge Fornero e la legge delega, così come tradotta nel decreto legislativo relativo al contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e nel decreto legislativo n. 81/2015, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro: una continuità data dalla stabilizzazione dei rapporti esistenti ancor prima che dalla produzione di nuovi rapporti. Ma sulla traccia della legge i due decreti legislativi si spingono assai più in là, nel rendere appetibile il contratto a tempo indeterminato. Da un lato, riguardo alla flessibilità in uscita, con il d.lgs. n. 23/2015, il licenziamento ingiustificato si vede la reintegra ridimensionata ad eccezione difficilmente praticabile e l'indennità risarcitoria ridotta sostanzialmente; dall'altro, rispetto alla flessibilità in entrata, con il d.lgs. n. 81/2015, il lavoro a progetto e l'associazione in partecipazione con apporto di lavoro sono "superati", mentre i «rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente, anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro» vengono assoggettate alla disciplina del lavoro subordinato.

A restare uguale è la tecnica utilizzata di dar per scontate le nozioni di giusta causa e giustificato motivo, se pur resta dubbio che esse non risentano teoricamente, ma soprattutto praticamente, nella gestione giudiziale, della diversificazione delle sanzioni applicabili che come visto si presentano ben diversamente modulate nell'art 18 Stat. lav. di cui alla legge Fornero e nell'art. 1, comma 7, lett. c, della legge delega che esclude «per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo 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».

⁴ Sull'ambito applicativo si veda M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in questo volume.

3. Esclusione del pubblico impiego privatizzato

Una questione già proposta per la l. n. 92/2012 è stata riproposta per il d.lgs. n. 23/2015, cioè la sua applicabilità o meno al pubblico impiego privatizzato: se là c'era un comma 7 che ben poteva far propendere per il no; qui, invece, c'è un assoluto silenzio⁵. Ma in senso negativo parla già la legge delega, costruita tutta a misura del settore privato; ma parla altresì lo stesso decreto legislativo, a cominciare da dove definisce il suo ambito con riguardo ai «lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri»: qui rileva sia il riferimento ai quadri, che non esistono nel settore pubblico privatizzato, sia il mancato riferimento ai dirigenti che nel settore privato, a differenza che in quello pubblico privatizzato, non godono dell'art. 18 Stat. lav.

Non solo, perché viene meno l'argomento principe utilizzato a ragione o torto per affermare l'applicabilità dell'art. 18 Stat. lav. al pubblico impiego privatizzato, cioè il rinvio contenuto nell'art. 51, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 alla «legge 20 maggio 1970 n. 300 e successive modificazioni ed integrazioni» inteso come “rinvio formale”, quindi tale da riguardare anche il nuovo testo dell'art. 18 Stat. lav. di cui all'art. 1, comma 42, della l. n. 92/2012. Viene meno, perché il d.lgs. n. 23/2015 non sostituisce l'art. 18 Stat. lav., che quindi rimane tale e quale, così come da ultimo novellato, ma per così dire lo affianca con un diverso regime del tutto autonomo ed autosufficiente.

Se, poi, più correttamente, si chiama in causa l'art. 2, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 165/2001, per cui «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa», si deve prendere atto che il regime di cui al d.lgs. n. 23/2015 è del tutto incompatibile con quello previsto dal testo unico per i licenziamenti economici e disciplinari. Infatti i licenziamenti economici vi sono disciplinati dall'art. 34 come gestione del personale in disponibilità ed i licenziamenti

⁵ Dà per scontata l'inapplicabilità del d.lgs. n. 23/2015, «almeno per il momento», al pubblico impiego privatizzato, cui invece deve ritenersi immediatamente applicabile l'art. 18 Stat. lav. come risultante a seguito della l. n. 92/2012 A. TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il Jobs Act*, Giappichelli, 2015, 86 ss. Mentre appare problematico il saggio di M.G. DECEGLIE, L. ARIOLA, *L'applicabilità della legge delega e del decreto attuativo al pubblico impiego*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, 73 ss.

In senso conforme al testo si veda peraltro S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in questo volume.

disciplinari dagli artt. 55 ss., in termini e modi non certo riducibili a quelli estremamente semplificati di cui al d.lgs. n. 23/2015.

Last but not least, non pare affatto facile conciliare con l'art. 97, primo comma, Cost. un regime che veda due impiegati godere di due trattamenti diversi in termini stabilità dei loro posti di lavoro a seconda che siano stati assunti prima o dopo una certa data.

4. Il licenziamento disciplinare a' sensi dell'art. 18, commi 4 e 5: due luoghi comuni da chiarire

Secondo quanto anticipato, è opportuno iniziare da un esame del testo dell'art. 18 Stat. lav. di cui alla legge Fornero, richiamando anzitutto quella che ne è stata la gestazione e quella che ne è la logica. Quanto alla gestazione, esso risulta assemblato pezzo a pezzo, secondo un progressivo ripiegamento rispetto all'intento iniziale di conservare la reintegra solo per il licenziamento discriminatorio e nullo: sì da assestarsi, prima, su una reintegra accordata per il licenziamento disciplinare in ragione dell'insussistenza o comunque della non riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista da un codice disciplinare collettivo o datoriale, poi, su una reintegra attribuita anche per il licenziamento economico in forza della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. Quanto alla logica, esso pare rispondere a quella altrove battezzata come "scusabilità dell'errore" commesso dal datore di lavoro, con il decrescendo della possibilità di dover concedere la reintegra in base alla tollerabilità dell'errore compiuto dal datore nel procedere ad un licenziamento illegittimo: nessuna "scusabilità dell'errore", per il licenziamento discriminatorio, media per il licenziamento disciplinare, bassa per il licenziamento economico.

Il licenziamento disciplinare fa da autentico spartiacque, tant'è che il legislatore ha creduto di poterne ricalcare *in peius* la formula relativa alla concessione della reintegra per il licenziamento economico: così parla per il primo di «insussistenza del fatto contestato» e per il secondo di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento». E questo senza darsi pensiero dell'indubbia forzatura operata col coniare l'espressione di "manifesta insussistenza" e coll'equiparare due nozioni profondamente diverse come il "fatto contestato" e il "fatto posto a base del licenziamento".

Ed è proprio sul licenziamento disciplinare che si deve ritornare, cioè sull'art. 18 Stat. lav. *ex lege* Fornero, commi 4 e 5. Ci sono due punti di vista diventati comuni, che, però, meritano di essere riconsiderati. Stando ad un

primo, la valutazione si svolgerebbe in due fasi: l'una, quella circa la presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo; poi, una volta accertata la mancanza di giustificatezza, l'altra, circa l'applicabilità della sanzione, reintegra o indennità risarcitoria. Il che può essere utile logicamente, ma non è detto risponda all'andamento effettivo del giudizio, perché la presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo può ben essere esclusa proprio per l'insussistenza o la riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa, con automatica applicazione della sanzione costituita dalla reintegra⁶.

Stando ad un secondo punto di vista, la reintegra vi sarebbe prevista come eccezione. Qui occorre distinguere: logicamente la reintegra è la regola, perché l'art. 18, comma 4,

individua i presupposti della sua attribuzione, mentre il successivo comma 5 confina nell'eccezione costituita dalla residualità le «altre ipotesi»; praticamente avrebbe potuto essere regola o eccezione a seconda della lettura offertane dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ma di fatto a tutt'oggi la casistica restituitaci proprio dalla giurisprudenza di merito è nel senso della reintegra come regola.

5. La querelle dottrinale e giurisprudenziale sul primo presupposto della reintegra, l'insussistenza del fatto contestato: “fatto giuridico” versus “fatto materiale”

Non è qui la sede per ricostruire in dettaglio la *querelle* dottrinale e giurisprudenziale circa i due presupposti previsti dall'art. 18, comma 4, perché il lavoratore destinatario di un licenziamento disciplinare possa rivendicare con successo di essere reintegrato, cioè «l'insussistenza del fatto contestato» ovvero «perché il fatto contestato rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili». Ma se ne può offrire una breve sintesi, inevitabilmente viziata da più di una forzatura rispetto alla ricchezza dei contributi degli studiosi e dei provvedimenti dei giudici.

Quanto al primo presupposto si sono confrontate due tesi: quella del “fatto materiale”, e quella del “fatto giuridico”. La tesi del “fatto materiale” riecheggia la prima formula assolutoria contenuta nell'art. 530 c.p.p., cioè quella per cui “il fatto non sussiste”, certo orecchiata dallo stesso legislatore,

⁶ Sul punto si veda L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, 39 ss.

con ciò volendosi riferire alla carenza degli elementi materiali o oggettivi che potrebbero far individuare il fatto come reato. Ma, anzitutto, gli elementi materiali o oggettivi, cioè la condotta, l'evento, il nesso causale sono essi stessi concetti giuridici; e, poi, oltre a quella prima, ci sono altre formule assolutorie nell'art. 530 c.p.p., con riguardo al fatto: «l'imputato non lo ha commesso», «il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato», «il reato è stato commesso da persona non imputabile o non punibile per altra ragione».

Ora riecheggiare come "fatto materiale" la prima formula assolutoria significa ritenere sussistente il fatto contestato per la sola presenza degli elementi materiali o oggettivi, senza farsi carico dell'essere tale fatto riconducibile a quel lavoratore, posto in essere senza colpa o dolo, lecito, non imputabile. Il che ha dato respiro a tutto un orientamento critico che ha valorizzato come emblematico il paradosso costituito dal considerare sussistente un fatto compiuto da un altro lavoratore o da uno non imputabile, senza colpa o dolo, o addirittura in modo del tutto lecito, come fumare in un luogo consentito.

Di contro, la tesi del "fatto giuridico" è stata sostenuta anche in base all'essere il fatto contestato produttivo di effetti giuridici. Ma tale argomento non è di per sé risolutivo, perché un fatto materiale può ben essere assunto dall'ordinamento come tale per ricollegarvi certi effetti, senza per questo perdere il suo *identikit* di fatto storico. È, invece, argomento rilevante quello relativo all'espressione "fatto contestato", che come tale evoca un inadempimento, con a riscontro proprio il secondo presupposto della reintegra, perché solo un inadempimento può essere ricondotto sotto una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare, collettivo o datoriale⁷.

Quanto all'insussistenza è evidente che non si riferisce ad una inesistenza fisica, ma giuridica, perché è quella che emerge in sede processuale, quindi riferita alla mancata o insufficiente prova di tale esistenza che la lettera della legge colloca a carico del datore, coll'affermare che «Il giudice nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato».

Ora si è obiettato che con tale tesi si correrebbe il rischio di far coincidere il giudizio circa la insussistenza del fatto contestato con quello circa la mancanza della giusta causa e del giustificato motivo. Se il fatto contestato viene identificato *in toto* con l'inadempimento richiesto per potersi parlare di giusta causa o giustificato motivo, una volta escluso che ci sia un tale

⁷ Per quanto qui di seguito argomentato mi permetto di rinviare a F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, n. 2, 287 ss.

inadempimento, ne seguirebbe che al tempo stesso il licenziamento è ingiustificato e il fatto contestato è insussistente, con un ritorno allo stato precedente il nuovo art. 18 Stat. lav., cioè di una reintegra come sanzione unica.

Una obiezione confutabile in punto di logica. L'approccio fatto proprio dalla giurisprudenza circa l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo è quello c.d. multifattoriale, consistente nel collocare il fatto nell'intero contesto, dal quale può derivare una serie di attenuanti quali costituite dalla assenza di precedenti disciplinari, dalla lunga anzianità di servizio, dalla disponibilità a scusarsi, dalla tenuità del danno e dall'offerta di risarcirlo, dalla complessità e irrazionalità dell'organizzazione del lavoro, dalla eventuale provocazione datoriale, ecc.

Ma questo contesto se è rilevante per valutare l'esistenza di una causa o motivo di giustificazione, non è più tale per verificare la sussistenza del fatto contestato, a quel punto scorporato dall'intero contesto e per così dire riassunto nudo e crudo, così come è stato individuato dal datore di lavoro. Sicché può ben succedere che sia esclusa l'esistenza della giusta causa e del giustificato motivo, ma accertata la sussistenza del fatto contestato come inadempimento, comprensivo dei suoi elementi oggettivi e soggettivi; ma non per questo filtrato attraverso il criterio di proporzionalità, per cui al fine di accertarne la sussistenza non rileva il suo livello di gravità. Livello, questo, che tornerà, invece, a giocare un ruolo nel passaggio al secondo presupposto della reintegra, quale dato dalla riconducibilità dello stesso ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare collettivo o datoriale.

6. La rete di sicurezza costituita dal secondo presupposto della reintegra, la riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare collettivo o datoriale

A questo punto diventa decisivo il secondo presupposto della reintegra, che si potrebbe considerare una sorta di rete di sicurezza, cioè la riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare, perché qui i fautori del "fatto materiale" e del "fatto giuridico" tornano a dividersi. Per i primi, occorre che il fatto contestato sia collocabile in una casella del codice disciplinare specifica, fatta su misura, né più larga né più stretta, senza alcun ricorso al criterio di proporzionalità; per i secondi, è sufficiente che il fatto contestato sia collocabile in una casella generale o generica o addirittura fatta alla bisogna, con ricorso al criterio di

proporzionalità, stante che l'art. 2106 c.c. non è stato né abrogato né reso inutilizzabile, costituendo un elemento intrinseco all'esercizio del potere disciplinare.

Ora a prescindere dalla problematica posta dal generico rinvio «alle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili», con una equiparazione alquanto discutibile fra gli uni e gli altri, c'è da dire che il giudice non può esimersi dal far ricorso al criterio di proporzionalità nell'esame dei testi collettivi, essendo costruiti ed articolati secondo quel criterio, sia nella graduazione che nella redazione delle infrazioni cui corrispondono sanzioni conservative ed espulsive, senza alcuna precisa e dettagliata esposizione tipica di un codice penale. Sicché pretendere un millimetrico inserimento del fatto contestato in una casella del codice disciplinare che preveda una sanzione conservativa, per poter ottenere la reintegra, significherebbe scaricare sul lavoratore il costo del come a tutt'oggi è costruito un codice disciplinare collettivo.

D'altronde c'è da chiedersi che dovrebbe fare il giudice in difetto di un codice disciplinare se non cercare di recuperarne e riadattarne qualcuno comparabile, sempre facendo ricorso al criterio di proporzionalità.

7. La prima giurisprudenza della Corte di cassazione: la sentenza 6 novembre 2014, n. 23669 e la sentenza 11 febbraio 2015, n. 2692

In linea di massima la giurisprudenza di merito ha accolto la tesi del “fatto giuridico”, se pure con un approccio variegato, che, però, ha fatto largo uso del criterio di proporzionalità.

Ma ora abbiamo anche due decisioni della Corte di cassazione, di cui l'una, Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, ha avuto grande risonanza; mentre l'altra, Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, è passata quasi inosservata. Pur rivelando una diversità di ispirazione non si contraddicono, riconoscendo entrambe il diritto alla reintegra: la prima, perché il fatto contestato è insussistente, sicché non può essere punito con una sanzione espulsiva; la seconda, perché il fatto contestato è sì sussistente, ma se pur esso non è riconducibile ad una sanzione conservativa a sua misura, appare in una variante attenuata rispetto ad altra dello stesso fatto punita con la sanzione espulsiva.

Cass. 6 novembre 2014, n. 23669 ha avuto una grande risonanza per un *obiter dictum* improvvisato ed approssimato tenuto conto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale ancora in pieno svolgimento, che non solo pare dar ragione ai sostenitori del “fatto materiale”, ma è stato riecheggiato da un legislatore a

corto di idee nel d.lgs. n. 23/2015. Di per sé la fattispecie era semplice, relativa al licenziamento di un direttore di filiale, cui era stato contestato di essersi servito del personale a lui sottoposto per proprio utile; e, vertendo sulla qualificazione di tale comportamento se abituale od occasionale, la conclusione era scontata: una volta accertato che il comportamento non era abituale come contestatogli, ma solo occasionale, ne risultava che il fatto contestato era insussistente.

Non era necessario dire di più; ed invece ecco in motivazione un mini brevuario sul nuovo art. 18 Stat. lav., che vale la pena di riportare alla lettera: «Il nuovo art. 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre 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 sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato».

Passando ora ad un esame del passo, c'è un evidente recupero della tesi del "fatto materiale", assunto nel suo solo profilo oggettivo, ma per di più declinato erroneamente nei termini non del «fatto contestato» *ex* comma 4, ma del «fatto posto a base del licenziamento» *ex* comma 7 dell'art. 18 Stat. lav. Così come esplicitato dal testo, lo scopo di tale recupero pare essere quello di evitare il ricorso al criterio di proporzionalità in sede di verifica dell'esistenza del fatto, in quanto tale recupero renderebbe la verifica non solo distinta dalla qualificazione dello stesso fatto in termini di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, ma anche indifferente rispetto a qualsiasi proporzionalità fra gravità del fatto e sanzione.

Qui c'è il solito equivoco di prendere il fatto contestato, dando per scontato che, come tale, trattasi di un inadempimento, per poi considerarlo come un "fatto materiale", composto del solo suo elemento oggettivo, cui il giudice non aggiunge né toglie niente, perché, secondo l'espressione corrente dei sostenitori di tale tesi, o c'è o non c'è⁸. Il che per di più è contraddetto proprio

⁸ Sull'"equivoco" che si estende da tale *obiter dictum* al testo dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015, cfr. M. BRIZZI, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in G. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, 66 ss.

dallo stesso *decisum* della Corte, perché tutto ruota intorno ad un quesito, se cioè il fatto contestato di un comportamento scorretto del direttore filiale lo sia a titolo abituale od occasionale; un quesito tale da richiedere un giudizio discrezionale da parte dello stesso giudice, come in effetti è stato.

Solo che una volta accertata l'insussistenza del fatto contestato, in quanto comportamento non abituale ma occasionale, la Corte non ha avuto motivo di procedere oltre, perché ciò gli bastava ed avanzava per concedere la reintegra. Ma sarebbe stato interessante vedere se, accertata la sussistenza del fatto contestato, avesse proceduto a verificarne la riconducibilità ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare e non trovandola a misura fosse allora ricorsa al criterio di proporzionalità.

Prima di proseguire vale la pena di sottolineare un lascito significativo di questa sentenza, quale dato dal considerare il fatto sussistente solo se oggetto di contestazione, sì da risultare in difetto insussistente. E pare ritrovarsi una conferma nell'aver previsto contestualmente che il requisito della immediatezza della contestazione rientri fra le regole procedurali, dando implicitamente per scontato che non vi rientra invece quello della stessa contestazione, quindi così sottratto alla sola indennità risarcitoria dimezzata.

Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, invece, vista la sussistenza del fatto contestato, cioè una insubordinazione da parte del lavoratore nei confronti del suo diretto superiore, passa oltre a esaminarne la riconducibilità ad una sanzione conservativa; ma non trovandola tagliata su misura, fa ricorso al criterio di proporzionalità per affermare comunque tale riconducibilità. Vale la pena di riportare alla lettera il passo rilevante: «Considerato che il contratto collettivo parifica all'insubordinazione grave, giustificativa del licenziamento, gravi reati accertati in sede penale, quali il furto e il danneggiamento, deve ritenere rispettosa del principio di proporzionalità la decisione della Corte di merito, che non ha riportato il comportamento in questione, certamente illecito, alla più grave delle sanzioni disciplinari, tale da privare dei mezzi di sostentamento il lavoratore e la sua famiglia (art. 36, primo comma, Cost.)».

A fronte del paradosso che il fatto contestato risulti sussistente pur caso in cui sia poco rilevante, come per un ritardo di pochi minuti o di un furto di modico valore, una volta che non siano in grado di trovargli una sanzione conservativa puntuale, i fautori del "fatto materiale" ricorrono alla frode alla legge; mentre i fautori del "fatto giuridico", fanno uso del criterio di proporzionalità per ricondurlo comunque ad una sanzione conservativa: perché lo stesso fatto solo se più grave è punito con una sanzione espulsiva o perché un altro fatto più grave è punito con una sanzione conservativa.

8. Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti: la reintegra come eccezione al limite dell'impraticabile

Di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti parlava già l'art. 1 della l. n. 78/2014, pur, quasi a scusarsi della introduzione di una disciplina che col rendere a-causale il contratto a tempo determinato andava contro corrente rispetto alla linea ufficiale di stabilizzare il lavoro precario, motivandola come segue: «Considerata 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». Ma la cosa era ancora abbastanza vaga, perché ne parlava come qualcosa da introdurre in via sperimentale, con la dizione di «contratto a tempo indeterminato a protezione crescente».

Bisogna attendere la l. n. 183/2014, perché la cosa assuma la sua forma definitiva, laddove l'art. 1, comma 7, lett. c, fissa come principio direttivo 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». Col che viene individuato un contratto a tempo indeterminato che non integra un tipo od un sottotipo in ragione del suo elemento causale, ma risulta differente solo con riguardo allo speciale regime del licenziamento, battezzato come a tutele crescenti, in quanto, in caso di licenziamento ingiustificato, queste maturano sotto forma di una indennità risarcitoria commisurata all'anzianità, con la reintegra riservata ad alcune ipotesi di licenziamento disciplinare, oltre che al licenziamento nullo o discriminatorio.

La soluzione di continuità è netta, come conferma il d.lgs. n. 23/2015, che si spinge se possibile anche oltre. Se si legge l'art. 3, comma 1, per cui «Salvo quanto disposto dal comma 2 del presente articolo, 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», ci si accorge che la reintegra è divenuta anche logicamente una eccezione in caso di licenziamento ingiustificato, ristretta a quanto previsto dal comma 2. Comma in cui, invece delle «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare», come visto preannunciate dalla l. n. 183/2014, art. 1, comma 7, lett. c, ci si

trova di fronte ad una formulazione che definire contorta è poco, «Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento, il giudice annulla il licenziamento».

È evidente che a seguire alla lettera la legge delega si sarebbe dovuto fare un'elencazione in funzione della rilevanza del fatto contestato rivelatosi insussistente, col rischio, tanto più tassativo, di lasciar fuori questa o quella ipotesi, sicché il legislatore se la cava riecheggiando la vista formula di Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, con l'ottima scusante che... "l'ha detto la stessa Corte di cassazione"⁹. Ma la riecheggia esplicitando quel significato che là andava letto contro luce, cioè che al giudice non è concesso escludere la sussistenza del fatto contestato solo perché la sanzione del licenziamento risulterebbe eccessiva rispetto alla gravità dello stesso fatto.

C'è da sottolineare, però, come qui ci sia qualcosa in più e qualcosa in meno, sì da modificarne il senso. In più c'è l'aggiunta di «insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto a cui resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento»; in meno c'è quel che si è battezzata come una rete di sicurezza, cioè il secondo presupposto della reintegra, costituito dalla riconducibilità del fatto contestato, se ed in quanto sussistente, sotto una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare.

È evidente come il più e il meno rappresentino due facce della stessa medaglia, quale costituita dall'esclusione del ricorso al criterio di proporzionalità: sia in via immediata e attuale, con la qualificazione del fatto contestato come "materiale", che, in quanto limitato al suo profilo oggettivo o materiale, renderebbe estranea rispetto alla sua sussistenza ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento; sia in via mediata e potenziale, con la soppressione della riconducibilità dello stesso fatto contestato nell'ambito del codice disciplinare, che rende inconferente ai fini della reintegra una sua configurazione quale infrazione passibile di una sanzione solo conservativa.

Non meno rilevante è la formula utilizzata per la ripartizione dell'onere della prova con riguardo all'insussistenza del fatto contestato, che appare ben diversa da quella sopra vista di cui all'art. 18, comma 4, Stat. lav. Dire, in

⁹ Sulla compatibilità del decreto legislativo con la Costituzione e la normativa vigente, si veda F. GHERA, *Profili di costituzionalità del d. lgs. n. 23/2015 in materia di contratto di lavoro a tutele crescenti*, e V. DE MICHELE, *La (in)compatibilità della riforma dei licenziamenti nel Jobs Act 2 nel prisma del diritto dell'Unione Europea*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente 17 ss. e 27 ss.

chiave apparentemente impersonale, che deve essere «dimostrata direttamente in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», significa dare per scontato che sia il datore a dover provare la sussistenza del fatto, ma qualora fallisca resta esposto solo al pagamento dell'indennità risarcitoria, a meno che il lavoratore non sia in grado di provare a sua volta l'insussistenza di tale fatto "direttamente", cioè, a ben intendere, senza poter far valere un fatto positivo contrario o delle presunzioni. Dopo di che la reintegra finisce per essere un'eccezione... al limite dell'impraticabile.

Che la lettera non tradisca l'intenzione del legislatore almeno con riguardo alla distribuzione dell'onere della prova, lo conferma la relazione illustrativa del d.lgs. n. 23/2015, che a proposito dell'art. 3, comma 2, recita «Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (unica fattispecie di licenziamento per motivo soggettivo o giusta causa per cui può scattare la tutela reintegratoria) è in capo al lavoratore». Ma proprio l'abnormità di tale soluzione ha spinto la prima dottrina a negare la lettera della legge, qui confermata dalla stessa Relazione illustrativa, col far valere come argomentazione principe quella per cui non se ne può dedurre una deroga implicita alla regola generale enunciata dall'art. 5 della l. n. 604/1966, per cui l'«onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro»¹⁰.

9. La riduzione e la predeterminazione dell'indennità risarcitoria

L'attenzione si è concentrata quasi tutta sulla conversione in tutela obbligatoria della tutela reale, ma di rilevanza forse addirittura maggiore è la nuova disciplina dell'indennità risarcitoria.

La conversione in tutela obbligatoria della tutela reale, già di per sé, finisce per addossare sulle spalle del lavoratore ingiustamente licenziato tutto il costo del tempo richiesto dal processo, qui allungato, almeno sulla carta, dalla

¹⁰ Nel senso di cui al testo si veda M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *ADL*, 2015, n. 2, 395 ss. Ma nel senso del prevalere della regola di cui all'art. 5 della l. n. 604/1966 è la dottrina maggioritaria pronunciata in materia: si vedano G. PROIA, *op. cit.*, 76 ss., C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 36 ss., nonché D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in questo volume.

previsione di cui all'art. 11 del decreto legislativo per cui ai licenziamenti ivi previsti non si applica il rito speciale di cui ai commi 48-68 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, introdotto proprio per accelerare il procedimento relativo all'art. 18 Stat. lav.¹¹. Ma tale tutela obbligatoria risulta non solo ridotta ma anche predeterminata, così sottraendola a qualsiasi determinazione a misura della concreta fattispecie ad opera del giudice.

Secondo il comma 5 dell'art. 18 Stat. lav. nel caso di licenziamento disciplinare ingiustificato che non dia luogo alla reintegra, il giudice può condannare il datore di lavoro «al pagamento di una indennità risarcitoria determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro 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 al riguardo». Stando, invece, all'art. 3, comma 1, del decreto legislativo, il giudice condanna il datore di lavoro «al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità».

Come si vede l'indennità risarcitoria passa da 12-24 mensilità graduabili in base a vari criteri rimessi al potere discrezionale del giudice, sempreché sia in grado di motivarli, a 4-24, in ragione di incrementi annuali di 2 mensilità: sì che il minimo di 12 previsto dall'art. 18, comma 5, verrebbe raggiunto in 6 anni, ed il massimo di 24 mensilità in 12 anni.

Coerentemente l'indennità risarcitoria prevista per i vizi formali e procedurali, quali dati dalla violazione del requisito della motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della l. n. 604/1966 o dalla procedura di cui all'art. 7 della l. n. 300/1970, viene ridotta da 6-12 mensilità decise dal giudice «in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro» come recita l'art. 18, comma 6, Stat. lav., a 2-12, determinate in una mensilità per ogni anno di servizio. E l'indennità risarcitoria contemplata per i datori che non raggiungano i requisiti dimensionali previsti dall'art. 18, commi 8 e 9, Stat. lav., di cui all'art. 8 della l. n. 604/1966, viene ridotta da 2,5-6 mensilità decisa dal giudice in relazione «al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti», come recita lo stesso art. 8, a

¹¹ Peraltro la esclusione del rito Fornero non ha suscitato alcun particolare cordoglio in dottrina, tutt'altro: la considera "encomiabile" C. PISANI, *op. cit.*, 20, e la condivide D. BORGHESI, *op. cit.*, qualificando il rito Fornero «una costruzione barocca».

due/sei nel caso di licenziamento ingiustificato e a una/sei nel caso di licenziamento affetto da un vizio formale o procedurale, calcolate in una mensilità, nel primo caso, ed in mezza mensilità per ogni anno di servizio, nel secondo caso.

Si è voluto render certo il costo del licenziamento che risultasse ingiustificato o viziato sottraendolo a qualsiasi giudizio discrezionale; ed al tempo stesso si è inteso ridurlo drasticamente: insomma né più né meno che una *severance pay* forfettizzata in base all'anzianità di servizio, che risente da vicino dell'influsso del pensiero della scuola di *labor economics*. Ne risente, ma niente più, perché qui non c'è a fare da sottofondo il passaggio dalla logica della *property* a quella della *liability*, dato che commisurare l'indennità risarcitoria all'anzianità di servizio significa muoversi ancora nella logica della *property*, nel senso che tale indennità cresce col crescere del tempo in cui si è posseduto quel posto.

In senso dissuasivo rispetto al ricorso al giudice da parte del lavoratore, gioca il nuovo istituto dell'"offerta di conciliazione" di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015, secondo cui il datore può evitare o stoppare tale ricorso, offrendo una indennità risarcitoria di ammontare pari ad una mensilità per ogni anno di servizio, comunque non inferiore a 2 e non superiore a 18, la cui attrattiva dipende dall'essere non imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non assoggettata a contribuzione previdenziale. Peraltro il successo di un tale istituto dipende da quanto lo Stato sia disposto a spendere per far fronte alle perdite fiscali e contributive, perché se tale successo fosse eccessivo si potrebbero esaurire rapidamente le risorse messe a disposizione dalla legge di stabilità¹².

10. Che fare?

Certo è che il "nuovo" regime del licenziamento disciplinare ingiustificato appare mosso dal preciso intento di azzerare il potere discrezionale del giudice con riguardo ad un sistema sanzionatorio che solo con qual certo sfoggio di ironia può essere battezzato come a tutele crescenti, se considerato non in sé, ma in rapporto a quello preesistente: la reintegra viene ridotta ad eccezione impraticabile; l'indennità risarcitoria viene fortemente ridimensionata e rigidamente predeterminata, sicché a fronte di inadempimenti contestati che non siano tali, considerati nel contesto, da integrare gli estremi della giusta

¹² Sul nuovo istituto si veda F. AMENDOLA, *Offerta di conciliazione*, in questo volume.

causa o del giustificato motivo soggettivo, ma pur di diversa rilevanza, il giudice non può modulare la sanzione a misura della fattispecie concreta¹³.

Ora è ben noto ad ogni addetto al lavoro come il grado di tutela contro il licenziamento ingiustificato influenzi l'intero rapporto di lavoro, rendendolo più o meno "malleabile" *vis-à-vis* del datore di lavoro. Sicché può aversi il sospetto che, a prescindere dal molto conclamato e reclamizzato obbiettivo di favorire il superamento del *gap* fra *insiders* ed *outsiders*, in ragione della stabilizzazione dei c.d. precari, abbia giocato proprio l'intento di rendere più "docile" il personale, favorendo di fatto quella flessibilità funzionale, prevista in diritto dall'art. 1, comma 7, lett. *e* e *f*, della l. n. 183/2014, con riguardo allo *ius variandi* di cui all'art. 2103 c.c. ed al controllo a distanza di cui all'art. 4 della l. n. 300/1970, se pur scontando il blocco della prescrizione fino al termine del rapporto.

Comunque il licenziamento pone al giudice il problema di togliere ad un lavoratore il suo posto di lavoro, con questo status e reddito personale e familiare, come d'altronde ben testimonia lo stesso richiamo dell'art. 36, primo comma, Cost. effettuato proprio al termine della motivazione di Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692. Sicché è ben prevedibile che la giurisprudenza cerchi di incrinare l'ingessatura legislativa della sua area di manovra discrezionale ricorrendo a tutta la strumentazione ermeneutica disponibile, a cominciare dalla interpretazione *secundum constitutionem*. E, a fronte dell'inevitabile lievitazione dei ricorsi per licenziamenti discriminatori o nulli, che oggi risultano assai più appetibili che in passato, dato il *gap* enormemente cresciuto fra reintegra e indennità risarcitoria, la stessa giurisprudenza sia più disponibile a prenderli in considerazione, con una maggiore apertura al diritto comunitario anti-discriminatorio nell'ambito dello stesso procedimento *ex art.* 414 c.p.c., con conseguente rilievo delle discriminazioni in base alla loro portata oggettiva ed alleggerimento dell'onere della prova a carico del lavoratore¹⁴.

Tutto bene, ma *dura lex, sed lex*. Una interpretazione fedele alla *ratio* e alla lettera dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015 avrebbe come contropartita

¹³ Sul preciso intento di arginare il giudice in funzione della certezza del diritto battono in senso pienamente adesivo C. PISANI, *op. cit.*, 17 ss., e A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 83 ss.

¹⁴ È un indirizzo già presente in dottrina ma che ora pare uscirne rafforzato: si veda C. MUSELLA, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in G. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, 13 ss., e G.A. RECCHIA, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 87 ss. Sul licenziamento discriminatorio, si veda E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18. Stat. lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in questo volume.

una lettura più “aperta” dell’art. 18, commi 4 e 5, Stat. lav., cosa non da poco visto che per molto tempo a venire saranno i licenziamenti secondo il “vecchio” regime a tener banco. Può essere che il legislatore abbia creduto di fornire con quell’art. 3, comma 2, una interpretazione autentica dell’art. 18, commi 4 e 5¹⁵; ma certo quella da lui fornita non può considerarsi tale, data la secca soluzione di continuità fra i due testi, per cui l’art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015 viene ad avere per oggetto non quell’art. 18, commi 4 e 5, ma addirittura fattispecie diverse¹⁶.

Sicché, tutto al contrario, la modifica sostanziale apportata nel passaggio da un testo all’altro, deve piuttosto essere vista come una sorta di blindatura rispetto ai “buchi” esistenti nel testo precedente, che, peraltro, ne risultano confermati. L’eliminazione della rete di sicurezza costituita dalla riconducibilità del fatto contestato ad una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare di cui all’art. 18, comma 4, dello Statuto operata dall’art. 3, comma 2, del decreto legislativo è certo dovuta all’uso fattone dalla giurisprudenza con ricorso aperto al principio di proporzionalità, inevitabile data la genericità e l’approssimazione dei contratti collettivi in materia. Se così è, proprio da quella eliminazione uscirebbe rafforzata la legittimità di un tale uso per i licenziamenti di lavoratori assunti a tempo indeterminato prima dell’entrata in vigore del decreto legislativo in parola.

Se al termine di questo lungo e faticoso divagare, mi posso permettere di suggerire una linea di politica del diritto, direi di rispettare al massimo la *ratio* e la lettera del decreto, senza cedere troppo alla tentazione di sentenze manipolative più o meno travestite da decisioni secondo Costituzione. Non credo si possa dare al legislatore l’alibi di una dottrina e di una giurisprudenza perennemente “disubbidienti”; bensì trasformare la fedeltà alla *ratio* e alla lettera del decreto-legge in una occasione per rivelarne i difetti di delega ed i contrasti col diritto costituzionale e comunitario, sollevando le relative eccezioni.

¹⁵ Sostanzialmente in tal senso si veda L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 117 ss.

¹⁶ Sull’interpretazione autentica si veda R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, 1998, 185 ss.

11. La contrattazione collettiva migliorativa

Rimane un ultimo problema, quello relativo all'efficacia di una contrattazione migliorativa. Secondo una prima linea interpretativa, la legge porrebbe una disciplina imperativa, inderogabile dalla stessa contrattazione collettiva; ma di per se sola questa linea spiega troppo, perché la regola non è quella della inderogabilità anche *in melius*, tanto che quest'ultima deve essere prevista esplicitamente dalla legge.

E neppure è necessaria una esplicita previsione legislativa della derogabilità *in melius*, come, peraltro, offerta dall'art. 12 della l. n. 604/1966, per cui «Sono fatte salve le disposizioni di contratti collettivi e accordi sindacali che contengano, per la materia disciplinata dalla presente legge, condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro»; e dall'art. 40, comma 2, della l. n. 300/1970, per il quale «Restano salve le condizioni dei contratti collettivi e degli accordi sindacali più favorevoli ai lavoratori».

In tal senso sembra giocare la stessa *ratio* che dalla legge delega si estende ai decreti legislativi, cioè di ridurre il lavoro precario, favorendo il contratto a tempo indeterminato. Al riguardo riesce significativo che all'art. 1, comma 7, lett. *b*, della legge delega, si menzioni come principio e criterio direttivo 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» e solo dopo alla lett. *c* «la previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti».

Ciò pare significare che il contratto a tempo indeterminato deve essere promosso per mezzo di incentivi finanziari, quali la defiscalizzazione Irap e la decontribuzione: il che vale per ogni contratto a tempo indeterminato; tant'è che la defiscalizzazione Irap e la decontribuzione prevista per il triennio 2015-2018 dalla legge di stabilità sono state usufruite anche da datori che hanno assunto col contratto a tempo indeterminato prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015. Mentre può essere promosso anche e soprattutto con incentivi normativi, quale una disciplina del licenziamento che ne riduca e ne renda prevedibile il costo: il che vale per il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Così a livello collettivo o individuale può ben essere previsto che il contratto a tempo indeterminato concluso dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo sia assistito dall'art. 18 Stat. lav., anche se ciò pone il problema del se sia possibile ottenere in base ad un atto di autonomia privata la reintegra. Ma più semplicemente si può intervenire sui presupposti, tempi, misure, modalità

dell'indennità risarcitoria dovuta per un licenziamento ingiustificato, senza problema alcuno, trattandosi di condanne alla corresponsione di somme di denaro.

Ciò vale solo per la contrattazione collettiva intervenuta dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 oppure anche per quella già esistente prima? Sembra doversi dare a questa domanda una risposta positiva, fermo restando che la contrattazione collettiva già esistente non prevede né una conservazione della reintegra a' sensi dell'art. 18 Stat. lav. né una graduazione dell'indennità risarcitoria; ma solo ipotesi in cui, secondo il principio di proporzionalità, può essere comminato una sanzione conservativa o una sanzione espulsiva. Quel che se ne potrebbe dedurre è che un licenziamento per una infrazione riconducibile ai sensi della contrattazione collettiva già in essere sotto una sanzione conservativa sia da ritenersi di per se solo ingiustificato, senza, però, farne derivare un diritto alla reintegra; ma solo eventualmente un diritto del lavoratore licenziato al risarcimento del danno conseguente all'inadempimento di un obbligo contrattuale posto a carico del datore di lavoro¹⁷.

¹⁷ Così L. FIORILLO, *op. cit.*, 118 ss.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*

di Carlo Cester

Sommario: 1. I licenziamenti economici e la fine della reintegrazione nel nuovo contratto a tutele crescenti. Questioni generali. – 2. L’ambito di riferimento dei “licenziamenti economici”. – 3. I licenziamenti per disabilità (rinvio) e per malattia. Lo scarso rendimento. – 4. Il “falso” licenziamento per ragioni oggettive.

1. I licenziamenti economici e la fine della reintegrazione nel nuovo contratto a tutele crescenti. Questioni generali

A neppure tre anni dalla profonda rivoluzione introdotta con la l. n. 92/2012 in tema di apparato sanzionatorio per il licenziamento illegittimo, e senza che vi sia stato il tempo per un qualche affidabile monitoraggio a riguardo, la nuova ondata riformatrice volta a marginalizzare la tutela di tipo reintegratorio, investe ora soprattutto i licenziamenti fondati su ragioni oggettive, cioè quelli per i quali viene primariamente in considerazione la libertà di iniziativa economica garantita dalla Costituzione¹.

* Questo scritto è destinato agli Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo.

¹ Si segnalano, fin d’ora, con riferimento alla versione del decreto attuativo approvata dal Governo in data 24 dicembre 2014, M. MARAZZA, [Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act \(un commento provvisorio, dallo schema al decreto\)](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2015, n. 236, e F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (‘a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), [I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità](#), ADAPT University Press, 2015. Con riferimento al d.lgs. n. 23/2015, cfr. S.

Ciò risulta in modo inequivocabile già dall'art. 1, comma 7, lett. c, della l. 10 dicembre 2014, n. 183, che, nell'introdurre, per le nuove assunzioni, il c.d. contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, lungi dal mantenere quel che sembra promettere, cioè appunto un crescendo graduale di garanzie, contiene invece la perentoria esclusione, fin da subito, del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro per i licenziamenti (s'intende ove illegittimi) qualificati come "economici", ed aggiunge poi la previsione, comune alle altre ipotesi di licenziamento per le quali ugualmente la reintegrazione resta esclusa, di un «indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio». La monetizzazione del licenziamento illegittimo costituisce dunque la regola, e per di più senza eccezioni, per quel tipo di licenziamenti. Una scelta, questa, fedelmente ripresa dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, anche sotto il profilo della tecnica normativa usata²: ferma restando la disciplina della tutela reale per il licenziamento nullo (art. 2, dove peraltro vengono in questione diritti fondamentali del lavoratore non conculcabili, neppure quanto alle ricadute sanzionatorie), allorché si disciplinano le conseguenze del licenziamento ingiustificato (art. 3), l'ordine logico e sistematico è rovesciato rispetto all'attuale testo dell'art. 18, perché prima viene enunciata la regola (costituita dalla estinzione del rapporto con condanna all'indennità) e solo dopo viene ritagliato l'angusto spazio per i residui casi di tutela reintegratoria, che comunque non riguardano i licenziamenti per ragioni oggettive.

GIUBBONI, [Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 246; M. DE LUCA, [Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 251; F. SCARPELLI, [La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 252; E. BARRACO, *Le nuove regole in materia di licenziamento individuale e collettivo*, in *DPL*, 2015, n. 14, 868 ss.; M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, ivi, n. 12, 741 ss.; L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015; R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015; C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutela crescenti»*, Cedam, 2015, 75 ss.

² Cfr. F. CARINCI, *op. cit.*, 9.

La novità normativa, pur costituendo il prevedibile approdo della recente riforma dell'art. 18 Stat. lav., segna comunque un passaggio epocale, ed è facile prevedere che farà discutere a lungo³.

La storia della disciplina limitativa dei licenziamenti è, a ben guardare, la storia del bilanciamento fra la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato, e la tutela del lavoro e del posto di lavoro dall'altro. Bilanciamento che si è concretizzato, quanto alla definizione dei presupposti di legittimità, nella formula del giustificato motivo oggettivo con riguardo al licenziamento individuale e in quella di cui all'art. 24 della l. n. 223/1991 con riguardo al licenziamento collettivo. Bilanciamento nel quale si è venuto precisando, sia pure con formula elastica e non definita, lo spessore dell'interesse datoriale a tener ferma la propria decisione di interrompere il rapporto (o i rapporti) per l'avvenuto superamento, per dirla con Pietro Ichino, della soglia sopportabile di "perdita attesa" quanto all'utilità del rapporto medesimo, con conseguente sacrificio dell'interesse del lavoratore (o dei lavoratori) a conservarlo. Bilanciamento che si è poi riversato, a cascata, sul terreno dei rimedi sanzionatori, posto che la rottura di quell'equilibrio, per carenza di giustificazione (o, nel caso di licenziamento collettivo, per la violazione delle regole procedimentali collettive volte a garantire la ponderazione degli interessi in conflitto) ha portato alla rimessione in pristino del rapporto e della concreta collaborazione fra le parti, in una prospettiva – quella dei rimedi – concettualmente diversa ma ordinata secondo linee di coerenza rispetto ai presupposti. Presupposti e sanzioni, infatti, pur giuridicamente distinti, non sono impermeabili tra loro, e non è facile negare che una disciplina riduttiva, e magari addirittura minimizzante, delle sanzioni (come quella che si prospetta in attuazione della nuova normativa), finisca per depotenziare, e talora svuotare, i presupposti legittimanti il licenziamento, con il rischio che il bilanciamento sopra ricordato salti in partenza.

La previsione, per i licenziamenti economici, della sola sanzione risarcitoria sparglia definitivamente il dibattito, già alterato profondamente dalla l. n. 92/2012. Ne esce del tutto cancellato, in detto ambito, quell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro al quale era intitolato il classico saggio di Mattia Persiani dell'immediato dopo-Statuto. Così come sembra ormai lontana anni luce la ricostruzione proposta da Massimo D'Antona sulla reintegrazione nel posto di lavoro come strumento di riequilibrio delle situazioni di potere nell'impresa, in una logica attuativa

³ Si vedano, a riguardo, le penetranti critiche di A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Nاسpi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, *passim*; F. SCARPELLI, *op. cit.*, 3 ss.

dell'art. 41 Cost. E sostanzialmente inascoltato appare anche il monito delle Sezioni Unite della Cassazione nella nota sentenza n. 141/2006 che, pur dettato a proposito di una questione specifica (la ripartizione degli oneri probatori sui requisiti numerici ai fini dell'applicazione delle diverse discipline sanzionatorie), assumeva tuttavia il respiro di un principio generale: «Il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma».

Ma che la si condivida o no (e non mancano certo le ragioni per non condividerla), questa della monetizzazione del licenziamento illegittimo è la scelta di fondo della nuova disciplina, e i licenziamenti diversi da quelli disciplinari, oggetto di queste prime riflessioni, ne costituiscono indubbiamente il terreno di più evidente applicazione.

Certo, proprio a partire dalla radicale esclusione della tutela reintegratoria per i licenziamenti economici illegittimi, si riaprono, con qualche dubbio e magari con qualche spigolosità in più rispetto a quanto discusso a proposito della l. n. 92/2012, sia una questione di costituzionalità, sia una questione di compatibilità con la disciplina comunitaria e internazionale⁴. Questioni, queste, già proposte con riguardo a quella legge, ma rimaste finora priva di sbocchi, vuoi per la mancanza di una vera copertura costituzionale della tutela reintegratoria, vuoi per il contenuto e, per certi aspetti, i limiti di efficacia della disciplina europea. Ma si tratta di problemi di carattere generale, che mi pare non sarebbe corretto discutere unicamente nella prospettiva dei licenziamenti economici, posto che la valutazione in ordine alla “sufficienza” costituzionale o comunitaria della tutela sanzionatoria deve per forza essere complessiva, avuto riguardo all'intero assetto della disciplina, con particolare riguardo anche alla tutela di diritti fondamentali, che in altra parte della riforma trovano ancora protezione adeguata.

Il rovesciamento dell'ordine logico e sistematico di quel bilanciamento di interessi e lo snaturamento dei suoi parametri non mancheranno, poi, di determinare conseguenze ulteriori, a cascata. Anzitutto, ancora a danno dei lavoratori, circa la distribuzione degli oneri probatori sulla consistenza occupazionale, non essendo più possibile, oramai, costruire la tutela reintegratoria (cioè il risarcimento in forma specifica nell'azione di adempimento contrattuale) come la regola generale e quella indennitaria per equivalente (che poi, in realtà, equivalente non è proprio) come l'eccezione, per quanto la questione abbia rilievo ormai soltanto nel caso in cui il

⁴ Sulla questione, da ultimo, S. GIUBBONI, *op. cit.*

lavoratore chieda l'applicazione dell'art. 3, comma 2, del decreto (cioè la tutela reale attenuata). Ma conseguenze si avranno anche e soprattutto, in un singolare contrappasso, a danno dei datori di lavoro, in tema di decorrenza dei termini di prescrizione, tema riguardo il quale si renderà ineludibile la revisione dei consolidati orientamenti della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, già messi profondamente in discussione dalla l. n. 92/2012.

Si può fare, poi, un'altra considerazione di carattere generale, ma sempre con l'occhio rivolto ai licenziamenti "oggettivi". La disciplina del d.lgs. n. 23/2015 non costituisce una nuova versione dell'art. 18 Stat. lav. (anche se questo è in buona parte il suo contenuto), ma una nuova regolamentazione, di carattere generale ma riservata ai nuovi assunti, delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo. Nuova regolamentazione che assorbe perciò anche la corrispondente parte della l. n. 604/1966, posto che l'art. 9 del decreto delegato ridisciplina la misura dell'indennità per i datori di lavoro che non raggiungano i limiti dimensionali di cui all'art. 18 Stat. lav. In questo modo, anche se non lo si dice espressamente, viene integralmente sostituito, per i nuovi assunti, l'art. 8 della l. n. 604/1966 contenente la sanzione per il licenziamento ingiustificato, sia perché i criteri per l'indennità sono cambiati, sia perché non c'è più posto, a parte il caso della discriminazione, non solo per la ripresa del rapporto e della collaborazione fra le parti, ma neppure per la sua rinnovazione (quella riassunzione entro 3 giorni che, pur rappresentando ancora una teorica attenzione del legislatore verso una qualche tutela del posto di lavoro, era sostanzialmente ignorata dalla pratica dei rapporti). Ora la riassunzione non è più richiamata e deve considerarsi abrogata, per la verità senza troppi rimpianti. Salvo non ritenere che la nuova disciplina sia viziata per eccesso di delega, posto che nella legge di delega non si faceva cenno all'area della tutela obbligatoria; ma è possibile sostenere, per contro, che il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, proprio perché non è nulla di diverso dal generale e attuale modello negoziale, necessariamente include anche quell'area, sì che le precisazioni contenute nella legge di delega circa l'esclusione della reintegrazione vanno intese appunto come precisazioni e non come una delimitazione dell'oggetto stesso della delega che, con riguardo alla rilevanza dell'anzianità come criterio del ristoro economico, assume appunto valenza generale e riguarda pertanto anche i datori di lavoro di ridotte dimensioni⁵.

⁵ Senza peraltro che si possa dimenticare che la perimetrazione fra tutele più o meno forti (una volta si diceva fra tutela reale e tutela obbligatoria) segue percorsi tutt'altro che coerenti, posto che anche un datore di lavoro con un numero di occupati fino a 60 ben poteva andare esente

Quanto ora precisato circa il rapporto fra le due tradizionali, diverse aree di disciplina sanzionatoria induce ad una ulteriore considerazione di carattere generale, che in questa sede può essere solo accennata. La questione è quella della esaustività o meno della disciplina sanzionatoria, che si pone in modo più evidente con riguardo all'ambito di applicazione della nullità di cui all'art. 2, comma 1, del decreto, ma che investe anche i licenziamenti di tipo *lato sensu* oggettivo. Come noto, nel sistema precedente la l. n. 92/2012, l'art. 18 Stat. lav. copriva la maggior parte delle ipotesi di illegittimità del licenziamento, ma non tutte, perché diverse altre restavano disseminate nell'ordinamento: in quello speciale, come il licenziamento collegato alla maternità, o in quello generale, come il licenziamento per motivo illecito. Da ciò, alternativamente, o l'attrazione di quei diversi casi nell'art. 18 medesimo o l'individuazione di uno spazio riservato alla c.d. tutela reale di diritto comune, che altro non era che la disciplina della nullità o dell'inefficacia in senso stretto. La l. n. 92/2012, nella sua vocazione universalistica, ha di molto ridotto l'ambito di operatività della tutela di diritto comune, ma non lo ha eliminato del tutto.

Il decreto delegato, su questa questione, appare un poco schizofrenico. Per un verso chiude con durezza gli spazi della tutela reintegratoria (in modo totale con riguardo alla materia oggetto di questo commento), per altro verso rinuncia a regolare alcune delle ipotesi già considerate nell'art. 18 Stat. lav., lasciando sul campo taluni silenzi problematici. Ma la via di fuga verso il diritto comune, in queste ipotesi di "non detto", rischia di porsi in rotta di collisione con il generale disegno di politica legislativa che emerge dall'intero provvedimento. Ed infatti, una volta che la tutela reintegratoria venga demitizzata (nella consapevolezza della impraticabilità della sua attuazione coattiva), quel che resta dell'art. 18 (nel testo statutario, ma in definitiva anche in questo testo che si sta commentando), a parte il surrogato monetario della reintegrazione (cioè le 15 mensilità), è in sostanza sovrapponibile con il diritto comune, sia quanto all'accertamento della permanenza del rapporto, sia quanto alla definizione del risarcimento del danno. Anzi, dopo le modifiche della l. n. 92/2012 (con l'introduzione del tetto al risarcimento in caso di tutela reale attenuata), la tutela reale di diritto comune, in non poche situazioni concrete, può garantire di più al lavoratore illegittimamente licenziato.

Ma se così è, non è del tutto irragionevole il dubbio circa l'utilizzabilità, sempre e comunque, dello strumento integrativo del diritto generale rispetto a quello speciale. Ed infatti, se il primo funziona come rete di sicurezza per il raggiungimento di un risultato grosso modo equivalente a quello garantito dal

dalla tutela reale, sol che avesse opportunamente frammentato la sua organizzazione in piccole unità produttive.

secondo (nella specie non direttamente applicabile), c'è da chiedersi se lo stesso meccanismo possa essere riprodotto allorché il risultato garantito dal diritto comune, cioè la conservazione del rapporto in caso di illegittimità del licenziamento, sia sostanzialmente in contrasto con il diritto speciale, che quel rapporto considera di regola risolto nonostante l'illegittimità. Conclusione, questa, che potrebbe essere avvalorata da una lettura sostanzialistica della legge di delega che, nel bandire, salvo casi limitati, la reintegrazione, sembra aver ricompreso nel divieto anche forme equipollenti di tutela, come sono quelle che comunque tolgono al licenziamento la sua efficacia estintiva.

Questione in parte diversa, ma legata a quest'ultima, è quella che riguarda la possibile definizione consensuale della stabilità, cioè la conservazione, mediante patto individuale, o in taluni casi anche collettivo, della tutela di tipo reintegratorio. Nell'attuale regime casi di questo genere non sono infrequenti, e la giurisprudenza ha generalmente ammesso la piena legittimità di una garanzia pattizia della tutela reale, ritenendo la materia disponibile *in melius*, salvo che per quanto concerne la giusta causa, ritenuta inderogabile. In futuro non è difficile prevedere un maggior sviluppo di queste clausole, non tanto a livello collettivo, visto che le organizzazioni sindacali dei datori di lavoro saranno alquanto restie a stipularle a fronte delle novità che si stanno commentando, quanto a livello individuale, e magari soprattutto nei casi di licenziamenti per ragioni oggettive. Le clausole di stabilità, infatti, costituiranno uno strumento talora indispensabile – almeno là dove il lavoratore abbia una certa forza contrattuale in ragione di una specifica professionalità – perché possa realizzarsi la mobilità da un posto di lavoro ad un altro, mobilità altrimenti frenata proprio dalla nuova disciplina riservata ai nuovi assunti. La questione ora è questa. Si può pensare che la futura normativa sui licenziamenti assumerà caratteristiche di disciplina di ordine pubblico (economico) non derogabile in entrambe le direzioni, finalizzata com'è al raggiungimento di obiettivi generali di politica occupazionale, pertanto inderogabile anche *in melius*? In fondo, la clausola di miglior favore inserita tanto nella l. n. 604/1966, quanto nello Statuto, qui non c'è, e la flessibilità in uscita rappresenta un tassello importante di quella politica. La questione resta aperta, anche se ho l'impressione che un irrigidimento di questo tipo, nel senso della illegittimità della clausola, andrebbe a segnare troppo in profondità la libertà contrattuale.

2. L'ambito di riferimento dei "licenziamenti economici"

Come ho prima ricordato, la legge di delega, nell'individuare la tipologia di licenziamenti la cui illegittimità non può in alcun caso dare diritto alla tutela reintegratoria, utilizza un'espressione – i "licenziamenti economici" – che costituisce una novità nel vocabolario legislativo⁶. Tanto che si poteva immaginare che il legislatore delegante intendesse prefigurare una rivisitazione della nozione tradizionale di giustificato motivo oggettivo, magari raccordandola e coordinandola con la nozione di licenziamento collettivo per riduzione di personale, la cui distanza rispetto alla prima si è paradossalmente accorciata proprio dopo la definizione normativa della seconda ad opera della l. n. 223/1991; una rivisitazione, e un coordinamento, con attenzione ai presupposti oltre che alle sanzioni, magari riplasmando i primi sulla lunghezza d'onda delle seconde. Con la conseguenza che del decreto delegato si potrebbe denunciare la difformità rispetto alla legge di delega non, com'è usuale che sia, per eccesso, ma, curiosamente, per difetto (anche se da una tale difformità non derivano specifiche conseguenze): in altre parole, per non aver colto quel possibile spazio definitorio (tarato sulle sanzioni, ma indirettamente incidente sui presupposti) di una nozione di uso comune – il licenziamento per ragioni economiche – sospesa fra il profilo teleologico e quello strumentale, la cui valenza e la cui ampiezza sono state frequentemente oggetto di discussione.

In effetti, l'espressione "licenziamento economico" (adottata, ad esempio, nella recente legislazione spagnola), si presta a diverse accezioni. Una onnicomprensiva, tale da includere qualunque scelta di carattere generale sulle dimensioni e sugli indirizzi dell'attività aziendale, ivi comprese quelle più specificatamente concernenti l'organizzazione della forza lavoro, e le – come dire – compatibilità e possibilità personali del lavoratore rispetto all'organizzazione. Un'altra più mirata e specifica, perché determinata dalla soppressione del posto (e non da meccanismi sostitutivi) e magari solo in una situazione di sofferenza economica, come non di rado sostenuto, anche recentemente, dalla giurisprudenza di legittimità.

A ben guardare, però, la formula della legge di delega più che tipizzare nuove fattispecie o anche solo proporre nuove angolature delle tradizionali fattispecie, per le quali sarebbe decisamente servita qualche indicazione più precisa di carattere sostanziale, sembra assolvere ad una funzione

⁶ Dalla genericità dell'espressione A. PERULLI, *op. cit.*, 44, desume l'incostituzionalità della legge di delega e comunque il dubbio che il Governo fosse legittimato ad intervenire in materia di licenziamenti collettivi.

essenzialmente riassuntiva, di accorpamento delle ipotesi alle quali applicare esclusivamente la tutela indennitaria tutte le volte in cui il licenziamento, per quanto illegittimo, sia legato ad una esigenza *lato sensu* economica, cioè di assetto della struttura produttiva, tanto nel senso delle scelte dimensionali, quanto nel senso delle scelte organizzative e gestionali (e dunque con attenzione anche al fattore personale): in una prospettiva, quindi, tendenzialmente ampia. Operazione riassuntiva, questa, che tuttavia comporta una qualche selezione, a seconda delle diverse modalità nelle quali quelle esigenze e scelte si manifestano e vengono addotte dal datore di lavoro.

Una tale selezione non mi pare possa portare ad escludere i licenziamenti collettivi (peraltro non oggetto di questa trattazione), trattandosi, in fondo, dei licenziamenti economici per eccellenza. Fra i primi commentatori c'è chi ha pensato di escluderli (con conseguente eccesso di delega del decreto che li ha presi in considerazione), in quanto si tratterebbe di licenziamenti “a-causali” e “procedurali”. Sennonché, mentre l'assoggettamento anche ad una disciplina di tipo procedurale nulla dice intorno alla loro qualificazione, sta di fatto che la l. n. 223/1991 dà una definizione ben chiara dei presupposti sostanziali per l'applicazione della procedura («riduzione o trasformazione di attività o lavoro» all'art. 24 e, analogamente, all'art. 4, quanto alla impossibilità di far rientrare tutti i lavoratori collocati in Cassa integrazione), mentre la questione della sindacabilità di quei presupposti si pone su un piano diverso.

In realtà, il riferimento ai licenziamenti economici, finalizzato all'esclusione generalizzata degli stessi dalla tutela reintegratoria, va interpretato alla luce della medesima *ratio* e porta perciò a ricomprendervi tutti i licenziamenti *lato sensu* basati su ragioni legate all'esercizio della libertà economica: libertà che, del resto, proprio con riguardo ai licenziamenti collettivi ha trovato, anche in altre stagioni, la sua massima espressione.

Né l'eccesso di delega potrebbe fondarsi sul riferimento al licenziamento senza aggettivazioni, che sarebbe usualmente da intendersi come riferimento a quello individuale, né, ancora, sul fatto che i licenziamenti collettivi siano provvisti di una autonoma disciplina, come pure si è sostenuto⁷. Ma è qui che, a mio parere, la formula riassuntiva della legge di delega (“licenziamenti economici”) consente di risolvere il problema escludendone la violazione. È

⁷ Cfr. M. DE LUCA, *op. cit.*, 28. In una prospettiva opposta, secondo A. TOPO, *Licenziamento collettivo, sistema sanzionatorio e ruolo delle organizzazioni sindacali*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 191, ad escludere l'eccesso di delega non sarebbe l'inerenza dei licenziamenti collettivi alla tipologia (ritenuta assai ambigua) di “licenziamenti economici”, ma la circostanza che il legislatore ha comunque delimitato l'area residua della reintegrazione, fra cui non rientrano le ipotesi alle quali la l. n. 223/1991 collegava quella sanzione.

cioè sul terreno delle ragioni e non della dimensione quantitativa delle scelte, che il legislatore delegante intende uniformare. D'altronde, non è da oggi che la reale differenza fra giustificato motivo oggettivo nel licenziamento individuale e licenziamento collettivo per riduzione di personale viene ricondotta, in definitiva, all'indice numerico: il licenziamento individuale nel confronto con gli interessi del singolo, quello collettivo nel confronto con gli interessi collettivi stante il maggior allarme sociale che esso suscita; ma l'uno e l'altro legati ad una scelta economico-riorganizzativa. Dunque, anche al licenziamento collettivo si adatta la nozione di licenziamento economico, anzi, ne costituisce addirittura (e per la verità ne ha sempre costituito) l'emblema e la manifestazione più significativa. Per quanto concerne la specifica disciplina concernente il licenziamento collettivo, si rinvia al commento all'art. 10 del decreto.

Quanto ai licenziamenti individuali, ferma restando la definizione di cui all'art. 3, seconda parte, della l. n. 604/1966, è noto come ad essa, e segnatamente al "regolare funzionamento" dell'organizzazione, siano state ricondotte, pur senza che vi sia soppressione del posto di lavoro, specifiche situazioni del lavoratore, di impossibilità o grave difficoltà a garantire il regolare adempimento della prestazione di lavoro: situazioni da considerarsi in un certo senso interne al singolo rapporto (pur non avendo a che fare con l'inadempimento) ma "esterne" rispetto agli oggettivi strumenti di gestione. Non sono mancate le obiezioni, ma il non sempre facile raccordo con il diritto comune dei contratti (si pensi proprio all'impossibilità) e la più rassicurante presenza di una disciplina speciale, hanno finito per convogliare all'interno di quest'ultima, cioè del giustificato motivo oggettivo (*sub specie* di intoppo al regolare funzionamento dell'organizzazione), anche talune di quelle fattispecie diverse, oltre tutto con il guadagno netto, per il lavoratore impossibilitato o comunque in difficoltà a prestare normalmente lavoro, del preavviso e della verifica circa la sua ricollocabilità all'interno dell'azienda (come era emerso chiaramente dalla vicenda della sopravvenuta inidoneità fisica ancor prima che intervenisse la l. n. 68/1999 a suggellare l'interpretazione aperta che era stata proposta dalla giurisprudenza).

La legge di delega poteva costituire l'occasione per una riconsiderazione della materia, magari solo in funzione confermativa del precedente assetto. Così non è stato, e l'interprete si trova di fronte ad una indicazione della delega ("licenziamenti economici") apparentemente generica e ad un decreto delegato che la ignora.

Quest'ultimo, infatti, abbandona *sic et simpliciter* la formula riassuntiva della legge di delega e riprende le tradizionali nozioni di giustificato motivo

oggettivo (art. 3, non più smembrato in due apparenti sottotipi) e, separatamente, di licenziamento collettivo (art. 10). Si occupa espressamente di una sola delle ipotesi tradizionalmente qualificate come di giustificato motivo oggettivo e tuttavia declinate in modo “personale” – quella del licenziamento (illegittimamente) determinato da sopravvenuta inidoneità, *rectius* ora, disabilità fisica o psichica, «anche ai sensi degli articoli 4, comma 4 e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68» – ma, diversamente da quanto risultava nella versione del decreto legislativo approvata il 24 dicembre 2014, nella versione definitiva riposiziona questa ipotesi e la promuove nell’ambito della tutela reale piena. Nessun cenno, invece, e a differenza che nell’art. 18, al licenziamento illegittimo per mancato superamento del periodo di comporta per malattia o infortunio; nessun cenno, come del resto nell’art. 18, al licenziamento per scarso rendimento.

Una cosa è certa: è destinata a finire, sia pure per i soli nuovi assunti, quella problematica frattura interna alla nozione di giustificato motivo oggettivo che nel recente e ancora attuale testo dell’art. 18 ha l’obbiettivo (ma forse solo la presunzione) di separare le ipotesi di c.d. ingiustificatezza semplice da quelle di ingiustificatezza “qualificata”. La scelta di eliminare le seconde, rompendo il parallelismo con il giustificato motivo soggettivo, è scelta fin che si vuole criticabile sul piano della politica legislativa (rappresentando il punto più evidente di emersione della politica nuova), ma non particolarmente censurabile sul piano interpretativo, stante l’estrema difficoltà di ragionare in termini di fatto, e di insussistenza (per di più “manifesta”) dei fatti posti a base di questa tipologia di licenziamento, visto che nel caso del licenziamento “economico” si discute assai raramente di fatti, ma quasi sempre di scelte, di valutazioni, di prognosi circa la futura utilizzabilità dei rapporti di lavoro, pur sempre protette dalla libertà economica.

Restano invece alcuni problemi di perimetrazione del vecchio concetto di giustificato motivo oggettivo, tenendo conto dell’indicazione della legge di delega circa i “licenziamenti economici”.

3. I licenziamenti per disabilità (rinvio) e per malattia. Lo scarso rendimento

Come ho appena ricordato, il testo originario del decreto riservava la tutela reintegratoria debole all’ipotesi di licenziamento (illegittimamente) intimato per inidoneità fisica o psichica, “anche” ai sensi della normativa sui soggetti disabili, e dunque con la stessa intonazione esemplificativa dell’art. 18. Già in

quel testo era ravvisabile una differenza rispetto a quest'ultima disposizione: mentre infatti nell'art. 18 la fattispecie è espressamente ricondotta al "motivo oggettivo", quel riferimento era omesso nella bozza di decreto. Ciò, peraltro, non senza ragione, visto che la qualificazione in termini di giustificato motivo oggettivo ha la funzione, nella ancora attuale disciplina per i vecchi assunti, di vincolare anche questa tipologia di licenziamento alla procedura obbligatoria di conciliazione preventiva (art. 7 della l. n. 604/1966) riservata al licenziamento per giustificato motivo oggettivo "classico": ovvio che, una volta abrogata, per i nuovi assunti, quella procedura (art. 3, comma 3, del decreto), la qualificazione a quel fine abbia perduto di significato.

Ma la versione definitiva del decreto, accogliendo il parere delle Commissioni parlamentari, riposiziona questa tipologia di licenziamento illegittimo e, pur parlando ancora di un «difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità», garantisce al lavoratore la tutela reale piena di cui all'art. 2. Il cambio di passo è significativo e tale tuttavia da rendere più incerto il complessivo quadro sistematico. Rinviando, per un approfondimento della questione, allo specifico commento all'art. 2, mi limiterò ad alcune brevi osservazioni.

Può essere che la nuova collocazione sanzionatoria (tutela reale piena) sia dipesa dal sospetto di incostituzionalità, per eccesso di delega, di quella precedente (tutela reale attenuata). Ed infatti, l'aver tolto al licenziamento per sopravvenuta inidoneità l'etichetta di licenziamento per giustificato motivo oggettivo evitava sì la contraddizione con la generale esclusione della tutela reintegratoria per quel tipo di licenziamento, non potendo più, a quel punto, l'inidoneità sopravvenuta essere qualificata come una ragione "economica"; ma restava, e resta, il fatto che anche al di fuori dei licenziamenti economici la tutela reintegratoria costituisce, come detto, l'eccezione, e il caso in discussione non rientra a prima vista fra quelli indicati dalla l. n. 183/2014, donde appunto il possibile eccesso di delega. La versione definitiva del decreto ha evitato tale rischio collocando il licenziamento per sopravvenuta (non più inidoneità, ma) disabilità fisica o psichica, *ratione materiae*, nel contesto dell'art. 2 e del divieto di discriminazione (così si esprime la relazione della Commissione parlamentare). Con la conseguenza di garantire al lavoratore illegittimamente licenziato una tutela più intensa di quella garantita dall'art. 18 ai vecchi assunti.

Peraltro, la riconduzione di questo tipo di licenziamento all'area della discriminazione non manca di sollevare talune perplessità⁸. È ben vero che fra i vari fattori di discriminazione (opportunamente ricondotti, nella versione definitiva del decreto, all'art. 15 Stat. lav. e successive modificazioni) vi è anche l'handicap, e l'uso del termine "disabilità" in luogo di "inidoneità" appare funzionale a quella assimilazione. Ma questo sembra significare soltanto che è vietato licenziare a causa dell'handicap, qualunque sia la motivazione formalmente adottata, sì che la specifica condizione personale di disabilità nella quale si trova il lavoratore non può recargli il pregiudizio della perdita del posto di lavoro, fintantoché la sua prestazione sia ricevibile e utilizzabile. Il caso che ci occupa è in un certo senso speculare, da un lato perché la situazione di inidoneità nella quale il lavoratore si trova non viene affatto nascosta, bensì, tutto al contrario, evidenziata e posta a fondamento del licenziamento, e, va aggiunto, legittimamente posta a fondamento, dal punto di vista del datore di lavoro, qualora non residui più una idoneità utilizzabile; dall'altro lato perché il licenziamento è accertato come illegittimo (e sarà conseguentemente sanzionato) proprio in ragione della insussistenza e non già della presenza della situazione di inidoneità, cioè del fattore di discriminazione.

Per una diversa conclusione, oltre a valorizzare la variante semantica, cioè quel passaggio dalla inidoneità alla disabilità, cioè ad una espressione indubbiamente più vicina a quella dell'handicap che è fattore di discriminazione ai sensi dell'art. 15 Stat. lav., occorrerebbe ritenere, in base ad un ragionamento più che altro pragmatico, che il licenziamento del disabile non abbastanza tale (e quindi ancora utilizzabile) sia pur sempre riconducibile alla sua situazione di pur parziale disabilità. In questa prospettiva, che eliminerebbe i dubbi di eccesso di delega, si renderebbe però necessaria una interpretazione rigorosa della stessa nozione di disabilità, che, seppure non vincolata alle percentuali, deve essere comunque fisica o psichica, e non connotata dal punto di vista solo professionale, come incapacità "naturale" al lavoro.

Resta comunque il sospetto che il licenziamento intimato per insufficiente disabilità sia sostanzialmente un licenziamento non discriminatorio, ma privo di giustificazione (come la stessa formula normativa lascia ancora intendere): una autonoma ipotesi di ingiustificatezza, che ora però è sanzionata nel modo più incisivo, cioè con la tutela reale piena; con la conseguenza che, una volta

⁸ Perplessità sono manifestate anche da C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 48.

chiarito il salto logico (e forse l'equivoco) del legislatore delegato, la questione dell'eccesso di delega non mi sembra del tutto scongiurata.

C'è poi una ulteriore questione che sorge inevitabilmente dall'inquadramento del licenziamento per disabilità nell'area della discriminazione (di cui all'art. 2 del decreto), ed è quella della sua applicazione necessariamente generale, a tutti i datori di lavoro, con evidente aggravio per i "piccoli" datori di lavoro. Costoro, infatti, se da un lato vedono corretta l'incongruenza della l. n. 92/2012 a proposito del licenziamento "inefficace" per ragioni procedurali (in base a quella legge privo di specifica sanzione e dunque soggetto ancora al diritto comune; ora, con l'art. 9 del decreto in commento, allineato alla sanzione indennitaria debole), dall'altro lato vedono però ampliarsi i casi di applicazione della tutela reale piena, ora estesa al licenziamento per disabilità.

Problemi nuovi, e particolarmente delicati, sorgono poi a proposito del licenziamento illegittimo per l'ipotesi di mancato superamento del periodo di comporto per malattia o infortunio sul lavoro, e dunque intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. Mentre l'attuale versione dell'art. 18 (per i vecchi assunti) lo menziona espressamente per riservargli la tutela reintegratoria debole, il nuovo decreto delegato tace, e questo è forse il "non detto" più problematico e quasi imbarazzante del nuovo testo. In questa materia, infatti, si ritiene comunemente che vengano in considerazione interessi del lavoratore muniti di specifica tutela costituzionale, come il diritto alla salute (art. 32 Cost.), di rango certo non inferiore a quello alla libera iniziativa economica; anche se, a ben guardare, quel diritto non viene in questione direttamente, ma solo in modo indiretto, nella misura in cui l'assenza di salute può determinare conseguenze pregiudizievoli su uno specifico rapporto contrattuale, e peraltro solo entro certi limiti e a certe condizioni (appunto, il superamento del comporto).

Il supporto costituzionale (pur non granitico, come appena osservato) porterebbe ad avvalorare la configurazione del licenziamento intimato per malattia prima del superamento del periodo di comporto come nullo per violazione di norma imperativa, a quel punto però munito, in base all'art. 2, comma 1, di una sanzione (la tutela reintegratoria piena) più forte di quella prevista nell'attuale art. 18 (la tutela reintegratoria debole). Un siffatto esito interpretativo, non reso esplicito (a differenza di quanto stabilito, come si è appena visto, a proposito del licenziamento per disabilità sopravvenuta) ma a mio parere pressoché obbligato se si ragiona unicamente in termini di nullità, lascia non poche perplessità e induce a riflettere ulteriormente.

Lo scenario potrebbe essere diverso ove il silenzio su questa ipotesi di licenziamento illegittimo (che nell'iter del decreto sarebbe stata, in un primo

tempo, presente accanto a quella del licenziamento per inidoneità e poi espunta) fosse riconducibile alla sua qualificazione di licenziamento provvisoriamente inefficace e non nullo, come sostiene Pietro Ichino nella sua “storia segreta” della bozza di decreto, così da giustificare la tutela solo indennitaria. Ma anche in questa prospettiva le perplessità non mancano e semmai appaiono più rilevanti. Ed infatti, per quanto la definizione delle conseguenze sanzionatorie di un licenziamento intimato prima che sia decorso il periodo di comportamento non sia sempre stata, in passato, lineare e convincente⁹, si dovrebbe convenire sul fatto che la configurazione di una inefficacia meramente provvisoria del licenziamento (con differimento dei suoi effetti alla maturazione del comportamento) la si dovrebbe riservare con sufficiente certezza alle ipotesi di licenziamento fondato su ragioni diverse dalla malattia e tuttavia intimato durante la stessa. Nelle altre ipotesi (di licenziamento intimato giusto per malattia, ma prima della maturazione del periodo di comportamento) quella configurazione era legata al sistema del Codice civile, nel quale l’art. 2110 c.c. costituiva nient’altro che un temperamento, appunto provvisorio, della libertà di recesso *ex art.* 2118 c.c. a tutela del prestatore di lavoro che, a causa della malattia e della conseguente impossibilità, si fosse trovato in una particolare situazione di difficoltà sul piano contrattuale. Ma quella configurazione non poteva reggere dopo l’introduzione del principio di giustificazione del licenziamento, perché l’incidenza sul solo piano temporale degli effetti di quel tipo di licenziamento è stata superata dalla previsione di presupposti sostanziali di legittimità del licenziamento stesso da verificarsi al momento della sua intimazione¹⁰. Tanto che solo a prezzo di una evidente contraddizione la conferma dell’originario orientamento ha potuto accompagnarsi alla condivisibile considerazione del superamento del periodo di comportamento come autonoma, e al contempo automatica (salvo comunque il preavviso) causa di giustificazione del licenziamento. Certamente più coerente, come generalmente sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità¹¹, era la configurazione di una nullità (di diritto comune) per violazione della norma imperativa dell’art. 2110 c.c., anche se spesso una tale qualificazione del vizio è stata adottata al solo fine concreto di ammettere la rinnovazione del

⁹ Sul punto, da ultimo e in generale, le efficaci considerazioni di R. VOZA, [Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2015, n. 248, 9 ss.

¹⁰ Si pensi al caso del lavoratore licenziato per superamento dell’età pensionabile prima del compimento della stessa, cioè con un preavviso la cui scadenza coincida con il detto compimento.

¹¹ Da ultimo, Cass. 18 novembre 2014, n. 24525.

licenziamento appunto nullo, così da ridurre non di poco l'impatto concreto del principio. Marginale, invece, era risultata l'applicazione della disciplina di volta in volta applicabile in tema di licenziamento ingiustificato.

In questo quadro non privo di incertezze, la l. n. 92/2012 ha qualificato questa fattispecie come di «violazione» dell'art. 2110 c.c., disponendo peraltro l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata, in una prospettiva, non criticabile (stante la riserva dell'art. 1418 c.c.), di annullabilità.

Ora, l'omissione, nel decreto delegato in commento, di ogni riferimento alla fattispecie qui in considerazione, non è di facile lettura. La si può interpretare come chiaro indizio della volontà legislativa di escludere la tutela reintegratoria prima garantita, secondo il consolidato criterio ermeneutico che, mettendo in successione i due testi normativi, assegna al silenzio del secondo il chiaro intento di escludere ciò che era espressamente regolato dal primo; con la conseguenza di ricondurre il caso alla ingiustificatezza semplice, munita di tutela solo indennitaria, ancorché "forte". Ma si è anche pensato di ricondurre il superamento del comporto alla inidoneità fisica o psichica¹², cui appunto la malattia sarebbe assimilabile, venendosi così ad assicurare la tutela reintegratoria. E ciò tanto più ora che il testo definitivo del decreto ha sostituito alla inidoneità la disabilità, alla quale la malattia medesima appare maggiormente assimilabile. La proposta è suggestiva, e consentirebbe di recuperare la salvaguardia (seppure indiretta) dei principi costituzionali in tema di tutela della salute, ma appare forzata, visto il significato circoscritto che da sempre si è assegnato all'inidoneità – ma il discorso non mi pare sia così diverso se riferito alla disabilità – proprio al fine di distinguerla, in ragione della sua definitività sia pure relativa, dallo stato di malattia, caratterizzato invece (secondo la costante giurisprudenza) dalla temporaneità, e di ritagliare autonomi e diversi profili di tutela alle due situazioni di debolezza del prestatore di lavoro¹³. Né a conclusioni diverse mi sembra si

¹² Così M. MARAZZA, *op. cit.*, 16; analogamente, E. BARRACO, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *LG*, 2015, n. 2, 132. *Contra*, M. DE LUCA, *op. cit.*, 20, il quale tuttavia non indica quale sia ora la sanzione nel caso di licenziamento intimato illegittimamente per scadenza del periodo di comporto.

¹³ Esclude la riconducibilità, ai fini di cui si discute, della malattia alla disabilità, L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 111. Va anche tenuto conto che anche di recente il legislatore ha mostrato di voler escludere lo scudo della nullità per il recesso intimato prima della scadenza del comporto, a differenza di quanto dispone per il licenziamento interferente con la maternità o paternità: si è infatti esclusa la sospensione degli effetti del recesso intimato in esito alla procedura disciplinare o in esito a quella di preventiva conciliazione per il caso di

possa pervenire in base al carattere esemplificativo ricavabile dall'espressione "anche" contenuta nell'art. 2, comma 4, del decreto in commento¹⁴, visto che l'esemplificazione ha riguardo al caso di soggetti non assunti come disabili (cioè non solo, come afferma la norma, ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della l. n. 68/1999), ma pur sempre con riferimento ad uno stato di inidoneità o disabilità, e non a situazioni diverse, come la malattia¹⁵. Oltre tutto, l'interpretazione criticata finirebbe per riprodurre il problema dell'eccesso dalla delega, nei termini sopra indicati. E proprio il riposizionamento nella tutela reale addirittura piena del (solo) licenziamento per disabilità, non fa che sottolineare la divaricazione delle due fattispecie, troppo evidente essendo ora l'intenzione di escludere tanto la medesima previsione per il licenziamento per malattia, quanto la sua assimilazione a quello per disabilità; aprendosi semmai, un problema di disparità di trattamento, della cui irragionevolezza, peraltro, occorrerebbe dare adeguata dimostrazione.

Se l'assimilazione alla disabilità resta alquanto problematica, non minori difficoltà incontra la proposta interpretativa di applicazione (analogica?) dell'art. 18 come oggi vigente¹⁶, essendo del tutto inequivocabile la volontà del legislatore di sostituire integralmente e senza residui, per i nuovi assunti (e assimilati), la disciplina della norma statutaria con quella nuova.

Una volta scartata, per le ragioni dette, l'applicazione estensiva dell'art. 2, comma 4, restano due vie d'uscita. La prima è quella della nullità di diritto comune, derivante dalla violazione, *sic et simpliciter*, di norma imperativa (cioè dell'art. 2110 c.c.)¹⁷. La seconda è quella di considerare il licenziamento illegittimo per mancato superamento del compito come un licenziamento di per sé ingiustificato, e dunque sanzionato solo con l'indennità. Entrambe le soluzioni mostrano qualche crepa.

Quanto alla prima – quella della nullità di diritto comune – resta la perplessità sistematica già segnalata, data dalla sua utilizzazione come via di fuga capace di alterare lo schema generale (e tendenzialmente inclusivo) adottato dalla nuova disciplina con riguardo alla qualità, generalmente economica, della

licenziamento per ragioni oggettive, solo nel secondo caso e non nel primo (art. 1, comma 40 della l. n. 92/2012), come acutamente sottolineato da R. VOZA, *op. cit.*, 10.

¹⁴ Così M. MISCIONE, *op. cit.*, 753, per il quale «la mancata previsione di un esempio è irrilevante e dunque deve ritenersi compreso anche il licenziamento con violazione dell'art. 2110 c.c. anche se non più citato espressamente come esempio».

¹⁵ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, n. 3, 547; aderisce R. VOZA, *op. cit.*, 12.

¹⁶ È quanto suggerisce, come mera ipotesi, R. VOZA, *op. cit.*, 13.

¹⁷ Così L. FIORILLO, *op. cit.*, 112.

tutela; oltre tutto, con la complicazione di un duplice regime di nullità: quello “espresso” di cui all’art. 2, e l’altro virtuale. Quanto alla seconda, per un verso non ne difetterebbe un fondamento testuale nello stesso art. 2110 c.c., che può essere letto come previsione di un presupposto per l’esercizio del potere di recesso, cioè in sostanza, come una sua giustificazione tipizzata, autonoma ed automatica, perché la somma delle assenze, se dimostrata in eccedenza del comporta, è in grado di sostenere da sola il licenziamento. Per altro verso, però, la sua riconduzione all’area della giustificatezza ne imporrebbe l’assoggettamento, ad esempio, anche dell’onere di dimostrare la non ricollocabilità del lavoratore, che sarebbe evidentemente in contrasto con la causalità estintiva tipizzata (cioè l’impossibilità sopravvenuta oltre il limite di garanzia). A meno che non sia possibile ricostruire, nel rinnovato microsistema sanzionatorio del licenziamento illegittimo, una sorta di tipizzazione generale di ingiustificatezza, i cui confini vanno al di là del perimetro disegnato dall’art. 3 della l. n. 606/1966), e che tuttavia sia ad essa in qualche modo assimilabili. Non, ovviamente, al caso di giustificato motivo soggettivo (trattandosi qui di impossibilità e non di inadempimento), ma a quello oggettivo, nella sua declinazione di disfunzioni organizzative e dunque della rilevanza della condizione personale del lavoratore (qui di soggetto malato, anche se per un complessivo periodo non superiore al comporta). Un licenziamento non economico riceverebbe così il trattamento di quello economico.

Proprio queste considerazioni inducono a considerare, sia pure rapidamente, il *revirement* posto in essere, proprio in tema di tutela dello stato di malattia, dalla ben nota sentenza della Corte di cassazione dello scorso mese di settembre¹⁸, con la sostanziale riproposizione dell’eccessiva morbilità come causa di giustificazione del licenziamento. Ciò anche perché quel cambio di indirizzo, forse meno netto di quanto non sia apparso nei primi commenti, si lega in realtà ad un altro profilo di giustificazione del licenziamento che appartiene al “non detto” del decreto in commento, come del resto anche della l. n. 92/2012, cioè allo scarso rendimento. Ove si tornasse a ritenere – come ritiene quella sentenza – che le assenze del lavoratore per malattia possono venire in rilievo, oltre che in sé e per sé ai sensi dell’art. 2110 c.c. in caso di superamento del periodo di comporta, anche “sotto un diverso profilo”, che è slegato da quest’ultimo e legato invece alla verifica di una «prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile» e «inadeguata

¹⁸ Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in *RIDL*, 2014, n. 4, II, 969, con nota critica di R. LAMA, *Trent’anni dopo le Sezioni Unite: la Cassazione riesuma l’eccessiva morbilità come giustificato motivo di licenziamento*.

sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale», la tutela della malattia perderebbe di rilievo, sopravanzata, per quel diverso profilo, dalla tutela delle esigenze organizzative; e ciò secondo un crinale non facilmente delimitabile *a priori*, non essendo dato al lavoratore di sapere, almeno in linea di massima, quando la malattia, *rectius*, i singoli episodi morbosi trovino copertura nella norma del codice e quando invece debbano fare i conti con l'art. 3 della l. n. 604/1966.

Oltre tutto, quel diverso profilo può essere delineato con tratti diversi: l'incidenza delle ripetute assenze sull'organizzazione aziendale in termini di difficoltà di sostituzione e di generale affidabilità futura della prestazione di lavoro, in una prospettiva di gestione generale e di organizzazione dell'attività produttiva (incidenza sulla quale si era concentrata la più risalente giurisprudenza sulla eccessiva morbilità); ovvero il riflesso sulla singola prestazione lavorativa in quanto tale, con conseguente insufficienza dell'utilità della stessa, nella prospettiva individuale di uno scarso rendimento in senso proprio. Sebbene nella sentenza della Cassazione non manchino riferimenti ad entrambe queste prospettive (vi si dà atto che in concreto era stata dedotta anche la difficoltà di sostituzione all'ultimo momento), sembra che maggior rilievo sistematico venga riservato al profilo, a suo tempo non considerato dalla stessa giurisprudenza di legittimità, dello scarso rendimento, magari proprio per ammorbidire il cambio di indirizzo. Anche se non si può escludere che la disapplicazione, nel caso di specie, dell'art. 2110 c.c. (con conseguente legittimità di un licenziamento per malattia prima del superamento del compito) fosse dettata anche e forse soprattutto dalle modalità delle assenze, quasi sempre comunicate all'ultimo momento e in grandissima maggioranza agganciate a giornate festive, e dunque in una prospettiva (non detta, ma avente forse un suo peso, come dire, psicologico nella decisione) di esecuzione non corretta e leale del rapporto di lavoro; con il che si riattiverebbe il canale delle ragioni soggettive e disciplinari dello scarso rendimento (sempreché, ovviamente, oggetto di contestazione). Ma, al di là della soluzione preferibile sul piano sostanziale, il punto d'arrivo, sul piano sanzionatorio, è pur sempre la tutela indennitaria.

Punto d'arrivo, questo, che non sembra evitabile allorché il licenziamento, a prescindere dalla malattia, sia stato intimato e motivato espressamente per scarso rendimento. È ben noto, con riguardo a questa "fattispecie" giustificativa, come si sia ampiamente discusso circa la sua qualificazione come licenziamento disciplinare ovvero per giustificato motivo oggettivo, con tutto ciò che consegue sia sotto il profilo delle regole procedurali da seguire (procedura disciplinare *ex art. 7 Stat. lav.* o procedura preventiva di

conciliazione *ex art. 7, l. n. 604/1966*), sia sotto il profilo delle sanzioni per la sua eventuale illegittimità, senza che peraltro sia da escludere aprioristicamente la possibilità che il datore di lavoro segua contemporaneamente entrambe le strade. Comunemente si ritiene che la prima strada, quella soggettiva, sia più impervia per il datore di lavoro, non essendo facile dimostrare la violazione del dovere di diligenza, specie là dove lo scarso rendimento derivi da una obiettiva incapacità del lavoratore di lavorare con un “ritmo” normale e non, come si suol dire, da cattiva volontà. La strada oggettiva, peraltro, non è priva anch’essa di difficoltà (anche a prescindere dalla configurazione del giustificato motivo oggettivo come necessariamente legato alla soppressione del posto) perché lo scarso rendimento deve essere dimostrato assumendo parametri di produttività sufficientemente precisi di oggetto e di tempo (e non sempre, in relazione alla natura della prestazione, ciò è possibile) e soprattutto parametri precisi di comparazione con l’attività di lavoratori svolgenti le stesse o simili mansioni. Ma, a ben guardare, quest’ultima prova, là dove praticabile, si rivela assai utile anche nella prospettiva soggettiva; ciò nel senso che la colpa del lavoratore, almeno nei casi di forte scostamento rispetto alle prestazioni degli altri dipendenti, può ritenersi implicitamente dimostrata proprio in ragione di quell’eccessivo scostamento.

Non c’è dubbio che, con il decreto in commento, il dibattito si semplifichi. La convenienza per un licenziamento di tipo oggettivo (oltre tutto, sgravato ora dalla necessità della procedura preventiva di conciliazione) è particolarmente elevata, posto che l’eventuale fallimento della prova provocherà conseguenze solo sanzionatorie. La prospettiva disciplinare, peraltro, resta ancora praticabile (sempre in funzione delle conseguenze sanzionatorie), dato che il rischio di reintegrazione per il datore di lavoro resta confinato all’ipotesi che il fatto materiale, cioè il minore (anche di molto) rendimento in comparazione con gli altri lavoratori secondo i criteri detti, risulti insussistente: situazione, questa, difficilmente pensabile per un datore di lavoro che realmente si trovi di fronte ad una prestazione largamente al di sotto delle normali aspettative creditorie.

Resta però da chiarire la possibile interferenza del tema dello scarso rendimento con quello della inidoneità, fisica o psichica, del lavoratore, tutte le volte in cui il primo sia determinato dalla seconda. Se questa relazione emerge in giudizio, mi pare che il giudice debba necessariamente dare applicazione alla disciplina, sopra vista, della tutela reale.

4. Il “falso” licenziamento per ragioni oggettive

L'art. 18 Stat. lav. prevede, nell'ultimo periodo del comma 7, che «Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo»: una sorta di clausola di sicurezza, espressione peraltro di principi generali. Si può discutere della sua applicazione allorché il motivo discriminatorio denunciato non sia l'unico, ma coesista con ragioni oggettive; ma è questione che riguarda il licenziamento discriminatorio, questione peraltro indirizzata a soluzione proprio dalla formulazione di quel frammento di norma, che esige che il licenziamento, motivato con ragioni oggettive, sia in realtà “determinato” da ragioni discriminatorie, a quel punto necessariamente esclusive. In ogni caso, la clausola di sicurezza è indirizzata a non precludere al lavoratore la possibilità di guadagnarsi la tutela reintegratoria, ove ne sussistano i presupposti.

Nel d.lgs. n. 23/2015 in commento la clausola è stata mantenuta nell'art. 4 (allorché il licenziamento sia viziato quanto a forma e procedura), ma non nell'art. 3 sul licenziamento ingiustificato con sanzione solo economica. Mi pare però che la sua finalità – cioè la garanzia della trasparenza e l'applicazione al licenziamento illegittimo delle sanzioni proprie del tipo di vizio realmente esistente – non solo non sia venuta meno, ma, tutto al contrario, si sia amplificata. Si è infatti già da più parti avvertito il pericolo che un datore di lavoro spregiudicato possa far passare sotto l'etichetta delle ragioni oggettive (per la cui insussistenza o insufficienza la sanzione è solo indennitaria) un licenziamento dettato da altre, inconfessate ragioni¹⁹. Una prospettiva, questa, in grado di mandare all'aria l'idea stessa della tutela o, se si preferisce, in grado di sancire la definitiva monetizzazione della stessa, anche se ciò non significa di per sé azzeramento della tutela, ma metamorfosi al ribasso. Uno dei nodi problematici dell'intera riforma, a mio parere, passa proprio da qui, cioè da come può essere ragionevolmente “gestito” un giustificato motivo oggettivo non genuino, senza che la mancata ripetizione della “riserva” dell'art. 18, comma 7, possa ritenersi significativa.

Se il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nasconde un intento discriminatorio, l'unico ostacolo all'emergere di quell'obbiettivo illecito è,

¹⁹ Per tutti, M. MISCIONE, *op. cit.*, 749-750, per il quale «Non si può pensare che un licenziamento senza reali motivi resti ugualmente per giustificato motivo oggettivo, solo perché quest'“etichetta” gli era stata messa dal datore di lavoro». Sul punto anche C. ZOLI, *op. cit.*, 93 ss.

come di consueto, quello probatorio, posto che la discriminazione può essere fatta valere – la formulazione dell’art. 2, comma 1, riprende espressioni già usate dal legislatore – «indipendentemente dal motivo formalmente addotto». E lo stesso vale, ovviamente, per il motivo illecito.

Decisamente più problematica appare invece la questione con riguardo al possibile motivo disciplinare nascosto. La riqualificazione avrà senso soprattutto (e il lavoratore avrà interesse a chiederla) allorché si prospetti (certo la strada è tortuosa) l’insussistenza del fatto materiale (cui sia legata la vera ragione del licenziamento), unica ipotesi nella quale il licenziamento disciplinare illegittimo è sanzionato con la reintegrazione; nelle altre ipotesi, stante l’identità di sanzione fra licenziamento disciplinare e licenziamento per ragioni oggettive illegittimi, l’interesse a far accertare una ingiustificatezza “semplice” per motivo disciplinare può prospettarsi solo allorché il motivo oggettivo, pur non genuino, abbia la parvenza di esserlo, donde il rischio per il lavoratore di perdere la causa. Resterebbe, in quel caso, il singolare profilo (già evidenziato peraltro a proposito della l. n. 92/2012) di un lavoratore che deve “accusarsi” di un comportamento effettivamente posto in essere, per sostenerne tuttavia l’irrelevanza ai fini del licenziamento.

C’è però da chiedersi quale sia la strada che può portare alla riqualificazione del motivo di licenziamento, così da consentire un qualche riequilibrio in una disciplina sanzionatoria ormai fortemente squilibrata a vantaggio della parte più forte della relazione contrattuale. Si può prospettare lo strumento della frode alla legge o, con qualche dubbio in più, quello dell’abuso del diritto, tecniche da tempo rivitalizzate tanto dalla dottrina giuslavoristica, quanto da quella civilistica per il controllo sugli equilibri contrattuali. Se si approfitta del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per mascherarne uno di carattere disciplinare, si può ipotizzare l’applicazione dell’art. 1344 c.c. e della conseguente nullità dell’atto in frode.

Ma è una strada non facile da percorrere, e proprio gli ostacoli che si parano dinanzi danno la misura di quale brusca marcia indietro sia stata innestata in nemmeno tre anni, prima con la l. n. 92/2012 e ora con il *Jobs Act*. Anzitutto si potrebbe replicare che la nullità in questione è “generica” (cioè non prevista specificatamente per il licenziamento) e dunque estranea all’art. 2, comma 1, del decreto. Ma anche a superare questa obiezione (sarebbe troppo pretendere che la nullità sia non solo espressa, ma anche espressamente riferita al licenziamento), si potrebbe, poi, contestare la sussistenza del presupposto della norma codicistica, che è costituito dalla legittimità, in sé, dell’atto in frode (e della sua contrarietà solo indiretta alla legge), mentre quando si parla, come qui si parla, di sanzioni, si presuppone che l’atto di cui si discute sia, al

contrario, pacificamente illegittimo. D'altra parte, lo stesso decreto prevede la tutela solo indennitaria anche in presenza di un giustificato motivo oggettivo basato su un fatto (per usare l'espressione dell'art. 18) che si riveli manifestamente insussistente, tanto da sembrare addirittura autorizzare la frode, posto che è poco frequente che il datore di lavoro abbia solo erroneamente ritenuto sussistente un fatto poi rivelatosi insussistente, mentre per lo più egli ha in mente un motivo diverso, appunto nascosto. Con il che siamo d'accapo.

Affrontando la questione da un punto di vista sostanziale, e ferma restando ovviamente la rilevanza assorbente di motivi discriminatori o illeciti (pur con onere probatorio a carico del lavoratore), da parte di taluno si è cercato di aprire qualche spiraglio per superare l'*impasse*²⁰. Da un lato, sottolineando come presupposto per l'applicazione dell'art. 3, comma 1, è che il licenziamento sia stato costruito e motivato come licenziamento "ontologicamente" oggettivo²¹, secondo la classica definizione dell'art. 3 della l. n. 604/1966. Dall'altro lato, osservando che se tale natura "ontologicamente" oggettiva non risulta in giudizio, il licenziamento non può che essere soggettivo (*tertium non datur*), ma a quel punto scatterebbe la sanzione della frode, perché il datore di lavoro in questo modo aggirerebbe la norma che impone la reintegrazione in caso di insussistenza del fatto oggetto di contestazione²². Il tentativo è meritevole di considerazione, anche se, da un lato, non mi sembra che superi l'obiezione circa il carattere illecito, e non in sé lecito, dell'atto in frode (come invece dovrebbe essere secondo il paradigma dell'art. 1344 c.c.), e, dall'altro, assimila, ed anzi rischia di sovrapporre, la contestazione di un fatto (materiale) insussistente alla insussistenza della contestazione disciplinare.

²⁰ M. MISCIONE, *op. cit.*, 749 ss.; C. ZOLI, *op. cit.*, 90 ss.; A. PERULLI, *op. cit.*, 43-44, che valorizza la "pretestuosità" del licenziamento (tenuta distinta dal caso di frode e da quello di motivo illecito) per ricollegarvi ugualmente la sanzione della reintegrazione, nella prospettiva dell'abuso del diritto, prospettiva ricorrente nella dottrina giuslavoristica, sempre affascinante ma sempre incerta quanto sia alla qualificazione sia ai rimedi.

²¹ In questi termini, C. ZOLI, *op. cit.*, 94. Analogamente, M. MISCIONE, *op. cit.*, 749, che stigmatizza la "cultura dell'etichetta" e che peraltro conclude rapidamente nel senso che in mancanza di prova circa il carattere oggettivo del licenziamento questo sarebbe inefficace e nullo per totale carenza di motivazione (mentre, a mio avviso, occorre non sovrapporre la questione della motivazione e delle sue possibili carenze – questione, oltre tutto, ben lontana dall'essere fornita di soluzione condivisa – con quella del difetto di prova circa ciò che è stato oggetto di motivazione, nel quale si traduce la ingiustificatezza).

²² Ancora C. ZOLI, *op. cit.*, 94.

Questo del licenziamento oggettivo fittizio resta dunque un nodo significativo, e tuttavia irrisolto, della futura disciplina: nel bene, in funzione di una flessibilità creatrice di occupazione, come si spera; e nel male, in ragione della pesante compressione delle tutele, se non di un inopinato ritorno al licenziamento *ad nutum*, munito solo di un sovrapprezzo, peraltro certo e prevedibile.

Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo

di Maria Giovanna Mattarolo

Sommario: 1. Premessa. – 2. La retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR. – 3. Gli spazi della contrattazione collettiva. – 4. Il concetto di “ultima retribuzione”. – 5. Il risarcimento del danno dovuto in aggiunta alla reintegrazione. – 6. Le indennità dovute qualora il giudice dichiari estinto il rapporto di lavoro. – 7. La nozione di anzianità di servizio.

1. Premessa

In tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo il d.lgs. n. 23/2015 prevede comunque un diritto del lavoratore a percepire una indennità. Tale indennità si accompagna al diritto alla reintegrazione in caso di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale (art. 2) e 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» (art. 3, comma 2), mentre negli altri casi di illegittimità del recesso costituisce l'unica conseguenza o sanzione; così qualora risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa e il giudice dichiari estinto il rapporto di lavoro (art. 3, comma 1) o il licenziamento sia affetto da vizi formali o procedurali (art. 4).

La misura dell'indennità è ovviamente diversa nelle diverse ipotesi di illegittimità (con ulteriori particolarità per i dipendenti delle piccole imprese; art. 9, comma 1) ma la base di calcolo è sempre la stessa e viene innovativamente ancorata alla «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto».

In passato l'art. 18 Stat. lav., nella stesura antecedente alla riforma apportata dalla l. n. 92/2012, prevedeva, in tutti i casi di licenziamento illegittimo rientranti nel suo campo di applicazione, una indennità risarcitoria «*commisurata alla retribuzione globale di fatto* dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione» e comunque non inferiore a 5 mensilità. La l. n. 92/2012 pur differenziando, nell'ambito dello stesso art. 18, ipotesi di illegittimità del recesso che danno luogo alla reintegra (oltre che al risarcimento) e ipotesi escluse dalla tutela reale con conseguenze meramente indennitarie, riconosce ora, in ogni caso (per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015), che la base di calcolo dell'indennità risarcitoria debba riferirsi *all'ultima retribuzione globale di fatto*.

Anche con riferimento alla tutela da sempre “meramente obbligatoria”, ossia relativa ai licenziamenti ingiustificati intimati da datori di lavoro che non raggiungono le soglie occupazionali dell'art. 18, vi è stata una certa evoluzione legislativa. L'art. 8 della l. n. 604/1966 riconosce oggi¹ al lavoratore, in alternativa alla riassunzione, una indennità risarcitoria di importo compreso fra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità² *dell'ultima retribuzione globale di fatto* mentre in precedenza il datore di lavoro era tenuto a risarcire il danno versando una indennità da un minimo di 5 ad un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione, intendendosi per mensilità di retribuzione, già allora, «quella presa a base della determinazione dell'indennità di anzianità».

Nel commentare ora la nuova disciplina del c.d. contratto di lavoro a tutele crescenti, con riferimento alle conseguenze del licenziamento illegittimo, dovremo prima di tutto specificare che cosa si debba intendere per «retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto» e se questa si differenzi, e in quali aspetti, dal concetto di retribuzione globale di fatto usato in precedenza; per poi approfondire, nel nuovo contesto, il significato di “ultima retribuzione”. Infine cercheremo di individuare la *ratio* e la natura dei diversi importi previsti per i diversi casi di illegittimità del recesso e la rilevanza della anzianità quale parametro assolutamente

¹ Nella stesura della norma come introdotta dalla l. n. 108/1990.

² Aumentabile fino a 10 mensilità per anzianità superiore a 10 anni e a 14 mensilità per anzianità superiore a 20 anni per i dipendenti di datori di lavoro che occupano più di 15 dipendenti. Cfr. art. 30, comma 3, l. n. 183/2010, per il quale, nel definire le conseguenze da riconnettere al licenziamento ai sensi dell'art. 8 della l. n. 604/1966, e successive modificazioni, il giudice tiene egualmente conto di elementi e di parametri fissati dai contratti collettivi «e comunque considera le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento».

privilegiato al fine di assicurare al lavoratore non tanto crescenti tutele contro il licenziamento illegittimo quanto maggiori attribuzioni indennitarie.

2. La retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR

Come è noto, l'art. 2120 c.c. afferma che, «salva diversa previsione dei contratti collettivi», la retribuzione da assumere come base di calcolo del TFR è quella annua e «comprende tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese».

Sia dottrina che giurisprudenza sottolineano che si tratta di nozione onnicomprensiva e che il riferimento alle somme «corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro» richiama la nozione di “retribuzione corrispettivo” ossia la nozione per così dire ontologica di retribuzione, comprendente tutto quanto è dovuto dal datore di lavoro al lavoratore quale corrispettivo non della singola prestazione ma di tutto il programma negoziale. Qualche discussione ulteriore si registra sul significato dell'inciso «a titolo non occasionale»: se esso abbia una valenza temporale con conseguente inclusione nella base di calcolo di attribuzioni patrimoniali non solo continuative ma anche semplicemente periodiche o comunque non isolate, oppure se si debba dare rilevanza specifica al termine “titolo”, ricomprendendo così nella base di calcolo «ogni emolumento che trovasse la propria causa tipica e normale nel contratto individuale o collettivo di lavoro anche a prescindere da qualsiasi frequenza temporale di corresponsione»³.

La giurisprudenza maggioritaria sembra orientata nel secondo senso, sicché nel calcolo «vanno compresi tutti gli emolumenti che trovano la loro causa tipica e normale nel rapporto di lavoro cui sono istituzionalmente connessi, anche se non strettamente correlati alla effettiva prestazione lavorativa»⁴; in base al suddetto principio, la Suprema Corte ha ricompreso nel calcolo degli emolumenti citati, ad esempio, il controvalore dell'uso dell'autovettura di

³ Sul punto, di recente, M. CORTI, *La retribuzione e i suoi elementi costitutivi*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Tomo II. Diritti e obblighi*, Cedam, 2012, 1442 ss.; A. PANDOLFO, S. LUCANTONI, *Trattamento di fine rapporto e previdenza complementare*, ivi, 1638 ss., con ampi riferimenti.

⁴ Cass. 1° ottobre 2012, n. 16636, in *D&L*, 2012, n. 4, 1035, con nota di A. BERETTA, *TFR e auto aziendale a uso promiscuo*, e in *LG*, 2013, n. 1, 64, con nota di R. SQUEGLIA, *I compensi per lo svolgimento di cariche sociali rientrano nella base di computo del T.F.R.*

proprietà del datore di lavoro utilizzata anche per motivi personali, le relative spese di assicurazione e accessorie nonché le polizze assicurative stipulate dal datore di lavoro a favore del lavoratore⁵ e, anche di recente, attribuzioni patrimoniali certamente non ripetitive come il premio di anzianità alla scadenza del 25° anno di servizio⁶.

Il concetto di onnicomprensività della retribuzione di cui all'art. 2120 c.c. pare non discostarsi di molto dal concetto di retribuzione globale di fatto di cui all'attuale art. 18 Stat. lav. e la giurisprudenza usa a volte i due termini come sinonimi⁷ ma, anche seguendo la giurisprudenza maggioritaria, qualche distinzione a mio avviso va fatta.

Come è noto, l'espressione "retribuzione globale di fatto" è usata da tempo sia dal legislatore che dalla contrattazione collettiva per definire la base di calcolo di altri istituti retributivi, ma il relativamente ampio contenzioso che tutt'ora si registra evidenzia la persistenza di incertezze interpretative riguardo il suo effettivo contenuto. In alcune sentenze si legge che va computato «ogni compenso avente carattere continuativo»⁸ «con esclusione quindi degli

⁵ Cass. n. 16636/2012, cit.; cfr. anche Trib. Milano 30 giugno 2011, in *NGL*, 2012, 44, il quale «considerata la loro natura» computa nella base di calcolo del TFR le voci relative al premio di anzianità, le indennità per ferie non godute e per festività soppresse, nonché le elargizioni per l'abitazione.

⁶ Cass. 21 luglio 2014, n. 16591, per la quale, in tema di TFR dei dipendenti degli enti creditizi, il premio di anzianità alla scadenza del 25° anno di servizio e la maggiorazione del premio di rendimento sono da considerarsi, in mancanza di una espressa deroga pattizia, quali elementi della retribuzione da computarsi nella base di calcolo prevista dall'art. 2120 c.c. per la determinazione del TFR, in quanto compensi non sporadici né occasionali e che, rigorosamente collegati allo svolgimento del rapporto di lavoro, trovano la loro fonte nella protrazione dell'attività lavorativa. Cass. 16 ottobre 2014, n. 21929, ha naturalmente escluso le mance dei c.d. croupier delle case da gioco che non rientrano nella nozione di retribuzione salva diversa previsione della contrattazione collettiva. Per la computabilità o no dell'indennità di trasferta per i c.d. trasfertisti, si veda Cass. 11 dicembre 2013, n. 27643. Quanto al trattamento economico aggiuntivo riconosciuto al lavoratore che presti la propria opera all'estero, si ritiene spetti al giudice di merito accertarne la natura retributiva o di rimborso spese: cfr. Cass. 22 novembre 2010, n. 23622. Per una panoramica del dibattito in dottrina e i necessari riferimenti, di recente, M.G. GRECO, *Il trattamento di fine rapporto*, in E GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *La retribuzione*, Utet, 2012, 555 ss.

⁷ Cass. 21 maggio 2012, n. 7987: «le maggiorazioni retributive e le indennità erogate in corrispettivo di prestazioni di lavoro notturno, non occasionali, costituiscono parte integrante dell'ordinaria retribuzione globale di fatto giornaliera e, come tali, concorrono alla composizione della base di computo dell'indennità di anzianità e del trattamento di fine rapporto».

⁸ Cass. 4 ottobre 2011, n. 20266. Cass. 15 gennaio 2013, n. 813, ha precisato che ove sussista un richiamo della contrattazione collettiva alla nozione di "retribuzione di fatto" si deve ritenere che le parti sociali abbiano inteso estendere la nozione di retribuzione per

emolumenti eventuali, occasionali o eccezionali», per altre si deve fare riferimento al «trattamento economico normale», inteso come coacervo delle somme che risultino dovute, «anche in via non continuativa», purché non occasionale⁹. Pur nella varietà delle pronunce giurisprudenziali, sembra comunque che la occasionalità che esclude determinati emolumenti dalla nozione di “retribuzione globale di fatto” sia da ritenersi di carattere temporale, sicché pare tendenzialmente corretto attribuire rilevanza al requisito della continuità. Anche la contrattazione collettiva, nelle ipotesi in cui dà un contenuto specifico a tale nozione, sembra escludere emolumenti di carattere non continuativo¹⁰.

Ne deriva che la nozione retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR potrebbe essere, a volte, più ampia di quella relativa alla retribuzione globale di fatto.

Dunque, non è detto che in linea di principio la base di calcolo per le indennità dovute in caso di licenziamento illegittimo secondo quanto previsto dalla d.lgs. n. 23/2015 debba essere necessariamente inferiore e penalizzante per il lavoratore rispetto a quella prevista nell’attuale art. 18 Stat. lav. Ma non è facile registrare sul punto una opinione sufficientemente consolidata, anche in considerazione della varietà e differenza degli elementi retributivi da prendere in considerazione.

3. Gli spazi della contrattazione collettiva

Vero è tuttavia, come è noto, che con riferimento al TFR, il principio di onnicomprensività è derogabile dalla contrattazione collettiva, che può limitare come crede¹¹ la base di calcolo; la giurisprudenza impone soltanto che la deroga sia espressa in modo chiaro ed univoco¹², anche se con modalità

comprendervi ogni elemento erogato in modo non occasionale ma continuativo, come l’indennità di lavoro notturno.

⁹ Cass. 16 settembre 2009, n. 19956. Sul punto anche V. VALENTINI, *Le conseguenze dell’illegittimità del licenziamento*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, 2013, 455.

¹⁰ Cfr. M. CORTI, *L’onnicomprendività della retribuzione e gli istituti retributivi indiretti*, in E. GRAGNOLI, S. PALLADINI (a cura di), *op. cit.*, 494 ss.

¹¹ Salvi i limiti dell’art 36 Cost. e considerandone anche la funzione previdenziale.

¹² Giurisprudenza costante. Cfr., ad esempio, Cass. 27 dicembre 2011, n. 28881, in *LPO*, 2012, n. 5-6, 313, con nota di A. TAGLIAMONTE, *Le deroghe alla base di calcolo del TFR nella contrattazione collettiva*. Per una ipotesi considerata non univoca, limitandosi l’accordo a

indirette¹³, e riguardi specificatamente il TFR e non il concetto di retribuzione che ad altri fini sia stato determinato dal contratto collettivo¹⁴.

Posto dunque che i contratti collettivi possono limitare il concetto di onnicomprensività di cui all'art. 2120 c.c., escludendo dalla base di computo determinate voci retributive, due sono le questioni che si pongono nel momento in cui la legge rinvia a quella norma – e dunque anche ai relativi poteri della contrattazione collettiva – anche ai fini della determinazione delle indennità per licenziamento illegittimo.

In primo luogo ci si può chiedere se l'eventuale limitazione della base di calcolo del TFR contenuta nei contratti collettivi stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 possa *tout court* valere anche per limitare la base di calcolo delle indennità dovute per licenziamento illegittimo. In effetti in questo caso la legge utilizzerebbe un atto di autonomia privata, al quale dava discrezionalità a determinati fini, per una finalità diversa e in tutt'altro contesto, così forzando o peggio non tenendo in alcun conto quella che potrebbe essere stata la reale volontà delle parti contrattuali qualora esse fossero state conscie degli effetti "ulteriori" delle loro statuizioni. Tanto più che, come si è visto, la giurisprudenza è sempre stata particolarmente rigorosa nella ricerca della reale volontà contrattuale (che deve essere espressa e specifica e tale da non ingenerare incertezze) e ha costantemente negato la validità di decurtazioni della base di calcolo del TFR non individuabili con chiarezza. Molto significativo è anche il fatto che la novella del 1982, relativa al TFR, abbia imposto che le deroghe alla nozione di retribuzione annua dovessero essere previste solo da contratti collettivi successivi all'entrata in vigore della riforma¹⁵. Si consideri inoltre che, secondo l'articolo in commento, il lavoratore licenziato, già penalizzato proprio al termine del proprio rapporto di lavoro dalle decurtazioni contrattuali al proprio TFR, risulterebbe ulteriormente penalizzato nel calcolo della indennità per licenziamento illegittimo, con un effetto di raddoppio degli svantaggi che forse le parti sociali non avrebbero permesso¹⁶. Ed allora si potrebbe sostenere che,

prevedere che l'erogazione di determinati importi non potevano «comportare oneri riflessi sugli istituti contrattuali e di legge», si veda Cass. 29 settembre 2011, n. 19917.

¹³ Cfr. Cass. 23 marzo 2012, n. 4708, che ha escluso dalla base di calcolo il compenso per lavoro straordinario considerato che il contratto collettivo (nella specie dell'Istituto poligrafico e Zecca dello Stato) si riferiva alla retribuzione dovuta per "orario normale".

¹⁴ Cass. 10 marzo 2009, n. 5707, in *GI*, 2010, n. 1, 138, con nota di F. CALDARONI, *Trattamento di fine rapporto, nozione di retribuzione e limiti dell'autonomia negoziale*.

¹⁵ Art. 4, comma 11, l. n. 297/1982.

¹⁶ Nota F. SCARPELLI, *Guida ragionata al Jobs Act*, in *Rassegna.it*, 24 febbraio 2015, che la norma attribuisce una pesante responsabilità alla contrattazione collettiva, la quale escludendo

fino alla stipulazione di nuovi contratti collettivi, la base di calcolo delle indennità di cui al d.lgs. n. 23/2015 debba necessariamente essere onnicomprensiva, giacché con riferimento ad esse la contrattazione collettiva non ha esercitato (o non ha potuto esercitare) quel potere di deroga che la legge le riconosce.

Conclusione questa, peraltro molto dubbia; in effetti, in senso contrario si potrebbe osservare, da un lato, che è chiara la volontà legislativa di voler unificare la nozione di retribuzione di riferimento per i due diversi istituti e d'altro lato che, ragionando non in astratto ma in relazione ad ogni singolo rapporto di lavoro, esiste una unica base di calcolo del TFR ed è quella stabilita dalla contrattazione collettiva¹⁷, sempre che questa, naturalmente, abbia ritenuto di disporre al riguardo.

Se dunque le critiche appena svolte evidenziano una deprecabile forzatura dal punto di vista di politica legislativa, se e in quanto si sia voluto retroattivamente attribuire alle parti contrattuali una volontà non espressa, esse comunque possono non sembrare sufficienti ad escludere l'applicabilità ai nostri fini, delle determinazioni dell'attuale contrattazione collettiva.

La seconda questione alla quale si accennava e alla quale si è già in parte, implicitamente, risposto riguarda la possibilità, da parte della futura contrattazione collettiva, di differenziare la base di calcolo del TFR e della indennità dovuta per licenziamento illegittimo, prevedendo, ad esempio, in questo secondo caso una disciplina più favorevole per il lavoratore. In linea di principio sembra che la risposta debba essere negativa per la chiara volontà legislativa di unificare i due parametri di riferimento e anche forse in considerazione del fatto che il principio del *favor* sembra sempre meno invocabile come principio generale nella disciplina dei rapporti di lavoro, dato che sempre più spesso gli interventi legislativi, quali norme standard, paiono non lasciare alcuno spazio ad una disciplina contrattuale difforme. Ma questo, naturalmente, è un discorso troppo ampio, che meriterebbe ben altro approfondimento.

Tuttavia, si deve pur sempre tener conto della invadente presenza nel nostro ordinamento dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011,

singoli istituti retributivi dal calcolo del TFR finirebbe per rendere più leggere, per il datore di lavoro, le conseguenze di un suo comportamento illecito.

¹⁷ Significativa in tal senso è anche la dizione del secondo comma dell'art. 2120 che rinvia in primo luogo alla contrattazione collettiva («salvo diversa previsione dei contratti collettivi») quale fonte abilitata a definire quale sia la retribuzione annua di riferimento e solo in mancanza di norme contrattuali, e in via, potremmo dire, suppletiva ne dà una propria definizione legislativa.

secondo il quale i contratti collettivi di secondo livello sottoscritti da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative o dalle RSA o RSU possono realizzare specifiche intese anche riguardo alle «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro» e tali intese «operano anche in deroga alle disposizioni di legge» e alle «regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro». Non si potrebbe escludere dunque che la contrattazione aziendale o territoriale – e solo quelle – possano in futuro differenziare la base di calcolo del TFR rispetto a quella relativa alle indennità dovute per il licenziamento illegittimo.

4. Il concetto di “ultima retribuzione”

Sempre con riferimento alla base di calcolo della indennità, si deve ricordare che il d.lgs. n. 23/2015 specifica che la retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR deve essere “l’ultima”. Anche l’attuale art. 18 richiama “l’ultima retribuzione” quale parametro per l’ammontare delle relative indennità¹⁸, ma la stessa espressione acquista sfumature diverse nei diversi contesti, giacché nell’art 18 il riferimento è all’ultima mensilità di retribuzione¹⁹, mentre il calcolo del TFR, come è noto, avviene su base annua. In questo caso, dunque, per ultima retribuzione si deve intendere la retribuzione dell’ultimo anno. C’è chi ritiene che l’anno debba essere mobile, ossia ci si debba riferire alle retribuzioni percepite nei 12 mesi precedenti il licenziamento; mi pare invece, con la maggior parte della dottrina, che si debbano computare le retribuzioni a partire dal primo gennaio di ogni anno, perché non vi è dubbio che la norma sul TFR si riferisce all’anno civile (ossia appunto al periodo intercorrente tra il primo gennaio e il 31 dicembre di ogni

¹⁸ Si è osservato che l’attuale formulazione dell’art. 18 penalizza il lavoratore rispetto alla precedente, dato che il vecchio testo assume come parametro la retribuzione che il lavoratore avrebbe avuto diritto di percepire se il rapporto avesse avuto il suo normale svolgimento, con tutti gli aggiornamenti retributivi, mentre ora la retribuzione da considerare è «l’ultima», cioè quella cristallizzata al momento del licenziamento, senza considerarne il possibile sviluppo. Così C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2102*, Cedam, 2013, 61. Cfr. anche Cass. 22 settembre 2011, n. 19285, per la quale «in relazione alla natura risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore in seguito all’illegittimo licenziamento vanno inclusi gli aggiornamenti delle retribuzioni medesime».

¹⁹ Nota tuttavia M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, n. 3, I, 618, che sarebbe equo assestarsi sulla retribuzione mediamente percepita dal lavoratore nei mesi precedenti il licenziamento piuttosto che sull’ultima busta paga in modo da valorizzare la media dei compensi variabili.

anno). La somma così individuata andrà divisa per 12 se il rapporto si è estinto il 31 dicembre o per il diverso divisore corrispondente ai mesi (e/o alle frazioni di mese) di lavoro prestato nell'anno.

5. Il risarcimento del danno dovuto in aggiunta alla reintegrazione

Individuata dunque la nozione di «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», resta da esaminare l'importo complessivo dovuto al lavoratore licenziato in relazione alle diverse ipotesi di illegittimità del recesso.

Si deve subito evidenziare la notevole differenza, prevista dalla legge nella relativa quantificazione, tra le ipotesi in cui è previsto il diritto del lavoratore anche alla reintegrazione, rispetto alle ipotesi nelle quali il giudice dichiara estinto il rapporto. Una differenza anche concettuale, relativa alla natura delle corrispondenti attribuzioni patrimoniali, dato che nel primo caso il lavoratore ha diritto al “risarcimento del danno” o comunque ad una “indennità risarcitoria”, mentre nel secondo gli spetta una mera “indennità”, non altrimenti definita. È anche da evidenziare che all'intestazione del d.lgs. n. 23/2015 riferita al “contratto di lavoro a tutele crescenti”, non corrisponde del tutto il suo contenuto, giacché le tutele – crescenti in funzione della anzianità di servizio – sono previste solo per l'ammontare dell'indennità non accompagnata dalla reintegrazione e non, ovviamente, quando permane il diritto del lavoratore alla conservazione del posto, con relativo diritto al risarcimento del danno.

Ed in effetti, nel caso di licenziamento nullo perché discriminatorio o inefficace perché intimato in forma orale, l'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 prevede il diritto al risarcimento del danno «corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito nel periodo di estromissione per lo svolgimento di altra attività lavorativa»²⁰, ferma in ogni caso la misura minima delle 5 mensilità. La dizione è identica all'attuale art. 18 e corrisponde per questo aspetto in parte

²⁰ Tale norma non è derogabile dalla contrattazione collettiva neppure di prossimità; infatti, per esplicita disposizione dell'art. 8, comma 2, del d.l. n. 138/2011, le deroghe alla disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo non possono riguardare «il licenziamento discriminatorio, il licenziamento della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, il licenziamento causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore e il licenziamento in caso di adozione o affidamento».

allo stesso art. 18 nella formulazione precedente alla l. n. 92/2012, che computava l'indennità «dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione». La reintegrazione e il risarcimento del danno sono previsti anche nel caso in cui il giudice annulli il licenziamento intimato per giustificato motivo soggettivo o giusta causa e «in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore» (art. 3, comma 2) ma in questo viene detratto non solo *l'aliunde perceptum* ma anche *l'aliunde percipiendum*, ossia «quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire accettando una adeguata offerta di lavoro». È chiara la volontà del legislatore di differenziare, sotto questo aspetto, l'indennità di cui all'art. 2, comma 2, da quella prevista all'art. 3, comma 2.

In entrambe queste ipotesi, considerate più gravi, comunque, la legge esplicitamente afferma un diritto al risarcimento che, in quanto tale, dovrebbe coprire il danno effettivamente subito e dunque le retribuzioni effettivamente perdute. Ma non è così per più ragioni: in primo luogo, come già è previsto dall'attuale art. 18, per l'ammontare del risarcimento si fa riferimento all'ultima retribuzione senza tener conto degli incrementi retributivi che potrebbero essere intervenuti dal momento del recesso alla reintegrazione per scatti di anzianità o adeguamenti contrattuali, ecc.; in secondo luogo, la base di calcolo non è la retribuzione mensile effettiva ma è commisurata a quella annuale utile per il calcolo del TFR che può essere, come si è visto, decurtata da eventuali previsioni della contrattazione collettiva; in terzo luogo – ma solo nel caso di cui all'art. 3, comma 2 – l'indennità risarcitoria «relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a 12 mensilità». Per questa ultima ipotesi è da segnalare una opportuna correzione rispetto all'attuale testo dell'art. 18, comma 4, che pure pone il limite massimo di 12 mensilità della indennità risarcitoria, ma in relazione a tutto il periodo che va dal giorno del licenziamento fino alla effettiva reintegrazione, così che il datore di lavoro che non voglia reintegrare il lavoratore sarebbe comunque e incomprensibilmente esonerato – in base ad una interpretazione letterale del tuttora vigente art. 18 – da qualsiasi obbligo retributivo o risarcitorio scaduto il 12^o mese dal licenziamento²¹.

²¹ Ma si veda l'interpretazione correttiva suggerita da A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, n. 2, I, 430, e A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, 93. Ci si potrebbe anche chiedere se l'attuale normativa possa considerarsi, sul punto, interpretazione autentica dell'attuale art. 18.

Se le conseguenze patrimoniali del licenziamento nullo, inefficace o annullato dal giudice, sono esplicitamente qualificate dal d.lgs. n. 23/2015 come risarcitorie, potrebbe riproporsi la vecchia questione della risarcibilità del c.d. danno ulteriore, sia che si voglia intendere tale espressione come riferita al danno non patrimoniale per licenziamento ingiurioso, sia che ci si voglia riferire ai danni derivanti dalla perdita di ogni risorsa economica (sfratto, necessità di un mutuo, ecc.). A mio avviso, l'attuale disciplina esprime la volontà di esaurire il risarcimento dovuto imponendo in modo più o meno marcato una forfetizzazione del danno, ferma restando, naturalmente, la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro per fatti che possono, per così dire, essere scorporati dal licenziamento e qualificarsi di per sé illegittimi in quanto lesivi della dignità della persona o addirittura di rilevanza penale²². È da ricordare tuttavia la disciplina speciale prevista per il licenziamento discriminatorio dall'art. 28, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 150/2011, che esplicitamente prevede che il giudice possa condannare il convenuto al risarcimento del danno anche non patrimoniale²³.

Rimane comunque il limite minimo di 5 mensilità con funzione non solo risarcitoria ma anche "punitiva" o sanzionatoria, come del resto si è sempre sostenuto²⁴.

6. Le indennità dovute qualora il giudice dichiari estinto il rapporto di lavoro

Al di fuori dei limitati casi in cui il lavoratore ha diritto alla reintegrazione e ad una indennità esplicitamente definita dal legislatore come risarcitoria, la sussistenza di un licenziamento illegittimo (perché privo di giusta causa o giustificato motivo o per vizi formali o procedurali) produce egualmente la

²² Sul licenziamento ingiurioso quale illecito extracontrattuale cui consegue un diritto al risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*, si veda Cass. 16 maggio 2006, n. 11432, in *DRI*, 2007, n. 2, 488, con nota di T. FIORE, *Il diritto del lavoratore al risarcimento del danno in caso di licenziamento ingiurioso*.

²³ Cfr. V. BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015.

²⁴ Tra le tante, Cass. 31 marzo 2011, n. 7492: «poiché le 5 mensilità rappresentano una sorta di penale a carico del datore che abbia comminato un licenziamento illegittimo, essa è dovuta nella predetta misura minima anche ove l'interruzione sia durata meno di 5 mesi, ovvero anche solo un mese».

estinzione del rapporto di lavoro e il mero diritto ad una “indennità” non altrimenti definita.

Al riguardo, una prima osservazione generale è di fondamentale importanza. Il d.lgs. n. 23/2015 non lascia più al giudice alcuna discrezionalità di modulare le indennità tra un minimo e un massimo di mensilità di retribuzione come era, a volte, in precedenza, ma impone in tutti i casi una propria valutazione “insindacabile”, collegata in primo luogo ad una insindacabile e standardizzata valutazione del grado di “illegittimità” – o di contrarietà all’ordinamento – del licenziamento intimato e, in secondo luogo, alla anzianità di servizio del lavoratore²⁵, in coerenza con la necessità, più volte affermata di rendere “certi” i costi del recesso²⁶.

Tale indennità, dunque, è fissa e determinabile sempre *a priori* ed è pari a 2 mensilità per ogni anno di servizio qualora non ricorrano gli estremi del giustificato motivo o della giusta causa, fermo restando che comunque non può essere inferiore a 4 e superiore a 24 mensilità²⁷; in caso di illegittimità del licenziamento per i vizi formali e procedurali di cui all’art. 4 del d.lgs. n. 23/2015 l’ammontare è dimezzato²⁸; egualmente è dimezzato per le piccole imprese²⁹ (art 9, comma 1), ma in questo caso è previsto anche un diverso limite massimo, nel senso che non può essere superato il tetto di 6 mensilità. Non è pertanto vero che le tutele siano sempre “crescenti” in relazione alla anzianità, perché nella migliore delle ipotesi queste non crescono più dopo 12 anni di servizio e addirittura sono bloccate dopo 6 anni in determinati casi.

²⁵ Anche in passato il legislatore aveva a volte dato rilievo alla anzianità di servizio ai fini dell’ammontare del risarcimento o delle indennità dovute per licenziamento illegittimo, ma consentendo una ampia discrezionalità al giudice nell’uso di quel parametro. Si vedano, ad esempio, l’art. 8 della l. n. 604/1966 e il comma 5 dell’art. 18 Stat. lav.

²⁶ Cfr. art. 1, comma 7, lett. c, l. n. 183/2014.

²⁷ In sostanza il lavoratore con anzianità di servizio fino a 2 anni compiuti avrà diritto a 4 mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR; poi si applicherà un incremento di 2 mensilità per ogni anno di anzianità ulteriore con il limite di 24 mensilità, che scatterà allo scadere dei 12 anni di servizio.

²⁸ Ma in caso di violazione delle procedure previste per i licenziamenti collettivi o inosservanza dei criteri di scelta di cui alla l. n. 223/1991 la sanzione è quella più elevata (2 mesi per ogni anno di servizio con il limite di 24 mensilità); cfr. l’art. 10 del decreto in commento.

²⁹ Devono ovviamente ritenersi dimezzati anche gli importi minimi; cfr. G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 68.

Certo, la sanzione per il licenziamento illegittimo può essere, per il lavoratore assunto da poco, particolarmente bassa³⁰ e si è dubitato in dottrina che la misura della indennità così determinata possa sempre ritenersi adeguata e soprattutto dissuasiva ovvero conforme al diritto fondamentale del lavoratore – ribadito anche in sede europea – di essere adeguatamente tutelato contro ogni licenziamento ingiustificato³¹ (art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea)³².

Comunque nei casi che stiamo esaminando – in cui il licenziamento illegittimo è sanzionato con una mera indennità – mi pare radicalmente esclusa, a maggior ragione, la possibilità per il lavoratore di richiedere danni ulteriori derivanti dal licenziamento stesso, sia perché la legge si guarda bene dall’affermare che al lavoratore spetta un risarcimento, sia per la chiarissima volontà legislativa, come si è detto, di rendere certi e predeterminati costi del licenziamento illegittimo.

Qualche dubbio in proposito potrebbe nascere dalla comparazione dell’art. 3, comma 1, e dell’art 4 del d.lgs. n. 23/2015 con il testo dell’attuale art. 18 Stat. lav. che nelle corrispondenti ipotesi di licenziamento illegittimo prevede la condanna del datore di lavoro ad una «indennità risarcitoria *onnicomprensiva*» di determinato ammontare.

La omissione del termine “onnicomprensiva” per i nuovi assunti non vuole però significare, a mio avviso, apertura ad un incremento della indennità stessa, sia perché si ribadisce ancora una volta la chiara volontà legislativa di regolare compiutamente e in maniera certa le conseguenze del licenziamento illegittimo, sia perché quel termine può avere un significato per limitare il risarcimento del danno o l’indennità esplicitamente definita come risarcitoria, ma non è necessario nel momento in cui la legge fa esclusivo riferimento ad una indennità da ritenersi di carattere sanzionatorio piuttosto che risarcitorio.

Quanto all’ammontare della indennità in relazione all’anzianità di servizio, l’art. 8 specifica poi con una norma ovvia e che non sembra introdurre problemi interpretativi, che per le frazioni di anno le indennità dovute e il

³⁰ Posto che i neo-assunti sono in genere i più giovani, ci si è chiesti se la norma possa favorire una discriminazione indiretta in base all’età. Cfr. B. DE MOZZI, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in questo volume.

³¹ P. CHIECO, [Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori](#), relazione al XVIII Congresso Aidlass, [Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell’ordinamento multi livello](#), Foggia, 28-30 maggio 2015, 78 ss., in [www.aidlass.it](#). Cfr. anche G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’Unione Europea*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 619 ss., e M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all’italiana” a confronto*, ivi, 549.

³² Cfr. anche l’art. 24, parte II, della Carta sociale europea.

relativo importo «sono riproporzionati e le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni si computano come mese intero»³³.

Anche con riguardo all'ammontare dell'indennità e alla fissazione legislativa dei relativi parametri si può riproporre la domanda della possibilità di deroga da parte della contrattazione collettiva. Trattamenti di maggior favore per il lavoratore sembrano sempre ammessi, come sembrano sempre possibili deroghe *in peius* da parte della contrattazione decentrata, che potrebbe prevedere maggiore o minore rilevanza della anzianità di servizio o modificare i limiti minimi e massimi nonostante che la norma, stabilendo che la misura della indennità debba essere “comunque” “non inferiore a” e non superiore a”, sembri introdurre, a riguardo, una maggiore rigidità. Si deve in ogni caso ricordare che l'art. 8 del d.l. n. 138/2011 impone alle parti sociali, nell'ambito della contrattazione di prossimità in deroga, il rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro; vincoli che impongono, come si è visto, l'adeguatezza del rimedio nel caso in cui il licenziamento non sia sorretto da valido motivo³⁴.

7. La nozione di anzianità di servizio

Rimane da specificare, con riferimento alle c.d. tutele crescenti, che cosa si debba intendere per anzianità di servizio: una nozione, questa, già presa in considerazione, con diverse modalità, in altri contesti normativi. Ad esempio, si computa certamente il periodo di prova, qualora l'assunzione divenga definitiva (art. 2096, comma 4, c.c.); si computa il periodo in cui la lavoratrice madre e il lavoratore padre usufruiscono dei congedi di maternità e paternità e dei congedi parentali (artt. 22, comma 3, 29 e 34, comma 5, d.lgs. n. 151/2001), così come si computa il periodo di assenza per malattia e infortunio (art. 2110, comma 3, c.c.). In assenza di una disposizione specifica, invece, altri periodi di sospensione della attività lavorativa non possono essere considerati ai fini della anzianità di servizio. Dovrebbe computarsi anche il

³³ Per esempi del metodo di calcolo soprattutto nel caso di anzianità intermedie a ciascun anno compiuto, cfr. M. FEZZI, F. SCARPELLI, *Guida al Jobs Act*, I Quaderni di Wikilabour, 2015, n. 2, 49.

³⁴ Cfr. C. CESTER, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsa, 2012, 408 ss., e gli AA. citati alla nota 29.

periodo di apprendistato, qualora al termine della formazione nessuna delle parti eserciti la facoltà di recesso, dato che in tal caso il rapporto “prosegue” come ordinario rapporto di lavoro (art. 1, comma 1, lett. *m*, d.lgs. n. 267/2011). Secondo un indirizzo giurisprudenziale, anche recentemente ribadito dalla Cassazione, si dovrebbero computare nella anzianità di servizio anche i periodi lavorati nell’ambito di successivi contratti a termine³⁵. Non sembra contraddire questa affermazione il fatto che l’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015 preveda l’applicazione della nuova normativa anche ai casi di “conversione”, successiva all’entrata in vigore del decreto, «di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato» parificando quindi la “conversione” ad una nuova assunzione³⁶. A parte il fatto che si tratta di norma sostanzialmente transitoria e che quindi il problema si pone solo per i già assunti con contratto a termine o di apprendistato prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, mi sembrerebbe eccessivamente penalizzante per questi lavoratori imporre loro, oltre alla “perdita” di una più favorevole disciplina dei licenziamenti, anche la perdita totale dell’anzianità pregressa ai fini della quantificazione dell’indennità dovuta per licenziamento illegittimo.

Va inoltre computata l’anzianità maturata dall’inizio della somministrazione in caso di somministrazione irregolare qualora il lavoratore ottenga la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell’utilizzatore, dato che tale costituzione ha «effetto dall’inizio della somministrazione» (art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

L’art. 7 del decreto poi, contiene una norma specifica sul computo della anzianità negli appalti, per il quale si rinvia al relativo commento³⁷.

³⁵ Cass. 12 gennaio 2015, n. 262, per la quale, in caso di reiterazione di contratti a tempo determinato, l’indennità di cui all’art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010 è esaustiva del diritto al ristoro per il periodo non lavorato, mentre per i periodi lavorati al lavoratore spetta anche, oltre alla retribuzione maturata, il riconoscimento dell’anzianità di servizio e, dunque, la maturazione degli scatti di anzianità. Auspica un esplicito intervento normativo in tal senso G. PROIA, *op. cit.*, 71.

³⁶ Sul punto, in senso critico, A. MARESCA, *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, in *GLav*, 2015, n. 12, 12 ss. Cfr. anche M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in questo volume.

³⁷ Cfr. A. SITZIA, *Computo dell’anzianità negli appalti*, in questo volume.

Articolo 4

Vizi formali e procedurali

1. 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 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 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.

I vizi formali e procedurali del licenziamento

di Barbara de Mozzi

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il regime sanzionatorio dei vizi formali e procedurali nell'(ex) area di tutela obbligatoria. Il confronto con la disciplina prevista per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015. – 3. La mancata previsione per i lavoratori con contratto a tutele crescenti della procedura di conciliazione preventiva di cui all'art. 7, l. n. 604/1966. – 4. La genericità o la carenza della motivazione o della contestazione d'addebito. – 5. Il difetto di immediatezza della contestazione e la violazione dei termini previsti dai contratti collettivi. – 6. Il persistente silenzio del datore di lavoro, in giudizio, sulle ragioni del licenziamento. – 7. La violazione del requisito di tempestività nell'intimazione del licenziamento. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il d.lgs. n. 23/2015, nel dare attuazione alla l. n. 183/2014, disciplina, agli artt. 4 e 9, le conseguenze sanzionatorie dei vizi procedurali e formali diversi dal difetto di forma scritta.

La violazione del requisito di motivazione del licenziamento di cui all'art. 2, comma 2, della l. n. 604/1966 o della procedura di cui all'art. 7 della l. n. 300/1970 comporta, nell'ambito dei contratti a tutele crescenti¹, l'estinzione del rapporto² e la condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità, crescente (esclusivamente) con l'anzianità di servizio, compresa tra un minimo di 2 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il

¹ Circa il campo di applicazione della disciplina di cui al d.lgs. n. 23/2015 si rinvia al commento di M. TREMOLADA, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in questo volume.

² Un apprezzamento per la scelta terminologica del legislatore in G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in [Giustizia Civile.com](http://GiustiziaCivile.com), 24 aprile 2015.

calcolo del TFR, per i datori di lavoro rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18, commi ottavo e nono; e di un'indennità compresa tra un minimo di una ed un massimo di 6 mensilità per i datori di lavoro di più piccole dimensioni³. Salvo che il giudice, su domanda del lavoratore, accerti il ricorrere dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui all'art. 2 o all'art. 3 del decreto.

Ai lavoratori con contratto a tutele crescenti non trova, invece, applicazione, per espressa previsione dell'art. 3, comma 3, del decreto delegato, la procedura preventiva di conciliazione di cui all'art. 7 della l. n. 604/1966.

Permane, dunque, anche nel d.lgs. n. 23/2015 (così come era ed è nella c.d. legge Fornero per i lavoratori già assunti prima del 7 marzo 2015)⁴ la netta differenziazione tra regime sanzionatorio del licenziamento "inefficace" perché privo di forma scritta (sanzionato con la tutela reale piena di cui all'art. 2) e regime sanzionatorio del licenziamento affetto da vizi procedurali e formali "minori" (sanzionato con la debolissima tutela indennitaria), quest'ultimo, tuttavia, non più qualificato "inefficace".

2. Il regime sanzionatorio dei vizi formali e procedurali nell'(ex) area di tutela obbligatoria. Il confronto con la disciplina prevista per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015

Come si è detto, il d.lgs. n. 23/2015 rinuncia a qualificare "inefficace" il licenziamento disciplinare viziato nella procedura ed individua "*de futuro*" con riferimento ai lavoratori con contratto a tutele crescenti la tutela applicabile ai vizi procedurali e formali diversi dal difetto di forma scritta presso i datori di lavoro di più piccole dimensioni (art. 9).

Resta, tuttavia, l'incertezza circa il regime applicabile, nell'(ex) area di tutela obbligatoria per i lavoratori già assunti prima del 7 marzo 2015, in particolare per quanto riguarda il licenziamento affetto da vizio di motivazione⁵.

³ Circa la natura dell'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, né più qualificata "risarcitoria" (e neppure espressamente detta onnicomprensiva) si rinvia al commento di M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in questo volume.

⁴ Il d.lgs. n. 23/2015 trova però applicazione anche ai lavoratori di cui all'art. 1, comma 3.

⁵ Parte degli interpreti propende per l'applicazione dell'art. 8 della l. n. 604/1966, invocando un'interpretazione costituzionalmente orientata (A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 44); *contra*, considera ineludibile l'intervento della Consulta C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, n. 3, 580. Propende per l'applicazione dell'art. 18, comma 6, L. ANGIELLO, *La forma del*

Vi è, allora, da chiedersi se la novella possa assumere qualche rilevanza anche nella soluzione della cennata questione.

A fronte del recente intervento legislativo sembra, in effetti, perdere ulteriore peso l'assunto centrale della pronuncia delle sezioni unite del 1996⁶, e cioè che la «inequivoca formulazione della norma» (di cui all'art. 2, comma 3, l. n. 604/1966) precluda all'interprete l'applicazione, ai datori di lavoro non aventi i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 Stat. lav., di una disciplina (l'art. 8 della l. n. 604/1966) diversa dalla «tutela reale di diritto comune» e prende corpo l'idea che, poiché l'"inefficacia" derivante dal vizio di motivazione (art. 2, comma 3, l. n. 604/1966) comporta nell'(ex) area "di tutela reale" (per effetto dell'art. 18, comma 6, Stat. lav.) e, per i nuovi assunti, anche nell'area un tempo detta di "tutela obbligatoria" (artt. 4 e 9 del decreto delegato) una tutela meramente indennitaria⁷, non sia, oggi, in stridente contrasto con siffatta qualificazione di "inefficacia" (né dissonante rispetto al sistema normativo di riferimento) applicare anche al licenziamento viziato nella motivazione (per i lavoratori già in forza al 7 marzo 2015, dipendenti da datori di lavoro di piccole dimensioni) la medesima tutela prevista per la mancanza di tali motivi (art. 8, l. n. 604/1966), anche a prescindere dall'intervento della Consulta.

Del pari, dopo la legge Fornero era ed è discusso quale sia il regime sanzionatorio, nell'area c.d. di tutela obbligatoria, del licenziamento disciplinare viziato nella procedura (per i lavoratori già in forza al 7 marzo 2015).

licenziamento individuale, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, 2013, 245; auspicano l'intervento della Consulta per ricondurre a razionalità il troppo blando regime sanzionatorio (tutela indennitaria debole) introdotto dalla legge Fornero per le imprese "sopra soglia" M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. BARBIERI, D. DALFINO (a cura di), *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013, 44, e G. CANNATI, *Profili d'incostituzionalità della riforma sui licenziamenti*, in *RIDL*, 2013, n. 1, I, 203. Tale impostazione è accolta da Trib. Roma 18 settembre 2014, in www.agilazio.it; Trib. Roma ord. 17 novembre 2014, n. 8365, in *LG*, 2015, n. 4. Tuttavia, se è vero che la Consulta ben può sindacare (in virtù del principio di ragionevolezza, affrancato dalla ricerca del *tertium comparationis*) la illogicità della legge che denoti un'antinomia rispetto al particolare settore dell'ordinamento nel quale la disciplina si colloca, pare che, non già la previsione di cui all'art. 18, comma 6, Stat. lav., quanto semmai proprio la applicazione della tutela reale di diritto comune al vizio di motivazione nell'area di tutela obbligatoria sarebbe, oggi, disposizione estranea o dissonante rispetto al nuovo quadro normativo di riferimento.

⁶ Cass., sez. un., 27 luglio 1999, n. 508.

⁷ Quando al contempo per il medesimo vizio di "inefficacia" per difetto di forma scritta (art. 2, comma 3, in relazione all'art. 2, comma 1, l. n. 604/1966) si applica la tutela reale piena.

La soluzione preferibile – malgrado le incertezze derivanti da una qualificazione di “inefficacia” del licenziamento disciplinare di portata generale⁸ (benché contenuta nel comma 6 dell’art. 18 Stat. lav.) e non circoscritta ai soli datori di lavoro aventi i requisiti di cui all’art. 18, commi 8 e 9 – resta quella della perdurante applicazione dell’art. 8, l. n. 604/1966⁹, stante il carattere meramente “a-tecnico” della predetta qualificazione di inefficacia di cui all’art. 18, comma 6, contraddetta (nell’area di tutela reale) dal regime sanzionatorio introdotto per i datori di lavoro di medio grandi dimensioni (estinzione del rapporto e tutela indennitaria debole).

Ciononostante, tale opzione interpretativa non è scevra da contraddizioni: un datore di lavoro “sotto soglia” (ma con più di 15 dipendenti) potrebbe, infatti, essere tenuto (alla riassunzione o) al pagamento di un’indennità massima di 14 mensilità¹⁰ per un lavoratore con 20 anni di anzianità, quando invece, nelle medesime condizioni, un datore di lavoro “medio grande” sarebbe tenuto al pagamento di un’indennità massima di (sole) 12 mensilità¹¹.

A fronte di tali antinomie, ben si comprende dunque la scelta del legislatore delegato di rinunciare, *de futuro* a ulteriormente qualificare il licenziamento viziato nella procedura – illegittimo, ma certamente valido, in quanto idoneo ad estinguere (esso stesso) il rapporto (con effetto fin dal momento di avvio della procedura di cui all’art. 7 Stat. lav.) – e di disciplinare compiutamente le conseguenze sanzionatorie dei vizi procedurali e formali “minori” nell’(ex) area di tutela reale e in quella di tutela obbligatoria (artt. 4 e 9). Scelta, questa, che ulteriormente conferma l’impressione di un sistema sanzionatorio configurato in termini di accentuata specialità e connotato dalla scomposizione

⁸ Riconosce – sia pure nell’ambito di una pronuncia relativa ad un licenziamento viziato nella motivazione intimato da un datore di lavoro “sotto soglia” – la portata generale della previsione di inefficacia, di cui all’art. 42, comma 6, l. n. 92/2012, Trib. Roma 18 settembre 2014, cit.

⁹ Cfr. Trib. Aosta 26 maggio 2014, che qualifica «inefficace a prescindere dalla reale sussistenza della motivazione posta a suo fondamento» il licenziamento intimato in area di tutela obbligatoria, con violazione dell’art. 7 Stat. lav., ed applica il regime sanzionatorio di cui all’art. 8 della l. n. 604/1966.

¹⁰ Non si potrebbe obiettare che le due situazioni non sono comparabili poiché l’art. 8 della l. n. 604/1966 prevede la riassunzione ovvero il pagamento dell’indennità. Secondo l’insegnamento della Consulta, infatti, il pagamento dell’indennità è sempre dovuto (art. 8) qualora il rapporto non si ripristini, quale sia il soggetto e quale sia la ragione per cui ciò non avvenga.

¹¹ G. AMOROSO, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro. Volume II. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, Giuffrè, 2014, 742, il quale dubita della legittimità della disposizione nella parte in cui non prevede analoga possibilità di maggiorazione nell’(ex) area di tutela reale, per i lavoratori con anzianità superiore a 20 anni.

dei tradizionali presupposti di legittimità del licenziamento, in ragione delle articolate conseguenze sanzionatorie, di volta in volta introdotte dal legislatore¹².

E tuttavia, deve rimproverarsi al legislatore (delegante) di non avere colto l'occasione per correggere, anche per quanto riguarda i lavoratori già in forza al 7 marzo 2015, le evidenti aporie della legge Fornero.

3. La mancata previsione per i lavoratori con contratto a tutele crescenti della procedura di conciliazione preventiva di cui all'art. 7, l. n. 604/1966

Come si è anticipato, ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo disciplinati dal d.lgs. n. 23/2015 non si applica, per espressa previsione dell'art. 3, comma 3, la procedura di conciliazione preventiva, prevista per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo intimati dai datori di lavoro "sopra soglia" dall'art. 7 della l. n. 604/1966.

In base alla chiara lettera dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 22/2015, in caso di risoluzione consensuale del rapporto i lavoratori con contratto a tutele crescenti (benché dipendenti da aziende comprese nel campo di applicazione dell'art. 18, commi 8 e 9, Stat. lav.) non hanno dunque diritto a percepire la Naspi. Al contrario di quanto accade allorché il lavoratore licenziato accetti l'offerta economica del datore all'esito della c.d. "conciliazione agevolata" di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015, poiché in tale ultimo caso non si ha risoluzione consensuale del rapporto, ma unicamente rinuncia del lavoratore ad impugnare il licenziamento¹³.

Per effetto di tale modifica normativa, poi, il licenziamento per giustificato motivo dei lavoratori con contratto a tutele crescenti non produrrà i propri effetti retroattivamente (come previsto dall'art. 1, comma 40, della l. n. 92/2012), bensì dal momento di ricezione della comunicazione di licenziamento. Trovano, così, superamento, con riferimento ai "nuovi assunti" le molteplici questioni interpretative scaturite dall'intreccio normativo dei

¹² C. CESTER, *Le tutele*, Cedam, in corso di pubblicazione; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, n. 1, I, 147 ss.

¹³ Cfr. interpello Min. lav. 24 aprile 2015, n. 13. Nel medesimo senso anche A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015, 47.

commi 40-42 dell'art. 1 della l. n. 92/2012¹⁴; ed in particolare le questioni legate all'eventualità di un preavviso di licenziamento più breve rispetto alla durata della procedura di conciliazione¹⁵. Del pari, resta confinato ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 il dibattito circa le ipotesi in cui (dopo l'intervento correttivo ad opera della l. n. 99/2013)¹⁶ il previo esperimento della procedura è ritenuto necessario, da quelle in cui non lo è¹⁷.

4. La genericità o la carenza della motivazione o della contestazione d'addebito

Malgrado le svariate questioni interpretative evidenziate dal dibattito giurisprudenziale e dottrinale attorno all'art. 18, comma 6, Stat. lav., il legislatore delegato non chiarisce in che cosa consista per i lavoratori con contratto a tutele crescenti la «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».

Valgono, in merito, per la gran parte, i medesimi ragionamenti già fatti in relazione alla legge Fornero. Così, in particolare, in caso di motivazione o di contestazione solo generica troverà applicazione, secondo l'opinione che pare preferibile, la tutela indennitaria debole: sia alla luce dei progressi orientamenti giurisprudenziali che chiedono, rispettivamente, la specificazione

¹⁴ Sul punto, si rinvia al commento di C. FABRIS, *La motivazione e la decorrenza degli effetti del licenziamento individuale*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 273.

¹⁵ Sul punto si segnala Trib. Brindisi 25 febbraio 2013, secondo cui – visto il richiamo da parte del comma 6, art. 7, l. n. 604/1966, al termine di 7 giorni di cui al comma 3 del medesimo articolo – se l'audizione non interviene entro i 7 giorni il datore di lavoro potrà procedere al licenziamento (malgrado vi sia stata convocazione per data successiva).

¹⁶ Cfr. art. 7, comma 4, d.l. n. 76/2013, convertito dalla l. n. 99/2013, che, superando il contrasto giurisprudenziale immediatamente apertosi (Trib. Milano 5 marzo 2013; Trib. Milano 22 marzo 2013; Trib. Chieti 9 gennaio 2013), ha escluso la procedura di conciliazione preventiva in caso di licenziamento per superamento del periodo di comporto, ovvero di licenziamento o interruzione del rapporto ex art. 2, comma 34, l. n. 92/2012.

¹⁷ Le prime pronunce sembrano, per lo più, orientate a ritenere necessario l'esperimento della procedura nel caso di licenziamento per sopravvenuta inidoneità alle mansioni, salvo che la stessa si traduca nell'«impossibilità definitiva, totale o parziale, allo svolgimento della prestazione lavorativa (art. 1256 e 1258 c.c.), che consente appunto la risoluzione del contratto e del conseguente rapporto di lavoro subordinato ai sensi degli artt. 1463 e 1464 c.c.». Così Trib. Perugia 7 marzo 2013; Trib. Parma 4 febbraio 2015; Trib. Roma 17 marzo 2014; Trib. Taranto 16 gennaio 2013.

dei motivi (oggi espressamente imposta dall'art. 2, comma 2, della l. n. 604/1966) e la specificità della contestazione, sia in ogni caso, per via dell'ampio riferimento normativo alla "violazione" della motivazione o della procedura¹⁸.

La medesima tutela indennitaria debole dovrebbe trovare applicazione anche nel caso (più controverso) di omessa comunicazione dei motivi, o omessa contestazione (ovvero di estrema genericità, tale da rendere "solo apparente" la comunicazione, o contestazione)¹⁹.

La tesi – già avanzata con riferimento alla l. n. 92/2012 – di una equiparazione di tali vizi all'«insussistenza del fatto contestato» (o alla «manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento economico»), con conseguente applicazione della «tutela reintegratoria attenuata» di cui all'art. 18, comma 4, Stat. lav.²⁰ – già contraddetta dall'esplicita previsione di applicazione delle sanzioni di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 18 (ed oggi degli artt. 2 e 3 del decreto delegato) e non già, unicamente, della tutela reintegratoria attenuata²¹ nel caso di positivo accertamento del difetto di

¹⁸ In giurisprudenza, Trib. Milano 9 marzo 2013. *Contra*, F. CARINCI, *Il licenziamento inefficace*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Ipsoa, 2012, 73, secondo cui «se la motivazione c'è, ma è incompleta, imprecisa, insufficiente, ci si trova di fronte ad una violazione non più formale, ma sostanziale, che obbliga ad una valutazione di merito e comporta una ben diversa conseguenza sanzionatoria». Nel medesimo senso, da ultimo, M. BRIZZI, *Il fatto nella configurazione del licenziamento disciplinare*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, 2015, 71.

¹⁹ P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la Legge Fornero*, Giuffrè, 2013, 273. Circa l'assimilazione di una motivazione del tutto generica ad omessa motivazione, si veda Cass. 15 gennaio 2009, n. 834.

²⁰ Cfr. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, n. 3, I, 633. Secondo F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in csdte.lex.unict.it, 23 aprile 2015, lasciato di Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, è quello «dato dal considerare il fatto sussistente solo se oggetto di contestazione, sì da risultare in difetto insussistente». In giurisprudenza la tesi è seguita (con riferimento al regime di cui alla legge Fornero) da Trib. Milano ord. 2 settembre 2013; Trib. Milano ord. 26 aprile 2013; Trib. Roma 20 gennaio 2015, in *DeJure*; Trib. Venezia ord. 14 novembre 2013, in *ADL*, 2014, n. 4-5, II, 1090; Trib. Milano 15 aprile 2015; Trib. Roma 21 dicembre 2013; Trib. Roma ord. 4 marzo 2014, n. 21153, di cui è riportato un [commento](http://www.csdnroma.it) in www.csdnroma.it). *Contra*, applicano la tutela indennitaria debole in caso di omessa contestazione Trib. Padova 8 ottobre 2013; Trib. Padova 4 luglio 2014; Trib. Biella 17 settembre 2013; cfr. anche l'*obiter dictum* di Trib. Bari 24 febbraio 2014, quest'ultima in *DeJure*.

²¹ M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, suppl. a *DPL*, 2012, n. 33, 57; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and*

giustificazione – perde ora ulteriormente consistenza, con riferimento ai lavoratori con contratto a tutele crescenti.

Risulta infatti davvero arduo assimilare le fattispecie in commento all'ipotesi in cui «sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore»²².

E, tuttavia, si è già aperto il dibattito se l'applicazione della tutela indennitaria debole al caso di omessa contestazione disciplinare confligga o no con il diritto comunitario o internazionale, ovvero con i principi costituzionali²³, stante il valore preminente riconosciuto al diritto di difesa, nonché alla tutela della dignità del lavoratore, assicurati dal contraddittorio; denunciandosi altresì l'incoerenza dell'attenuazione del rilievo dei vizi procedurali del licenziamento rispetto al complessivo “sistema disciplinare”.

Ora, non pare che l'adeguatezza della tutela indennitaria riconosciuta al lavoratore in caso di licenziamento disciplinare intimato in violazione del contraddittorio (o in mancanza di comunicazione dei motivi) sia sindacabile alla luce del diritto comunitario o internazionale – in particolare ove si sia rifiutato l'assioma per cui un licenziamento non preceduto dalla contestazione disciplinare equivale ad un licenziamento ingiustificato – stante, da un lato, la mancata ratifica, da parte dell'Italia della convenzione ILO n. 158/1982 che espressamente prevede la previa possibilità di difesa per il lavoratore (art. 7)²⁴ e, dall'altro, la limitata efficacia delle ulteriori fonti comunitarie e internazionali quali l'art. 30 della Carta di Nizza e l'art. 24 della Carta sociale

[economics e giurisprudenza](#), Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2013, n. 190, 48.

²² *Contra*, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *ADL*, 2015, n. 2, 328; sul punto, si veda anche la posizione di C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, 95.

²³ Con riferimento alla l. n. 92/2012, ritiene plausibile un'interpretazione costituzionalmente orientata G. FONTANA, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *RIDL*, 2014, n. 2, I, 273 ss. Giudica invece necessario l'intervento della Consulta V. SPEZIALE, *op. cit.*, 48.

²⁴ Sul valore delle convenzioni ILO non ratificate, si veda la dichiarazione di Ginevra del 18 giugno 1998, la quale attiene però unicamente ai principi sanciti dalle convenzioni riconosciute come “fondamentali”. Cfr. G. CASALE, *Il diritto internazionale del lavoro ed il ruolo della Organizzazione internazionale del lavoro*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet, 2010, 46. Ricorda G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'Unione Europea*, in *DLRI*, 2012, n. 136, 653, che solo la regolare procedura di ratifica permette di attribuire alle convenzioni ILO efficacia nell'ordinamento interno.

europea²⁵, le quali – peraltro – non introducono, specificamente, vincoli procedurali al licenziamento individuale²⁶.

Quanto ai principi costituzionali, non pare prospettabile una lesione dell'art. 3 Cost. per il fatto che le «rigidità normative» del procedimento disciplinare sono allentate solo con riferimento alla sanzione estintiva e non già a quelle conservative²⁷. Poiché tale apparente incoerenza rispetto al complessivo “sistema disciplinare” appare giustificata dalla necessaria coerenza interna della previsione rispetto al (nuovo) sistema sanzionatorio del recesso illegittimo, «a geometria variabile [...] costruito secondo criteri di gradualità»²⁸. Sistema nel quale scolora l'argomento, a suo tempo utilizzato dalla Corte²⁹, di una tutela necessariamente reintegratoria (per le violazioni della procedura disciplinare nelle imprese di grandi dimensioni), a fronte dell'analogia tutela di tipo reintegratorio (solo un tempo) riconosciuta a fronte delle violazioni formali dell'art. 2, comma (1 e) 2, della l. n. 604/1966.

Più problematica pare invece la questione della lesione del valore della tutela della dignità del lavoratore, o del diritto di difesa, quest'ultimo, però, tutelato essenzialmente nel processo, ovvero – al di fuori di questo – nell'ambito dei procedimenti di natura amministrativa (sia pure di tipo disciplinare)³⁰; ambito

²⁵ Si veda da ultimo C. giust. 5 febbraio 2015, causa C-117/14, *Grima Janet Nisttahuz Poclava c. Jose María Ariza Toledano*, nella quale da un lato la Corte ha escluso che la normativa spagnola che disciplina il «contratto di lavoro a tempo indeterminato di sostegno agli imprenditori», con periodo di prova della durata di un anno, configuri «attuazione del diritto dell'Unione» ed ha conseguentemente escluso la possibilità di vagliarne la compatibilità con l'art. 30 della Carta di Nizza (ai sensi dell'art. 51 della Carta stessa); dall'altro ha escluso la propria competenza a pronunciarsi in materia di interpretazione di norme di diritto internazionale (convenzione n. 158/1982 e Carta sociale europea) che «vincolano gli Stati membri, ma esulano dalla sfera del diritto dell'Unione». *Contra*, G. FONTANA, *op. cit.*, 283, che richiama l'art. 30 della Carta di Nizza; P. CHIECO, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al XVIII Congresso Aidlass, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell'ordinamento multi livello*, Foggia, 28-30 maggio 2015, 69, in www.aidlass.it. In generale, in tema di rilevanza delle fonti comunitarie e internazionali, si veda l'opinione di G. ORLANDINI, *op. cit.*, 641.

²⁶ G. ORLANDINI, *op. cit.*, 641, ritiene invece che l'art. 18, comma 6, Stat. lav., il quale sanziona con un modesto indennizzo «le inadempienze formali e procedurali [...] finendo così per incentivarle», non sia in sintonia con i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

²⁷ Uno spunto in tal senso (con riferimento alla l. n. 92/2012) in G. FONTANA, *op. cit.*, 281.

²⁸ Per tale definizione si veda C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 14.

²⁹ C. cost. 30 novembre 1982, n. 204.

³⁰ Così, ad esempio, Cass. 1° marzo 2012, n. 3182. Cfr. D. LANCIONI, *Il rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento disciplinare a carico degli appartenenti alle Forze di*

nel quale, in effetti, si è affermato, nel diritto interno così come già nel diritto dell'Unione europea, il diritto al c.d. "contraddittorio anticipato".

Cionondimeno, se è vero che la Consulta nel 1982 e nel 1989 non ha direttamente fondato le sue pronunce sull'art. 24 Cost.³¹, è pur vero che un richiamo a tale articolo si trova nella pronuncia n. 364/1991, ove la Corte, nel ribadire il «valore essenziale per la persona del lavoratore» che assume il rispetto del contraddittorio, sancisce l'estensione al personale navigante, in caso di licenziamento disciplinare, della medesima tutela, sostanziale e procedimentale assicurata dalla legge ai lavoratori comuni³².

La questione diventa, allora, quella di capire se i preminenti valori costituzionali – ed in particolare quello della tutela della dignità del lavoratore – sottesi al procedimento disciplinare vengano, o no, lesi per effetto di una disciplina che prevede, in caso di violazione, una sanzione meno severa rispetto a quella prevista per i vizi "sostanziali". Ciò che deve escludersi, là ove l'indennità riconosciuta al lavoratore per il (solo) vizio procedurale possa considerarsi adeguata, e tale da garantire effettività della tutela³³.

Considerazioni, queste, che forse avrebbero potuto consigliare maggiore prudenza al legislatore nell'ulteriormente decurtare l'entità della stessa, rispetto a quanto previsto dall'art. 18, comma 6, Stat. lav.³⁴.

[Polizia e le cause di "legittimo impedimento"](#) (nota a TAR Lazio 13 ottobre 2011, n. 7917), in [www.diritto.it](#), 26 aprile 2012.

³¹ Così C. PISANI, *Il licenziamento inefficace per vizio di forma*, in *GI*, 2014, n. 2.

³² C. cost. 23 luglio 1991, n. 364, ove, pur essendo la questione sollevata con riferimento al solo art. 3 Cost., la Corte afferma che «gli artt. 2 e 24 della Costituzione esigono che al personale navigante, in caso di licenziamento disciplinare, sia garantita la pretesa alla tutela, sostanziale e procedimentale assicurata dalla legge ai lavoratori comuni». Sul valore del principio del contraddittorio nell'irrogazione del licenziamento disciplinare, si veda Cass. 30 marzo 2007, n. 7880, secondo cui «l'art. 7, commi 2 e 3, stat. lav. raccoglie poi il ben noto sviluppo – ad un tempo sociopolitico e giuridico formale – che ha indotto ad esigere come essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento».

³³ M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, in C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 131.

³⁴ Ritiene che la riduzione dell'indennità rafforzi i sospetti di illegittimità costituzionale della norma F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *LG*, 2015, n. 2, 121. *Contra*, G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, 71, il quale esclude il contrasto con gli artt. 3 e 35 Cost., anche in considerazione del fatto che la misura dell'indennità «è stata determinata tenendo conto della finalità di promozione dell'occupazione mediante una riduzione di rigidità del sistema sanzionatorio». Sul punto si rinvia, in questo volume, a M.G. MATTAROLO, *op. cit.*

Diversa è, infine, la questione se possa dirsi leso il diritto di difesa – nel processo – da una disciplina che colpisce con la blanda tutela indennitaria di cui agli artt. 4 e 9, la omessa contestuale comunicazione dei motivi (e la omessa eventuale previa procedura disciplinare)³⁵.

Qui, alla constatazione che il diritto di difesa è tutelato in ogni stato e grado del procedimento pare potersi contrapporre l'argomento che la difesa giudiziale del lavoratore non è, di per sé, impedita, stante la possibilità di replica (ove il datore di lavoro deduca, per la prima volta, le ragioni in giudizio)³⁶. E ciò, anche con riferimento ai lavoratori «con contratto a tutele crescenti», ai quali trova applicazione il rito ordinario³⁷. Una questione di legittimità costituzionale potrebbe, però, venire in rilievo – con riferimento ai lavoratori con contratto a tutele crescenti – nel caso, particolare, in cui il datore di lavoro, che non abbia preventivamente contestato l'addebito, né motivato il licenziamento, taccia poi anche in giudizio le ragioni del licenziamento. Questione sulla quale ci si soffermerà dopo avere completato l'analisi relativa ai vizi procedurali del licenziamento.

5. Il difetto di immediatezza della contestazione e la violazione dei termini previsti dai contratti collettivi

Con riferimento alla legge Fornero, si è posta la questione se la mancata pubblicazione del codice disciplinare, ove necessaria, e il difetto di immediatezza nella contestazione disciplinare rientrino o meno nell'ambito dei vizi procedurali. Il dibattito si ripropone, oggi, sostanzialmente identico con

³⁵ In tal senso M. D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 375. *Contra*, con riferimento alla l. n. 92/2012, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 46. Né le fonti comunitarie o internazionali impongono l'obbligo di specificazione dei motivi del licenziamento. Per la particolare questione dell'obbligo di motivazione del licenziamento dell'agente temporaneo a tempo indeterminato assunto da una istituzione europea (riconducibile all'obbligo generale di motivazione degli atti delle istituzioni europee, sancito dall'art. 253 TCE), si veda invece Trib. UE, sez. impugnazioni, 8 settembre 2009, causa T-404/06, *Fondazione europea per la formazione professionale (ETF) c. Pia Landgren*; CEDU 10 luglio 2012, n. 19554/11, *K.M.C. c. Ungheria*.

³⁶ C. PISANI, *op. cit.*

³⁷ In tale senso anche C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *op. cit.*, 44, il quale rileva che il lavoratore, «una volta appresi i fatti posti a base del licenziamento dalla memoria di costituzione del datore di lavoro, potrà dedurre i fatti impeditivi della giustificazione del licenziamento».

riferimento al contratto a tutele crescenti. Secondo l'opinione che pare preferibile, l'omessa pubblicazione (là ove necessaria) pare assimilabile ad un'ipotesi di ingiustificatezza del licenziamento (come conseguenza del mancato adempimento di un onere dal cui assolvimento dipende l'esistenza del potere di licenziare, ai sensi e con gli effetti di cui all'art. 1, l. n. 604/1966), con conseguente applicazione della tutela indennitaria forte³⁸.

Quanto al requisito dell'immediatezza della contestazione, la Corte di legittimità³⁹, in un *obiter dictum*, ha chiarito che la stessa rientra tra le regole procedurali desunte dall'art. 7 Stat. lav., in applicazione dei canoni di buona fede e correttezza⁴⁰. E, tuttavia, là ove il difetto di immediatezza, per le modalità concrete della (mancata) reazione del datore di lavoro all'inadempimento⁴¹, implichi non solo la possibile lesione del diritto di difesa, bensì denoti anche la rinuncia del datore a sanzionare il contegno posto in essere dal lavoratore⁴², troverà, cionondimeno applicazione la tutela indennitaria forte (di cui all'art. 3, comma 1)⁴³, trattandosi di una delle "altre ipotesi" di licenziamento ingiustificato, nelle quali il fatto contestato non può dirsi insussistente. Ciò, a maggior ragione, con riferimento ai lavoratori con contratto a tutele crescenti, stante l'impossibilità di assimilare *tout court* tale

³⁸ Così, con riferimento alla disciplina di cui alla l. n. 92/2012, M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 St. lav.*, cit., 58. Ritiene invece applicabile (con riferimento alla c.d. legge Fornero) l'art. 18, comma 4, in base all'argomento che «la mancata affissione non consente di ritenere che il fatto commesso possa considerarsi inadempimento imputabile» L. DI PAOLA, *L'inefficacia del licenziamento disciplinare per violazione del requisito di motivazione e della procedura di cui all'art. 7 Stat. lav.*, in [Giustizia Civile.com](#), 2014, n. 3. Ritiene applicabile la tutela reintegratoria piena (nel regime di cui alla legge Fornero) M. BARBIERI, *op. cit.*, 46.

³⁹ Cass. n. 23669/2014, cit.

⁴⁰ Applica la tutela indennitaria debole (con riferimento alla l. n. 92/2012) Trib. Bologna 3 aprile 2013. Sul punto si veda M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, cit., 330.

⁴¹ In particolare, 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» (ad esempio lasciando trascorrere un lungo lasso di tempo ed omettendo di sospendere cautelamente il dipendente). Cfr. Cass. 4 febbraio 2015, n. 2021.

⁴² Cfr. Cass. 13 febbraio 2015, n. 2902.

⁴³ C. PISANI, *Il licenziamento disciplinare: novità legislative e giurisprudenziali sul regime sanzionatorio*, in *ADL*, 2015, n. 1, I, 97. *Contra*, Trib. Milano 15 novembre 2014, in [Giustizia Civile.com](#), 14 aprile 2015, secondo cui (con riferimento alla l. n. 92/2012), «ove la contestazione sia tardiva, si realizza una preclusione all'esercizio del relativo potere e l'invalidità della sanzione irrogata», con conseguente applicazione della tutela reintegratoria attenuata.

fattispecie a quella di «insussistenza del fatto contestato» direttamente dimostrata in giudizio.

Analogo ragionamento può, poi, valere anche per quanto riguarda l'ipotesi di omessa contestazione: là ove il mancato esperimento della procedura disciplinare denoti, in concreto, la rinuncia del datore di lavoro a far valere l'addebito, troverà applicazione la tutela indennitaria forte di cui all'art. 3, comma 1. E così pure là ove sia il contratto collettivo ad equiparare il difetto di immediatezza alla rinuncia a far valere l'inadempimento⁴⁴.

La tutela indennitaria debole trova, invece, applicazione nel caso di mancato rispetto, da parte del datore di lavoro, del termine per la contestazione disciplinare, previsto dal contratto collettivo⁴⁵, o dalla legge stessa. Come sembra confermare la prima giurisprudenza⁴⁶ (relativa alla legge Fornero) formatasi prevalentemente con riferimento al pubblico impiego⁴⁷. E così pure là ove il contratto collettivo preveda invece un termine minimo "a difesa" del lavoratore più ampio rispetto a quello fissato dalla legge.

6. Il persistente silenzio del datore di lavoro, in giudizio, sulle ragioni del licenziamento

Si ripropone poi, anche con riferimento al contratto a tutele crescenti, la questione, già discussa dopo la legge Fornero, se il datore di lavoro che abbia contestato in modo solo generico, o nient'affatto contestato al lavoratore gli addebiti e (o) solo genericamente, o nient'affatto motivato il licenziamento al

⁴⁴ Cfr. F. ROSSI, in F. ROSSI, B. DE MOZZI, *I licenziamenti inefficaci*, in C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 202, che però (con riferimento alla legge Fornero) ritiene applicabile l'art. 18, comma 4, Stat. lav.

⁴⁵ Cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, n. 2, I, 434.

⁴⁶ Trib. S. Maria Capua Vetere 2 aprile 2013, che muove dalla considerazione che, nel caso di specie, non vi era stata lesione del diritto di difesa (esercitato nel processo penale e, sia pure tardivamente, nel procedimento disciplinare); e neppure una legittima aspettativa da parte del lavoratore circa il mancato esercizio del potere di licenziamento, stante la sospensione cautelare disposta nelle more. Cfr. anche Trib. Palermo 17 marzo 2014; [Trib. Ancona ord. 31 gennaio 2013](#) e [Trib. Perugia ord. 15 gennaio 2013](#), entrambe in [Boll. Spec. ADAPT, 2013, n. 21](#).

⁴⁷ Nel presupposto della applicabilità della c.d. riforma Fornero anche al settore pubblico. Sul punto si veda però E. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 49. Sulla questione dell'applicabilità del d.lgs. n. 23/2015 al settore pubblico, si rinvia al commento di S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in questo volume.

momento della comunicazione possa integrare o rendere note per la prima volta in giudizio le ragioni del licenziamento.

La soluzione preferibile appare quella positiva⁴⁸: la facoltà, riconosciuta al lavoratore di far valere in giudizio la nullità o il difetto di giustificazione di un licenziamento formalmente o proceduralmente viziato (art. 4), al fine di riconnettervi le, diverse, tutele di cui agli artt. 2 e 3, commi 1 e 2, necessariamente sottende la possibilità del datore di lavoro di difendersi in giudizio, integrando o esponendo (per la prima volta) i fatti posti alla base del licenziamento⁴⁹.

Non pare che tale assetto violi, in sé, il principio dell'affidamento⁵⁰, o crei un inaccettabile *vulnus* al principio dell'immutabilità dei motivi posti a base del licenziamento⁵¹. Fermo, naturalmente, il diritto del lavoratore a replicare in giudizio alle deduzioni del datore di lavoro.

Vi è, tuttavia, una significativa differenza tra il vecchio e il nuovo regime, resa manifesta in relazione all'ipotesi di omessa contestazione degli addebiti e omessa comunicazione dei motivi del licenziamento, seguita dal persistente silenzio del datore di lavoro in giudizio sulle ragioni del licenziamento.

Stando alla lettera della legge – fermo l'onere della prova della giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, gravante *ex art.* 5, l. n. 604/1966, sul datore di lavoro⁵² – incombe sul lavoratore con contratto a tutele crescenti che aspiri alla reintegrazione (ricorrendone i requisiti dimensionali) l'onere di «direttamente dimostrare» in giudizio «l'insussistenza del fatto materiale contestato» (e cioè l'«ingiustificatezza qualificata») pur a fronte del silenzio serbato dal datore di lavoro (anche in giudizio) in ordine ai motivi del licenziamento.

In sostanza, il lavoratore, per ottenere la reintegrazione, non potrebbe fare affidamento sulla mancata prova delle ragioni del licenziamento da parte del datore di lavoro “reticente” (sia prima, sia dopo, in giudizio), ma dovrebbe egli

⁴⁸ Ed analogamente dicasi nel caso in cui le ragioni siano in parte sopravvenute dopo la lettera di contestazione. *Contra*, però, con riferimento ad un'ipotesi di assenza prolungata anche dopo la lettera di contestazione, Trib. Torre Annunziata 2 marzo 2015, n. 2486, in *GLav*, 2015, n. 18, 56.

⁴⁹ In senso contrario si veda però Trib. Venezia ord. 14 novembre 2013, cit., con nota critica (sul puto) di I. CORSO, *Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi, anche quando si parla di art. 18 Stat. Lav.*, in *ADL*, 2014, n. 4-5, II, 1093.

⁵⁰ Cfr. sul punto F. ROSSI, in F. ROSSI, B. DE MOZZI, *op. cit.*, 198.

⁵¹ Ritiene invece plausibile il rilievo di illegittimità costituzionale M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 375.

⁵² Rileva D. BORGHESI, [Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti](#), in www.judicium.it, 7 aprile 2015, che la norma non può essere interpretata in senso contrario, pena l'eccesso di delega.

stesso⁵³ allegare e provare i fatti da cui desumere qual è il comportamento disciplinarmente rilevante posto a fondamento del licenziamento e al contempo comprovare la propria estraneità, e cioè l'«insussistenza del fatto materiale» (ad esempio per avere il datore di lavoro reagito con il licenziamento ad un furto perpetuato in azienda da altri), fornendo la prova del fatto contrario, o offrendo «presunzioni dalle quali sia desumibile il fatto negativo»⁵⁴. Salvo non ritenere addirittura, secondo un'interpretazione ancora più radicale, che l'art. 3, comma 2, nel richiedere la «diretta» dimostrazione in giudizio dell'insussistenza del fatto, precluda in radice al lavoratore la possibilità di una prova indiretta, e cioè proprio di quella prova per presunzioni e sui fatti secondari necessaria per dare dimostrazione di un fatto negativo⁵⁵.

Entrambe tali letture espongono, tuttavia, la disposizione in commento a dubbi di costituzionalità, la prima per la contrarietà al comma 2, se non al comma 1 dell'art. 24 Cost., poiché «in questo modo si accollerebbe al lavoratore una *probatio diabolica* e non si terrebbe nella dovuta considerazione il fatto che la regola sul riparto dell'onere probatorio «deve tenere conto anche del principio – riconducibile all'art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio – della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova» Cass. 6 giugno 2012, n. 9099»⁵⁶; la seconda, per l'evidente *vulnus* dell'«art. 24 cost. anche in combinazione con l'art. 3, comma 1 cost.»⁵⁷ che essa comporta.

Non sembra, tuttavia, plausibile (quanto meno nel caso che ci interessa) una diversa lettura, costituzionalmente orientata, fondata, da un lato, sulla circostanza che, nella l. n. 604/1966 l'onere di provare il fatto su cui si fonda il licenziamento cade sul datore di lavoro e, dall'altro, sull'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 «nel quale si fa generico riferimento alla non ricorrenza degli

⁵³ Cfr. la relazione allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (AG 134).

⁵⁴ D. BORGHESI, *op. cit.*; cfr. Cass. 5 febbraio 2015, n. 2137.

⁵⁵ Così L. DE ANGELIS, [Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2015, n. 250; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, cit., 329; *contra*, C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, cit., 36. Ritiene consentita al lavoratore la prova per presunzioni M. PERSIANI, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *ADL*, 2015, n. 2, 396.

⁵⁶ D. BORGHESI, *op. cit.*, 2.

⁵⁷ «Con quest'ultimo per lo squilibrio difensivo rispetto al datore di lavoro che può utilizzare ogni prova» L. DE ANGELIS, *op. cit.*, 13. Ritiene incostituzionale la previsione anche S. GIUBBONI, [Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2015, n. 246; M. BRIZZI, *op. cit.*, 72.

estremi del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, senza menzionare il fatto materiale, il quale può quindi ritenersi ricompreso tra tali estremi»⁵⁸. Ed infatti – al di là della difficoltà di sostenere tale interpretazione, alla luce del chiaro dettato normativo – là ove il datore di lavoro abbia taciuto, fin in giudizio, le reali ragioni del licenziamento, non potrà in alcun modo ritenersi che quelle “indimostrate” in giudizio siano ragioni di natura disciplinare, piuttosto che economica.

In sostanza, ove il datore di lavoro abbia taciuto (sia prima, che dopo, in giudizio) le ragioni del licenziamento, è impedito all’interprete considerare *de plano* che i fatti taciuti – dei quali il datore non ha, ovviamente, fornito la prova – si configurino come “disciplinariamente rilevanti” e non già piuttosto quali “ragioni oggettive”, per riconnettervi la sanzione reintegratoria⁵⁹. Al punto che, si è detto – al netto di un intervento della Consulta – il datore di lavoro ben potrebbe (piuttosto che tacere) anche solo limitarsi ad “etichettare” il licenziamento come “economico”, gravando sul lavoratore che aspiri alla reintegrazione la difficile prova contraria.

Non pare di potere aderire alla tesi secondo cui la «totale carenza di motivazione» (sia prima, nella comunicazione, che dopo in giudizio) sarebbe, in sé, riconducibile ad uno dei «casi di nullità espressamente previsti dalla legge» (art. 2, comma 1)⁶⁰ sanzionabile *ex art.* 2 del d.lgs. n. 23/2015.

Depone, infatti, in senso contrario l’ampiezza del riferimento normativo alla «violazione del requisito di motivazione, di cui all’art. 2, comma 2 l. n. 604/1966», il quale trova la sua espressa sanzione proprio negli artt. 4 e 9 del decreto stesso. Neppure pare di potere aderire a tale impostazione ove – con essa – si voglia alludere alla possibilità di considerare “in frode alla legge” la complessa condotta datoriale consistente nell’intimazione del licenziamento (disciplinare) immotivato, seguita dal silenzio, in giudizio, sui motivi del licenziamento, con conseguente applicazione dell’art. 2, comma 1; e ciò,

⁵⁸ Così, invece, D. BORGHESI, *op. cit.* (ma senza fare specifico riferimento all’ipotesi in commento, di perdurante silenzio del datore di lavoro, sia prima, sia dopo, in giudizio).

⁵⁹ Nel medesimo senso si veda la lettera al Presidente della Repubblica dei giuristi democratici (primo firmatario F. Maria Giorgi), ove si legge che «non è più possibile ipotizzare che, a fronte di un licenziamento che omette, oltre che l’esternazione dei motivi, anche ogni qualificazione del recesso, si possa invocare l’insussistenza del fatto e possa, quindi, trovare applicazione la tutela reale di cui al 2° comma; ciò presupporrebbe, infatti, la prova, che dovrebbe essere fornita da chi agisce in giudizio, della natura disciplinare del recesso». Ritiene, al contrario, «onere del datore di lavoro provare la giusta causa di licenziamento e dunque provare, tra gli altri aspetti, la sussistenza del fatto contestato» G. MIMMO, *op. cit.*, 18.

⁶⁰ M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un’ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL*, 2015, n. 12, 752.

anche al di là della questione dell'applicazione o no, in caso di frode, della tutela di cui all'art. 2, comma 1⁶¹. Non solo, infatti, il negozio "in frode" sarebbe esso stesso illegittimo (perché intimato in violazione dell'art. 7 Stat. lav. e dell'art. 2, comma 2, l. n. 604/1966); ma, più radicalmente, com'è stato detto, qui è il legislatore stesso che pare "autorizzare la frode", consentendo al datore di lavoro di mantenere il silenzio sulle ragioni, senza incorrere nella tutela di tipo reintegratorio⁶². Sicché, davvero, pare ineludibile l'intervento della Consulta.

Infine, un'ultima notazione. Anche con riferimento ai lavoratori con contratto a tutele crescenti la deduzione in giudizio, a fondamento del licenziamento, di ragioni del tutto diverse da quelle inizialmente comunicate (o solo genericamente contestate) potrà⁶³ tradire l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, salva la dimostrazione, da parte del datore di lavoro delle ragioni di un siffatto mutamento. Con conseguente applicazione di tutele diversificate, a seconda che si tratti di licenziamento originariamente intimato come disciplinare o per giustificato motivo oggettivo⁶⁴.

7. La violazione del requisito di tempestività nell'intimazione del licenziamento

Diverso è infine il caso in cui il datore di lavoro – completata la procedura – ritardi nell'irrogare della sanzione.

La Corte di cassazione considera il «requisito di tempestività» come «elemento costitutivo del recesso» con conseguente applicazione (nel regime

⁶¹ Sul punto si rinvia al commento di E. PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18. Stat. lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in questo volume. Puntualizza M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa*, cit., 123, che ove la norma elusa abbia carattere ordinatorio si avrebbe mera inefficacia del negozio (dovuta alla violazione di un divieto di frode alla legge fondato su un principio generale dell'ordinamento). «L'inefficacia sarà però limitata all'effetto elusivo, per cui l'atto sarebbe efficace, ma ad esso si applicherebbe la norma elusa» e dunque, in ipotesi, la tutela reintegratoria attenuata. Sull'istituto della frode cfr. G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2011.

⁶² Sul punto (sia pure in diverso contesto) si vedano le osservazioni di C. CESTER, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in questo volume. Cfr. anche L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 120.

⁶³ Così F. ROSSI, in F. ROSSI, B. DE MOZZI, *op. cit.*, 197.

⁶⁴ Cfr. – nel regime di cui alla legge Fornero – Trib. Milano 3 dicembre 2013, in *LG*, 2014, n. 3, 292.

introdotto dalla legge Fornero) della tutela indennitaria forte, di cui all'art. 18, comma 5, Stat. lav., posto che il fatto contestato non manca, e che la rinuncia a farlo valere attiene a una fase successiva⁶⁵.

Ad analoghe conclusioni (tutela indennitaria forte, di cui all'art. 3, comma 1) deve, a maggior ragione, per quanto si è detto, pervenirsi con riferimento al contratto a tutele crescenti. Se peraltro, è, ancora una volta, il contratto collettivo a fissare un termine per l'irrogazione della sanzione, la violazione di tale termine comporterà le medesime conseguenze di cui all'art. 3, comma 1. Ove, infine, come talvolta accade, il contratto collettivo preveda che, decorso un certo termine, le giustificazioni del lavoratore debbano ritenersi "accolte", allora il mancato rispetto di detto termine sarà equiparabile alla rinuncia del datore di lavoro all'esercizio del potere disciplinare, ma da esso conseguirà (non trattandosi, ancora una volta, di "diretta dimostrazione" in giudizio della insussistenza del fatto contestato) la medesima tutela indennitaria forte.

8. Considerazioni conclusive

Il legislatore delegato pare, in sostanza, avere con decisione sbarrato la strada al tentativo dell'interprete di riproporre, con riferimento al contratto a tutele crescenti, le medesime letture "correttive", serpeggianti con riferimento alla legge Fornero, sia per quanto riguarda il regime sanzionatorio dei vizi formali e procedurali nell'ambito dell'area un tempo detta di tutela obbligatoria (oggi espressamente sanzionati con un'indennità compresa tra un minimo di una e un massimo di 6 mensilità); sia per quanto riguarda il regime sanzionatorio della omissione (o genericità) della contestazione e della motivazione del licenziamento.

In tale contesto si riacutizzerà, prevedibilmente, il dibattito tra chi, da un lato, ritiene eccessivamente svalutate le fondamentali regole del contraddittorio, della conoscibilità e immutabilità dei motivi di licenziamento⁶⁶ e chi,

⁶⁵ Ferma la possibilità di applicazione della tutela reintegratoria piena, ove in concreto si provi la natura ritorsiva o discriminatoria del licenziamento. Così O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 St. Lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 251.

⁶⁶ In tal senso, con riferimento all'art. 18, comma 6, Stat. lav., F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del D.Lgs. 24 dicembre 2014)*, cit., 121. G. ORLANDINI, *op. cit.*, 641; M. D'ONGHIA, *op. cit.*, 374; V. SPEZIALE, *op. cit.*, 45; O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 239; R. GALARDI, *Il licenziamento inefficace*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *op. cit.*

dall'altro, assume invece che, là dove il licenziamento sia giustificato, non venga in gioco la lesione di alcun diritto assoluto della persona⁶⁷ e considera ragionevole la scelta del legislatore di riservare alla violazione dei requisiti formali e procedurali diversi dal difetto di forma scritta⁶⁸ un regime sanzionatorio più debole «a condizione che esso comporti [...] una compensazione adeguata»⁶⁹; o chi ancora, pur prospettando il dubbio di costituzionalità, rileva come la tutela del diritto alla dignità possa operare «su un piano diverso da quello concernente la permanenza o meno del rapporto»⁷⁰. E tuttavia, come si è detto, rispetto al passato, da un lato lascia perplessi l'estrema esiguità della sanzione riservata ai vizi procedurali e formali, diversi dal difetto di forma scritta; dall'altro prende consistenza la questione del contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. della disciplina vigente, per i lavoratori con contratto a tutele crescenti, nella parte in cui non si tiene adeguato conto del principio della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova.

Più in generale (prescindendo, per un momento dall'analisi di vizi formali e procedurali), vi è da chiedersi se una così profonda divergenza di disciplina tra il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo per i lavoratori con contratto a tutele crescenti rispetto ai lavoratori ai quali il d.lgs. n. 23/2015 non trova applicazione possa o no – dati alla mano (e cioè all'esito di una necessaria preventiva verifica sui dati relativi all'utilizzo del nuovo contratto a tutele crescenti) – essere considerata discriminatoria in base all'età, richiamandosi a quella giurisprudenza comunitaria che, prima che la direttiva 97/81/CE sancisse espressamente il divieto di discriminazione dei lavoratori con contratto a tempo parziale rispetto ai lavoratori con contratto a tempo pieno, giungeva a sanzionare le differenziazioni di trattamento tra gli uni e gli altri per il tramite del divieto di discriminazione in base al sesso, in base alla

⁶⁷ In tal senso, con riferimento all'art. 18, comma 6, Stat. lav., P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al convegno CSDN, *Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*, Pescara-Montesilvano, 10-12 maggio 2012, in www.pietroichino.it.

⁶⁸ Che non “consumano” il potere di licenziamento. Rileva, però, C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, cit., 17, che tale osservazione trascura la funzione di trasparenza e garanzia di dette regole.

⁶⁹ In tal senso, con riferimento all'art. 18, comma 6, Stat. lav., R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Franco Angeli, 2014, 52.

⁷⁰ In tal senso, con riferimento all'art. 18, comma 6, Stat. lav., C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., 581.

considerazione che la manodopera impiegata con contratto a tempo parziale era prevalentemente femminile⁷¹.

Atteso che la disciplina in commento rientra nel campo di applicazione del divieto di discriminazione in base all'età e attesa la disparità di trattamento in materia di regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo che essa introduce tra i lavoratori con contratto a tutele crescenti rispetto agli altri lavoratori (ad esempio, in materia di licenziamenti "economici"), occorrerà, dunque, verificare, tramite accurata indagine sui dati che emergeranno, in un prossimo futuro, in ordine all'utilizzo del contratto a tutele crescenti⁷² se detta disparità di trattamento colpisca, o no, in misura particolare i giovani, per essere occupati con contratto a tutele crescenti un numero percentuale di lavoratori giovani (ad esempio con meno di 25 anni di età) di molto superiore a quello dei lavoratori in altre fasce di età.

Se così fosse, non ci si potrebbe limitare a considerare come detta differenza di trattamento sia «oggettivamente e ragionevolmente» giustificata da obiettivi di politica del lavoro, quale, in particolare la necessità di favorire l'inserimento professionale dei giovani (art. 6, direttiva 2000/78/CE; art. 1, comma 7, l. n. 183/2014)⁷³; ma occorrerebbe verificare anche se la stessa costituisca o no mezzo «appropriato e necessario» (art. 6, direttiva 2000/78/CE). Cosa che – è stato rilevato – gli studi scientifici sembrano smentire⁷⁴.

È ben vero che – come noto – sono le stesse istituzioni europee, nell'attuale quadro istituzionale⁷⁵ a (pressantemente) sollecitare la "modernizzazione" in atto nel nostro diritto del lavoro, nondimeno occorre rilevare che la Corte di giustizia ha per il passato condotto siffatto tipo di verifica con particolare rigore⁷⁶.

Tanto da lasciare quantomeno sperare in un "aggiustamento di tiro" in una disciplina che oggi appare ispirata all'obiettivo di garantire al lavoratore non tanto una (minor tutela nel rapporto, ma una) maggior tutela "nel" mercato, quanto piuttosto – con buona pace del principio informatore della materia – una maggior tutela "del" mercato.

⁷¹ C. giust. 31 marzo 1981, causa 96/80, *J.P. Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd.*

⁷² Tenendo conto, tuttavia, che tra i lavoratori con contratto a tutele crescenti figurano anche quelli di cui all'art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 23/2015.

⁷³ Obiettivo del contratto a tutele crescenti è, tra l'altro, quello di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione».

⁷⁴ Ricorda V. SPEZIALE, *op. cit.*, 10 (al quale si rinvia anche per le citazioni in merito), che «la correlazione tra "rigidità" delle regole in tema di licenziamenti e tassi di occupazione o disoccupazione è fortemente contestabile».

⁷⁵ Cfr. G. ORLANDINI, *op. cit.*, 646 ss.; P. CHIECO, *op. cit.*

⁷⁶ C. giust. 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*.

Articolo 5
Revoca del licenziamento

1. Nell'ipotesi di revoca del licenziamento, purché effettuata entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo, il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal presente decreto.

La revoca del licenziamento

di Irene Corso

L'art. 5 del d.lgs. n. 23/2015 disciplina gli effetti della revoca disposta dal datore di lavoro rispetto ad un licenziamento cui, se illegittimo, troverebbero applicazione i regimi sanzionatori previsti dallo stesso d.lgs. n. 23/2015: trattasi dei licenziamenti nulli, inefficaci o, comunque, illegittimi intimati nei confronti di operai, impiegati o quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015 o di lavoratori ad essi assimilati (cfr., rispettivamente, il comma 1 ed i commi 2 e 3 dell'art. 1 del d.lgs. n. 23/2015). Tali effetti, purché la revoca intervenga entro i 15 giorni dal ricevimento da parte del datore di lavoro della comunicazione dell'impugnazione del licenziamento, consistono nel ripristino senza soluzione di continuità del rapporto di lavoro, con diritto del lavoratore alla retribuzione (e non ad un risarcimento del danno parametrato alla stessa, con conseguente impossibilità di detrarre dal relativo ammontare l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum*) maturata nel periodo precedente la revoca ed esclusione dell'applicazione dei regimi sanzionatori previsti dal d.lgs. n. 23/2015. Si tratta degli stessi identici effetti previsti per la revoca del licenziamento dall'art. 18, comma 10, Stat. lav., così come introdotto dall'art. 1, comma 42, lett. b, della l. n. 92/2012¹ e questo consente di confermare le

¹ Prima dell'entrata in vigore della l. n. 92/2012 non esisteva nel nostro ordinamento una disciplina specifica della revoca del licenziamento e, per questo, i limiti e gli effetti della stessa venivano individuati dalla giurisprudenza sulla base dei principi generali del Codice civile sull'efficacia degli atti negoziali, tenuto conto delle peculiarità dei diversi regimi sanzionatori previsti dalla legge per i licenziamenti illegittimi. Per un confronto tra l'elaborazione giurisprudenziale in materia e la disciplina introdotta con riferimento a tale istituto dalla l. n. 92/2012 ci si permette di rinviare alla lettura dei contributi di I. CORSO, *La revoca del licenziamento*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del*

considerazioni già effettuate in occasione dell'entrata in vigore della l. n. 92/2012 in ordine ai profili di carattere formale e sostanziale dell'istituto, sui quali il legislatore continua a non dire nulla. Innanzitutto, la legge continua a disciplinare la revoca di un licenziamento già comunicato al lavoratore e, quindi, non incide sull'applicazione anche al licenziamento del principio generale deducibile dall'art. 1338 c.c., secondo cui un soggetto può revocare unilateralmente il proprio atto con l'effetto di impedire che questo produca i suoi effetti, purché la revoca giunga a conoscenza – o nella sfera di conoscibilità – del destinatario prima dell'atto revocato. La legge, poi, continua a riferirsi solo alla revoca disposta entro i 15 giorni dalla conoscenza dell'impugnazione del licenziamento ed a configurare la stessa come atto unilaterale del datore di lavoro rispetto al quale il lavoratore si trova in una posizione di soggezione, nel senso che egli nulla può fare al fine di evitare gli effetti (in particolare, il ripristino senza soluzione di continuità del rapporto di lavoro) e, anzi, qualora non riprenda immediatamente servizio, corre il rischio di essere considerato assente ingiustificato e di essere, per questo sanzionato disciplinarmente. Decorso il termine di 15 giorni dalla conoscenza dell'impugnazione del licenziamento, in difetto di una previsione normativa in senso contrario, troveranno applicazione i principi generali, con conseguente ammissibilità di una revoca nei limiti e, *mutatis mutandis*, con le conseguenze già individuati dalla giurisprudenza nelle sentenze relative alle fattispecie antecedenti l'entrata in vigore della l. n. 92/2012. Si tratterà, in questo caso, di una revoca il cui perfezionamento non potrà prescindere dal consenso del lavoratore o, per meglio dire, dall'accettazione da parte del lavoratore della proposta del datore di lavoro volta a ricostituire il rapporto di lavoro senza soluzione di continuità: l'accettazione da parte del lavoratore non inciderà sul diritto del medesimo al risarcimento del danno/indennità risarcitoria nella misura minima prevista dalla legge qualora questa sia superiore all'ammontare delle retribuzioni non percepite nel periodo intercorso tra il licenziamento e la revoca; la non accettazione della proposta di revoca, viceversa, consentirà al lavoratore, nei residui casi in cui il diritto di opzione sia ancora previsto, di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione. La legge continua, infine, a non disporre nulla con riferimento alla forma della revoca: considerato che nel nostro ordinamento vige il principio della libertà della

2012, Cedam, 2013, 299 ss., e I. CORSO, *La revoca del licenziamento*, in *LG*, 2012, n. 10, 902 ss. Sulla disciplina della revoca del licenziamento, così come introdotta dalla l. n. 92/2012 e confermata dal d.lgs. n. 23/2015, cfr. anche L. D'ARCANGELO, *La revoca del licenziamento*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, 2015, 147 ss.

forma e, quindi, la forma degli atti negoziali deve ritenersi libera se la legge (o la volontà delle parti) non impone espressamente una determinata forma, il silenzio della legge su tale profilo consente di ritenere la revoca del licenziamento un atto a forma libera.

Come detto, l'unica differenza tra la disciplina della revoca nella l. n. 92/2012 e nel d.lgs. n. 23/2015 concerne l'ambito di applicazione dell'istituto: la l. n. 92/2012 lo aveva limitato ai licenziamenti cui, se illegittimi, avrebbero trovato applicazione i regimi sanzionatori previsti dall'art. 18 Stat. lav. così come modificato dalla medesima l. n. 92/2012 e il d.lgs. n. 23/2015 lo estende a tutti i licenziamenti cui, se illegittimi, troverebbero applicazione i regimi sanzionatori previsti dal d.lgs. n. 23/2015. La conseguenza di tale diverso ambito di applicazione è che, limitatamente ai licenziamenti intimati ai lavoratori assunti a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015 ed ai lavoratori ad essi assimilati, la revoca diviene un istituto di carattere generale e, quindi, applicabile ai datori di lavoro non aventi le caratteristiche ed i requisiti dimensionali previsti dall'art. 18, comma 8, Stat. lav. anche per i vizi derivanti dalla mancanza di giustificazione e dalla violazione dell'art. 2, comma 2, della l. n. 604/1966 e dell'art. 7 Stat. lav. (il riferimento è, in particolare, ai datori di lavoro di minori dimensioni ed alle organizzazioni di tendenza). All'estensione dell'ambito di applicazione dell'istituto difficilmente, però, corrisponderà un maggiore ricorso dei datori di lavoro alla revoca: il d.lgs. n. 23/2015 ha, infatti, da un lato, ridimensionato sia l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria sia i livelli economici delle tutele meramente indennitarie e, dall'altro lato, incentivato le soluzioni conciliative di carattere meramente economico e tutto questo inevitabilmente riduce l'interesse dei datori di lavoro ad una revoca del licenziamento, escludendolo di fatto totalmente nei casi in cui l'indennità risarcitoria eventualmente spettante al lavoratore per l'illegittimità del licenziamento sia inferiore – o non di molto superiore – all'ammontare della retribuzione che il medesimo lavoratore avrebbe percepito tra il licenziamento e la revoca dello stesso (nella valutazione del datore di lavoro se procedere o meno alla revoca del licenziamento ha di solito una rilevanza determinante il naturale effetto della ricostituzione del rapporto).

Della disciplina della revoca prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 23/2015 (ma analoghe considerazioni dovrebbero valere per l'art. 18, comma 10, Stat. lav.) è stata affermata l'illegittimità costituzionale in relazione agli artt. 3 e 4 Cost., ravvisando, da un lato, una non giustificata asimmetria delle posizioni delle parti nella condizione di soggezione del lavoratore rispetto agli effetti della revoca del licenziamento disposta unilateralmente dal datore di lavoro e,

dall'altro lato, una violazione del diritto al lavoro nella sua accezione di libertà negativa di scegliere di non lavorare nella conseguente automatica ricostituzione del rapporto di lavoro senza tener conto della (eventualmente contraria) volontà del lavoratore². Entrambi tali rilievi sono, a parere di chi scrive, superabili. In senso contrario alla configurabilità di un contrasto con l'art. 3 Cost. depono il fatto che con la revoca il datore di lavoro determina la ricostituzione di fatto (ed eventualmente anche di diritto) di un rapporto di lavoro di cui lui stesso ha determinato la cessazione e, quindi, va a rimuovere gli effetti di un proprio atto, ripristinando proprio quel rapporto di lavoro, viceversa, costituito in virtù del consenso originariamente manifestato da entrambe le parti e di cui il lavoratore, con l'impugnazione del licenziamento, ha contestato la risoluzione ad opera del datore di lavoro. Né negli effetti della revoca è possibile ravvisare un'indebita disposizione dei diritti del lavoratore conseguenti all'eventuale illegittimità del licenziamento: non consta l'esistenza nel nostro ordinamento di alcuna norma che consenta di qualificare come giuridicamente rilevante e, quindi, meritevole di tutela l'interesse al riconoscimento delle tutele di carattere economico correlate all'illegittimità di un atto illegittimo a fronte del ripristino della situazione antecedente l'adozione dell'atto stesso e della rimozione degli effetti dal medesimo *medio tempore* prodotti. In senso contrario alla configurabilità di un contrasto con l'art. 4 Cost. depono, invece, il fatto che la ricostituzione del rapporto di lavoro in conseguenza della revoca non incide in realtà né sulla libertà del lavoratore di scegliere se riprendere servizio o meno – in questo secondo caso l'assenza ingiustificata legittimerà tutt'al più il datore di lavoro all'intimazione di un licenziamento disciplinare – né sulla facoltà del medesimo di determinare unilateralmente la risoluzione del rapporto dimettendosi.

Della legittimità costituzionale della disciplina della revoca prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 23/2015, a parere di chi scrive, si può, invece, dubitare sotto altro profilo. Nella l. n. 183/2014, infatti, non si rinviene alcun principio e criterio direttivo volto a legittimare il Governo ad estendere la disciplina della revoca introdotta dalla l. n. 92/2012 ai licenziamenti rientranti nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: da un lato, manca un'indicazione espressa in tal senso e, dall'altro lato, la prevista disciplina della revoca, in quanto volta a ripristinare lo *status quo* antecedente all'intimazione del licenziamento e ad eliminare le conseguenze dell'illegittimità dello stesso, non concorre sicuramente alla definizione di un regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi a tutele crescenti in ragione dell'anzianità di servizio. A ciò deve

² L. D'ARCANGELO, *op. cit.*, 159 ss.

aggiungersi che l'intervento del Governo sulla revoca del licenziamento non appare necessitato neppure dal fine di evitare profili di incostituzionalità del regime sanzionatorio delineato dal d.lgs. n. 23/2015: per i licenziamenti rientranti nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 23/2015 la revoca avrebbe potuto continuare ad essere disciplinata esclusivamente sulla base dei principi generali del Codice civile sull'efficacia degli atti negoziali, come avveniva in generale prima della l. n. 92/2012 ed è continuato ad avvenire anche dopo tale legge per i licenziamenti esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 18 Stat. lav., in quanto nessun principio costituzionale esclude che un medesimo istituto possa essere disciplinato in modo diverso *ratione temporis*. Alla luce delle predette considerazioni non sembrano esservi argomentazioni per escludere l'incostituzionalità dell'art. 5 del d.lgs. n. 23/2015 per violazione dell'art. 76 Cost. sotto il profilo dell'eccesso di delega.

Articolo 6

Offerta di conciliazione

- 1.** 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 alla 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.
- 2.** Alle minori entrate derivanti dal comma 1 valutate in 2 milioni di euro per l'anno 2015, 7,9 milioni di euro per l'anno 2016, 13,8 milioni di euro per l'anno 2017, 17,5 milioni di euro per l'anno 2018, 21,2 milioni di euro per l'anno 2019, 24,4 milioni di euro per l'anno 2020, 27,6 milioni di euro per l'anno 2021, 30,8 milioni di euro per l'anno 2022, 34,0 milioni di euro per l'anno 2023 e 37,2 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2024 si provvede mediante corrispondente riduzione del fondo di cui all'articolo 1, comma 107, della legge 23 dicembre 2014, n. 190.
- 3.** Il sistema permanente di monitoraggio e valutazione istituito a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 28 giugno 2012, n. 92, assicura il monitoraggio sull'attuazione della presente disposizione. A tal fine la comunicazione obbligatoria telematica di cessazione del rapporto di cui all'articolo 4-bis del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni, è integrata da una ulteriore comunicazione, da effettuarsi da parte del datore di lavoro entro 65 giorni dalla cessazione del rapporto, nella quale deve essere indicata l'avvenuta ovvero la non avvenuta conciliazione di cui al comma 1 e la cui omissione è assoggettata alla medesima sanzione prevista per l'omissione della comunicazione di cui al predetto articolo 4-bis. Il modello di trasmissione della comunicazione obbligatoria è conseguentemente riformulato. Alle attività di cui al presente comma si provvede con le risorse

umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Offerta di conciliazione

di Fabrizio Amendola

Sommario: 1. Premessa. – 2. Scrutinio di chiarezza e leggibilità del dato normativo. – 3. Rapporti tra art. 6 del d.lgs. n. 23/2015 e l. n. 183/2014. – 4. Gli intenti del legislatore.

1. Premessa

Al cospetto di una disciplina innovativa nella materia della tutela attuabile in caso di licenziamenti illegittimi, che agita conflittualità politiche e sociali, un giudice interviene con prudenza.

Forte il rischio che le sue parole possano essere interpretate come un “giudizio” sulla legge e su chi – il legislatore – ha la funzione esclusiva, e la responsabilità, di emanarla.

Non a caso c’è chi ammonisce, ricordando Calamandrei¹, « quanti operano in settori ordinamentali di rilevante impatto sociale e su materie suscettibili, per gli interessi coinvolti, di essere demagogicamente declinati »².

Se ad altri – economisti o accademici – compete così un professionale giudizio prognostico sull’attitudine del decreto legislativo in esame a perseguire lo

¹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Non c’è libertà senza legalità*, Laterza, 2013, 18-19: « Non vi è dubbio che il giudice ha sempre, anche quando la legge è chiara e precisa, un certo margine di apprezzamento per stabilire i rapporti tra legge ed il fatto; ma è certo altresì che questo ambito è delimitato dai termini posti dalla legge e che è proprio questa delimitazione posta dalla legge al giudice che costituisce la maggiore certezza del diritto e della libertà ».

² Cfr. G. VIDIRI, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, intervento al convegno di studi CSDN-Aidlass [Le nuove tutele contro il licenziamento illegittimo nel regime del Jobs Act](#), Roma, 13 febbraio 2015, nota 6.

scopo ambizioso, indicato dall'art. 1, comma 7, della l. n. 183/2014³, «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione», ovvero ad ogni altro dire liberamente se la nuova distribuzione delle tutele avverso licenziamenti illegittimi sia suscettibile di essere valutata, con un giudizio di valore, in termini positivi o negativi, per il giudice – che non voglia essere neanche sfiorato dal dubbio che la sua attività interpretativa subisca influenza dal giudizio di gradimento espresso su di una legge – un solo itinerario è percorribile.

Quello della logica esegetica vincolata, per dettato costituzionale, alla legge e solo ad essa, senza interferenze o pregiudizi che operino, più o meno consapevolmente, nella precomprensione della medesima⁴.

Pertanto, nella presente indagine in ordine all'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015, rubricato *Offerta di conciliazione*, ci si atterrà a due criteri di valutazione, coerenti con quanto premesso e con ciò che un giudice quotidianamente è chiamato a fare.

Il primo è quello che può definirsi “test” di chiarezza e leggibilità del dato normativo.

Si tratta di verificare se la tecnica di redazione della disposizione renda la norma predisposta di interpretazione più o meno agevole ovvero se la stessa sia suscettibile di una pluralità di significati, magari tutti compatibili con una corretta esegesi, ma con inevitabile conseguente equivocità della prescrizione legale.

Ciò, naturalmente, non solo con riferimento alla lettera della disposizione, ma anche avuto riguardo alla sua valenza nel contesto ordinamentale in cui si inserisce, tenuto conto dei criteri di compatibilità, di razionalità, di non contraddizione, che un ordinamento giuridico impone.

Per fare un esempio, tratto dal dibattito già in corso sull'argomento, non vi è dubbio che un inciso, quale quello contenuto nell'art. 3, comma 2, del decreto in esame, secondo cui è ammessa la reintegrazione del lavoratore «esclusivamente nelle ipotesi [...] in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», difficilmente potrebbe superare uno “stress test” di chiarezza e leggibilità del

³ Sulla legge delega di riforma si veda, per tutti, F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II](#), ADAPT University Press, 2014.

⁴ Sul concetto di precomprensione nell'ermeneutica giuridica novecentesca si veda l'interessante saggio di D. CANALE, [La precomprensione dell'interprete è arbitraria?](#), relazione tenuta in occasione delle *Giornate di Ermeneutica*, Padova, 16-17 gennaio 2004, in *Etica & Politica – Ethics & Politics*, 2006, n. 1.

dato normativo, visto che già si discute se abbia mutato il criterio di riparto dell'onere della prova in materia di licenziamenti individuali.

Il secondo criterio di valutazione è quello della compatibilità della disposizione in oggetto con le fonti sovraordinate, in particolare con l'art. 76 Cost.

Infatti taluni dubbi diffusi, rilevanti dal punto di vista della legittimità costituzionale circa il rapporto tra legge delega e decreto delegato, hanno investito in generale la nuova disciplina⁵.

2. Scrutinio di chiarezza e leggibilità del dato normativo

Delineati metodologicamente i profili dell'indagine, occorre preliminarmente dire che l'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015 introduce una modalità di conciliazione preventiva, originale per il nostro ordinamento⁶, relativa ad una potenziale controversia avente ad oggetto l'impugnativa di recesso da un contratto di lavoro subordinato stipulato dopo l'entrata in vigore del decreto⁷.

Il datore di lavoro, una volta licenziato⁸ un dipendente assunto con il così definito «contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti», può offrire al lavoratore un importo, mediante assegno circolare, che, se accettato, determina «l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia

⁵ Cura un'attenta analisi delle questioni di compatibilità costituzionale e comunitaria che il d.lgs. n. 23/2015 astrattamente pone C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, relazione al corso della Scuola superiore della Magistratura [La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio](#), Scandicci, 13-15 aprile 2015. Sul tema si veda anche S. GIUBBONI, [Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 246.

⁶ L'istituto trae chiara ispirazione nel pur diverso meccanismo (*Abfindungsanspruch*) contenuto nella legge 24 dicembre 2003 della Repubblica federale di Germania per il cui commento si rinvia a M. CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *RIDL*, 2005, n. 3, I, 365 ss., che riporta anche le critiche della maggior parte della dottrina tedesca secondo cui detto meccanismo «non sarebbe in grado di conseguire alcuno degli scopi che si prefigge».

⁷ Dal campo di applicazione della legge l'art. 1 del d.lgs. n. 23/2015 esclude i dirigenti.

⁸ Deve ritenersi che l'offerta conciliativa possa riguardare qualsiasi tipologia di licenziamento, anche collettivo, a prescindere dal vizio di cui lo stesso possa dirsi affetto, e quindi anche i recessi che in sede giudiziale potrebbero condurre ad una tutela reintegratoria, non essendo ciò espressamente precluso dalla disposizione; inoltre, poiché l'offerta di conciliazione è effettuata preventivamente, il vizio è solo una prospettiva eventuale del lavoratore, che resta assorbita una volta che lo stesso presti consenso alla rinuncia all'impugnativa del licenziamento.

alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta».

La conciliazione deve avvenire in una delle sedi “protette”, previste dall'art. 2113, comma 4, c.c. e dall'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003⁹, e l'importo che deve essere offerto è predeterminato dal legislatore: una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 2 e non superiore a 18 mensilità. Nel caso di piccole imprese tale importo «è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità» (art. 9, comma 1).

L'originalità dell'istituto sta nel fatto che tale somma «non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettata a contribuzione previdenziale». Si tratta, per come si usa dire, di importi “al netto”.

Dal punto di vista dell'interpretazione della norma occorre partire proprio da questo rilievo.

La disposizione, nella sua chiara finalità incentivante, non è affare esclusivo tra soggetti privati. Infatti lo sconto fiscale praticato costituisce un onere per le finanze pubbliche: il secondo comma dell'art. 6 prevede una norma di copertura finanziaria per “le minori entrate” corrispondenti allo sconto fiscale praticato sulle future conciliazioni¹⁰.

Se vi sono risorse della collettività utilizzate, evidentemente esse non sono nella disponibilità esclusiva delle parti private.

Tale considerazione rappresenta un elemento da cui non si può prescindere nell'interpretazione della norma, nel senso che non è possibile patrocinare opzioni esegetiche che alterino la parte della disciplina che ha un contenuto indisponibile.

Così, venendo a risvolti applicativi, l'esenzione ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche vale limitatamente alle somme offerte che trovano ragione nel rigido rapporto di una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio. Non può operare per somme diverse o eccedenti. Ciò tuttavia non

⁹ Secondo D. BORGHESI, [Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti](#), in *Judicium*, 7 aprile 2015, 5, l'inciso starebbe a significare che, se si vuole seguire la strada indicata dall'art. 6, bisogna necessariamente attivare uno dei percorsi di conciliazione già esistenti cui si deve ricorrere per rendere la transazione inoppugnabile.

¹⁰ Nel comma si stabilisce che, alla copertura delle minori entrate, si provveda mediante corrispondente riduzione del fondo di cui all'art. 1, comma 107, della l. n. 190/2014, destinato a sostenere la riforma degli ammortizzatori sociali, delle politiche attive, dei servizi per il lavoro e delle attività ispettive, per la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, nonché al fine di consentire la riduzione degli oneri diretti e indiretti del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

significa che, nella sede conciliativa occasionata dall'offerta *ex art. 6*, non si possa conciliare anche altro, purché non si pretenda di ottenere per tali somme il medesimo sconto fiscale.

Nella stesura definitiva del decreto, rispetto alle originarie formulazioni sottoposte al parere parlamentare, è stato aggiunto un ultimo inciso al comma 1 dell'art. 6 per il quale «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».

Pertanto, ora più chiaramente, si conferma che la conciliazione può avere ad oggetto altre reciproche pretese e che per gli importi ulteriori eventualmente offerti non opera il beneficio fiscale.

Non sembra ci siano ostacoli a redigere un unico verbale di conciliazione, ma è necessario che in esso siano ben definiti i termini dell'accordo, avuto riguardo all'individuazione delle somme che si avvalgono dell'agevolazione tributaria, precisando i presupposti utilizzati come base di calcolo, e cioè periodo di servizio e mensilità di retribuzione parametro.

Quanto alle modalità di adempimento, poiché vi è il riferimento espresso alla consegna di un assegno circolare, lo stesso non può essere sostituito da altra forma di pagamento, perché questa modalità risponde, non solo ad un interesse del lavoratore, ma anche all'esigenza di consentire all'organo innanzi al quale si realizza la conciliazione un controllo sull'effettività del versamento, evidentemente teso ad evitare anche illeciti fiscali.

Fermi tali aspetti della disciplina di contenuto indisponibile, pur prestandosi la norma ad una diversa interpretazione letterale, appare sufficiente che l'offerta al lavoratore avvenga «entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento», in quanto, una volta avviata tempestivamente la procedura, non è indispensabile che la consegna dell'assegno circolare avvenga entro detto termine, anche perché tale evento può essere procrastinato da impedimenti burocratici estranei alla volontà delle parti.

Ciò posto, la disposizione in esame presenta ad avviso di scrive, dal punto di vista della chiarezza e leggibilità del dato normativo¹¹, due criticità, con riflessi sulla portata applicativa.

¹¹ Sul versante amministrativo si registra che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con l'interpello 24 aprile 2015, n. 13, ha fornito una precisazione in merito alla nuova indennità di disoccupazione (Naspi) rivolta ai lavoratori dipendenti che perdono involontariamente il lavoro. In particolare, è stato chiarito che il nuovo sostegno economico si applica, sia in caso di licenziamento per motivi disciplinari, sia in caso di accettazione della c.d. offerta di conciliazione "agevolata" di cui all'art. 6 in commento: in entrambi i casi, infatti, non può parlarsi di "disoccupazione volontaria" e, quindi, al lavoratore non può essere negato il diritto di ricevere l'indennità di disoccupazione.

La prima riguarda il parametro cui quantificare l'ammontare delle somme che devono essere offerte e che condiziona tutto il meccanismo conciliativo.

Nell'originaria stesura del decreto era «una mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto». Come in altre parti del d.lgs. n. 23/2015 tale formula è stata sostituita con il dettato: «mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto».

Il riferimento è evidentemente all'art. 2120, comma 2, c.c., che rimette alla contrattazione collettiva la determinazione della retribuzione annua ai fini del calcolo del TFR o, in mancanza, ne offre una nozione legale.

A parte il legittimo interrogarsi sul se il rinvio alla retribuzione utile per il calcolo del TFR contenuto nel decreto vada inteso con riferimento alla nozione legale ovvero a quella contrattuale¹², detta disciplina, sebbene rodada dalla giurisprudenza, cela ancora dubbi interpretativi circa gli elementi retributivi computabili, la non occasionalità dei compensi, i rimborsi spese.

Incertezza particolarmente insidiosa in questo contesto perché le parti potrebbero avere un comune interesse ad incrementare la retribuzione quantificata a parametro, magari gravando su di essa altre poste oggetto di transazione, per giovare dell'esenzione fiscale, senza che sia chiaro quali siano i poteri di verifica in tale ambito demandati all'organo innanzi al quale si realizza la conciliazione.

La seconda criticità riguarda gli effetti della conciliazione che, come innanzi detto, sono, con l'accettazione dell'assegno, «l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta».

Quindi effetto dismissivo del diritto di impugnare il licenziamento, che consolida la risoluzione del rapporto già realizzata con la comunicazione del recesso.

Significativo sottolineare che, per realizzare tale effetto di rinuncia, il legislatore ha comunque imposto la sede "protetta", nonostante per pacifica giurisprudenza di legittimità il diritto di impugnare il licenziamento sia nella disponibilità del lavoratore ed estraneo all'applicabilità dell'art. 2113 c.c.¹³.

¹² Il dubbio è sollevato da A. GARILLI, [Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 245, 17.

¹³ Per numerose pronunce della Suprema Corte l'interesse alla prosecuzione di un rapporto di lavoro in corso resta nel campo del disponibile, in ragione della facoltà di recesso *ad nutum* che la legge riconosce al prestatore di lavoro, dell'ammissibilità di risoluzioni consensuali del contratto e della possibilità di consolidamento degli effetti di un licenziamento illegittimo per mancanza di una tempestiva impugnazione; ne deriva che dello stesso diritto di impugnare il licenziamento il lavoratore può liberamente disporre, facendone oggetto di rinunce e transazioni che sono sottratte alla disciplina dell'art. 2113 c.c. Tra le tante, cfr. Cass. 4 maggio

Ulteriore sintomo che in tale conciliazione non sono in gioco interessi esclusivamente privati¹⁴.

Lecito chiedersi, però, se il descritto effetto abdicativo si produca anche nel caso di conciliazione difforme da quei contenuti di natura indisponibile legati allo sconto fiscale.

In altre parole, una conciliazione “viziata” per questo verso è suscettibile di caducazione dell’effetto tipico previsto dalla legge, con possibile invalidazione del negozio o di parte di esso anche se siglato in una sede “protetta”, oppure semplicemente abilita l’Agenzia delle Entrate a recuperare ciò che non poteva essere fiscalmente scontato? Ed in tale ultimo caso da chi?

Si tratta di questioni di non poco momento, suscettibili di esiti interpretativi affatto scontati¹⁵. Vero è che le parti dell’accordo difficilmente potranno manifestare interesse ad impugnare la conciliazione, ma ove intervenisse il fisco – cui certo la stessa non è opponibile – tassando le somme, si altererebbe in modo determinante quell’equilibrio economico contrattuale sul cui presupposto si era addivenuti all’intesa, sollecitando chi ne risulti pregiudicato a trovare la strada per contestare la validità del negozio, ponendo la questione dell’atto *contra legem*.

1981, n. 2721; Cass. 28 novembre 1992, n. 12745; Cass. 20 novembre 1997, n. 11581; Cass. 3 ottobre 2000, n. 13134; Cass. 21 agosto 2003, n. 12301.

¹⁴ Sottolinea che «l’accettazione dell’offerta dà luogo all’applicazione di benefici fiscali e contributivi e che quindi trattandosi di materia che attiene alla finanza pubblica e alla previdenza (sottratta perciò alla disponibilità delle parti) è indispensabile un controllo da parte di organismi qualificati» A. GARILLI, *op. cit.*, 15-16, aggiungendo che «È compito dell’organismo di conciliazione valutare se l’offerta sia conforme a quanto indicato dalla norma, sia per l’individuazione della retribuzione da prendere a base del calcolo, sia per il periodo di servizio prestato. E ciò non solo al fine di tutelare il prestatore di lavoro, ma anche per certificare la corretta applicazione delle esenzioni fiscali e contributive». In realtà, a parte forme di *moral suasion*, sembra essere tutto aperto il problema della latitudine dei poteri esercitabili da detto organismo qualificato a fronte di una offerta conciliativa sulla quale le parti hanno raggiunto l’accordo.

¹⁵ Pur riconoscendo che l’esenzione dall’imposizione fiscale vale soltanto per un importo non superiore a quello indicato nel decreto e che la regola suddetta non può essere aggirata imputando l’intero pagamento alla transazione sul licenziamento, tuttavia non dubita che la transazione avente per oggetto un indennizzo maggiore sia «perfettamente valida» P. ICHINO, [Domande e risposte sul contratto a tutele crescenti](http://www.pietroichino.it), in www.pietroichino.it, 2015.

3. Rapporti tra art. 6 del d.lgs. n. 23/2015 e l. n. 183/2014

In merito alla verifica della compatibilità della disposizione esaminata con l'art. 76 Cost., opportuno ricordare alcuni passaggi della giurisprudenza del giudice delle leggi in argomento¹⁶.

Innanzitutto – secondo la Corte costituzionale – la varietà delle materie riguardo alle quali si può ricorrere alla delega legislativa comporta che non è possibile enucleare una nozione rigida valevole per tutte le ipotesi di “principi e criteri direttivi”, quindi «il Parlamento, approvando una legge di delegazione, non è certo tenuto a rispettare regole metodologicamente rigorose» (sentenze n. 340/2007 e n. 250/1991).

La delega legislativa, poi, non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega (ordinanze n. 213/2005 e n. 490/2000).

Pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali – più o meno ampi – margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente (sentenze n. 199/2003 e n. 503/2003).

Infine, l'art. 76 Cost. non osta all'emanazione di norme che rappresentino un coerente sviluppo e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, poiché deve escludersi che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo; dunque, nell'attuazione della delega è possibile valutare le situazioni giuridiche da regolamentare ed effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi (sentenze n. 163/2000 e n. 198/1998; ordinanza n. 213/2005).

Nei concetti espressi dal giudice delle leggi si scorge una certa – probabilmente inevitabile – indeterminatezza nel tracciare il confine, superato il quale si deborda nell'eccesso di delega.

Di ciò ci rendiamo conto proprio nel valutare la compatibilità costituzionale dell'art. 6 del decreto legislativo che riguarda l'offerta di conciliazione.

Infatti il decreto, nella premessa, richiama l'art. 1, comma 7, della l. n. 183/2014, ma tra gli scopi e i criteri della delega ivi indicati non c'è un riferimento diretto alla disciplina della conciliazione.

Abbiamo tuttavia visto che – secondo la Corte costituzionale – è escluso che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica

¹⁶ Sul tema si veda anche M. DE LUCA, [Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata](#), Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 2015, n. 251.

delle previsioni stabilite dal legislatore delegante. Vi è una discrezionalità che è legata alla fisiologica attività di riempimento tra i due livelli normativi. Secondo il giudice delle leggi, per valutare se il delegato abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente.

Avuto riguardo all'offerta di conciliazione, dunque, si potrebbe sostenere che, poiché lo scopo della delega è, tra gli altri, quello di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione», per dare vigore a detta auspicata evenienza – secondo la prospettiva del legislatore – si è prevista una disciplina speciale del licenziamento per i nuovi assunti; che una conciliazione per questi licenziamenti, incentivata dallo sconto fiscale, costituisca un ulteriore elemento per rendere più appetibili le nuove assunzioni; che, quindi, tale strumento rappresenti un coerente sviluppo delle scelte espresse dal legislatore delegante¹⁷.

4. Gli intenti del legislatore

Per comune opinione l'art. 6 sull'offerta di conciliazione persegue una evidente finalità deflattiva del contenzioso giudiziario¹⁸, mediante la surroga del controllo giurisdizionale con un accordo economico preventivo, al fine di consentire la risoluzione del rapporto di lavoro mediante il pagamento di una somma predeterminata (*firing o severance cost*)¹⁹.

¹⁷ Condivide tale conclusione C. CELENTANO, *op. cit.*, 10-11, aggiungendo che l'istituto dell'offerta conciliativa si muove «nel solco della promozione del contratto a tempo indeterminato, come forma comune del contratto di lavoro che sia più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di “oneri diretti e indiretti” (lett. *d* dei criteri direttivi di cui al comma 7), oneri evidentemente economici e di sistema».

¹⁸ In tal senso saluta con favore l'istituto G. VIDIRI, *op. cit.*, 3. Inoltre, secondo la [relazione del Presidente della XI Commissione del Senato sullo schema di decreto legislativo](#), si tratta anche di «uno strumento aggiuntivo al quale ricorrere e, quindi, un vantaggio» «che ha in sé la funzione di offrire una sorta di risarcimento – in termini di parità di trattamento – che il lavoratore assunto con un nuovo contratto a tempo indeterminato riceve a bilanciare il superamento, solo per lui, dell'art. 18», con una convenienza che sarebbe idonea ad elidere ogni dubbio di legittimità costituzionale.

¹⁹ Sul tema cfr. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, 1996, 120 ss.

L'incentivo all'accordo deriva non solo da benefici fiscali e contributivi, ma anche dallo spettro delle lungaggini processuali²⁰ e dall'incertezza del loro esito²¹.

La logica dell'intervento legislativo²² è coerente con una linea di politica del diritto, sviluppatasi negli ultimi anni, che tende alla progressiva riduzione del controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri del datore di lavoro²³.

Tuttavia colpisce quel passaggio della norma in cui è scritto: «al fine di evitare il giudizio il datore di lavoro può offrire».

Al fine di evitare il giudizio. Non, ad esempio, al fine di deflazionare il contenzioso o formule simili.

A volte le parole tradiscono gli stati d'animo e le intenzioni, anche quelle del legislatore. Non c'è dubbio che si "evita" ciò che è considerato un male. Senza nemmeno si sia sentito il bisogno di aggiungere quella parola – "alea" – che si usa in ogni transazione come forma di rispetto nei confronti del giudizio, significando il rischio che inevitabilmente ogni decisione comporta.

Va detto con amarezza, causata anche da talune responsabilità della magistratura nella determinazione di siffatto stato delle cose, ma davvero è

²⁰ Aggravate dall'espressa previsione dell'art. 11 del d.lgs. n. 23/2015, secondo cui «Ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge 28 giugno 2012, n. 92», su cui si veda L. DE ANGELIS, [Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 250, che attribuisce all'esclusione una ragione sistematica, rappresentata dalla marginalizzazione per i nuovi contratti della tutela reintegratoria.

²¹ Si deve a L. DE ANGELIS, *Efficienza ed effettività nelle recenti riforme della giustizia del lavoro*, in L. CORAZZA, L. NOGLER (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, 2012, 906, il rilievo per il quale da alcuni anni gli interventi normativi sul processo, anche del lavoro, tutti in astratto improntati ad una maggiore efficienza, si siano caratterizzati per una logica accentuatamente economicistica, nel senso di essere protesi, piuttosto che verso l'assicurazione, appunto attraverso l'efficienza, dell'effettività dei diritti, soprattutto verso la prevedibilità e la rapida conoscenza degli esiti giudiziari al fine di non scoraggiare o stimolare gli investimenti specie da parte degli operatori economici stranieri e quindi di favorire la ripresa dell'occupazione.

²² L'aspettativa che è legata al nuovo istituto è segnalata dalla specifica previsione di un monitoraggio della sua attuazione, da conseguire attraverso l'obbligo a carico del datore di lavoro di integrare la comunicazione telematica di cessazione del rapporto con una ulteriore comunicazione nella quale deve essere indicata l'avvenuta o non avvenuta conciliazione (art. 6, comma 3).

²³ In argomento si veda V. SPEZIALE, [Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 215, 12 ss., secondo il quale «In questo contesto prevale una dimensione della certezza del diritto diversa da quella tradizionale ed intesa come insindacabilità della scelta del datore di lavoro – con l'eliminazione del contenzioso – ed esatta prevedibilità del "costo dell'inadempimento"».

difficile prevedere quale futuro possa avere una società che ha paura del giudizio dei suoi giudici.

Articolo 7
Computo dell'anzianità negli appalti

1. Ai fini del calcolo delle indennità e dell'importo di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e all'articolo 6, l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata

Computo dell'anzianità negli appalti

di Andrea Sitzia

Sommario: 1. L'efficacia della disposizione e il suo ambito di operatività. – 2. L'art. 7 del decreto natalizio: l'anzianità convenzionale speciale per i lavoratori già impiegati nell'appalto. – 3. La tutela occupazionale in caso di “cambi d'appalto” e le regole di riferimento: quanto un lavoratore “passa” alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto? – 4. Il subentro fra imprenditori nel “cambio d'appalto” e il licenziamento.

1. L'efficacia della disposizione e il suo ambito di operatività

La terminologia adottata nel d.lgs. n. 23/2015 presta il fianco ad una critica trasversale di superficialità, dovuta ad una pretesa semplificazione della complessità sistemica, che si traduce in una “complicazione delle cose”¹; a questa critica non si sottrae l'art. 7, in ragione, soprattutto, dell'uso della proposizione relativa “che passa”, evocativa di un concetto legale non perspicuo.

All'apparenza la norma sembra di facile lettura e pare funzionale ad incrementare il livello delle tutele riconosciute ai lavoratori interessati da vicende di “cambio appalti”. Per calcolare l'anzianità di servizio ai (soli) fini del computo dell'indennità spettante in caso di licenziamento ingiustificato (oltre all'importo oggetto della c.d. conciliazione standard), si deve tener conto, in caso di “subentro” nell'appalto, di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata.

¹ La critica più radicale, sotto il profilo stilistico, ancor prima che contenutistico, è mossa da U. ROMAGNOLI, *Jobs Act: la legge degli inganni*, in *Insight*, 1° febbraio 2015. Per un'interessante riflessione sulla valenza identitaria di lingua e diritto si veda P. GROSSI, *Un dialogo con i comparatisti su lingua e diritto*, in *RIFD – Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 2014, n. 3, 409 ss.

La norma pone alcuni rilevanti problemi.

Il primo attiene all'impatto concorrenziale della misura adottata dal Governo ed incide sulla sua effettività. La lettura della norma in combinazione con il sistema dell'esonero contributivo previsto dalla l. n. 190/2015, ha consentito di evidenziare come la riforma rischi di produrre un effetto distorsivo nel settore degli appalti, atteso che l'appaltatore "subentrante", in caso di assunzione di personale che abbia già intrattenuto, nel semestre precedente, un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con altro datore di lavoro, non ha diritto al riconoscimento dell'esonero contributivo; qualora, poi, il suddetto personale sia già stato impiegato proprio alle dipendenze dell'appaltatore uscente, l'appaltatore "subentrante" si vedrà gravato, per effetto dell'art. 7 in commento, di un ulteriore costo, rappresentato dall'anzianità convenzionale speciale per l'eventuale licenziamento illegittimo. La combinazione dei due apparati normativi, per lo meno nella transitoria fase di vigenza dello sgravio contributivo, potrà tradursi, in caso di subentro nell'appalto, in un disincentivo all'assunzione dei lavoratori già occupati nell'appalto stesso in ragione della prevedibile preferenza, da parte delle imprese subentranti, per l'assunzione di lavoratori diversi da quelli già occupati a tempo indeterminato nei 6 mesi precedenti².

Il secondo problema, posto dalla norma in commento, attiene all'estensione applicativa dell'ambito di operatività della stessa.

L'art. 7, invero, richiama gli artt. 3, comma 1, 4, e 6 del decreto, le norme cioè che disciplinano le conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamento ingiustificato individuale, di vizi formali e l'offerta di conciliazione. Presa alla lettera, la norma sembrerebbe escludere l'applicazione dell'anzianità convenzionale speciale in materia di licenziamento ai lavoratori interessati dai cambi appalto per il caso di licenziamenti collettivi, regolati dall'art. 10

² Si veda sul punto G. FALASCA, *Appalti, turnover «premiato»*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 febbraio 2015, 53, il quale sottolinea l'effetto paradossalmente depressivo derivante dalla "combinazione perversa" delle due normative richiamate nel testo. Sotto diverso profilo, altra dottrina pone in evidenza come l'art. 7 modifichi il trattamento dei lavoratori interessati dai cambi di appalto in modo peggiorativo dal momento che non garantisce, diversamente da alcuni contratti collettivi, l'invarianza del trattamento (economico e) normativo nel rapporto con l'impresa uscente. Cfr. in questo senso G. MARCUCCI, *Jobs Act e sistema degli appalti*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI, *Guida al Jobs Act*, I Quaderni di Wikilabour, 2015, n. 2, 80, il quale conclude nel senso che il *Jobs Act* si pone in contrasto con la disciplina attualmente vigente in materia di servizi gestiti in appalto e può costituire un potenziale ostacolo alla circolazione dei rapporti di lavoro e, conseguentemente, allo stesso svolgimento dei servizi in appalto. In argomento si veda anche L.G. BERTONCELLO, *La tutela "crescente" dei lavoratori nel cambio di appalto*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015, 69 ss., spec. 78 ss.

espressamente non richiamato. Un tale effetto interpretativo non sembra accettabile atteso che, da un lato si porrebbe in irragionevole conflitto con l'assimilazione, *quoad poenam*, del licenziamento individuale a quello collettivo, operata già dalla legge di delegazione attraverso l'introduzione di una categoria onnicomprensiva, seppure priva di specifico significato giuridico, di "licenziamento economico"; dall'altro lato, il problema del mancato espresso richiamo dell'art. 10 da parte dell'art. 7 dovrebbe potersi risolvere in virtù del rinvio, operato dall'art. 10, all'art. 3, comma 1, norma, quest'ultima, richiamata dall'art. 7.

2. L'art. 7 del decreto natalizio: l'anzianità convenzionale speciale per i lavoratori già impiegati nell'appalto

La norma in commento prevede che, ai fini del calcolo dell'indennità spettante in caso di licenziamento ingiustificato e dell'importo oggetto della c.d. conciliazione standard, qualora il lavoratore sia passato alle dipendenze dell'impresa "subentrata" nell'appalto, si deve tener conto di tutta l'anzianità di servizio pregressa, non determinata dal periodo lavorativo già trascorso alle dipendenze del precedente appaltatore, ma riferibile al "periodo" (di tempo) durante il quale il lavoratore sia stato impiegato nell'attività oggetto dell'appalto. La norma realizza una sorta di parziale effetto correttivo rispetto alla regola generale che esclude che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, costituisca trasferimento d'azienda o di parte di essa (art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003). V'è, invero, parziale coincidenza tra i destinatari delle due norme, che sono, appunto, i lavoratori «già impiegati nell'appalto», con la particolarità che, ai fini della norma in commento, il pregresso impiego nel medesimo appalto funge da criterio di computo dell'anzianità convenzionale (che potremmo definire speciale, distinta, evidentemente, dall'eventuale introduzione di clausole di anzianità convenzionale nel quadro di una regolazione pattizia delle conseguenze del recesso)³ solamente ai fini del

³ Si deve sottolineare che, più in generale, il d.lgs. n. 23/2015 non contiene alcuna disposizione in ordine al computo dell'anzianità di servizio eventualmente maturata dal lavoratore per effetto di precedenti rapporti di lavoro intercorsi con lo stesso datore di lavoro. Cfr. sul punto G. PROIA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, 2015, 70.

computo dell'indennità⁴ per il caso di licenziamento illegittimo, senza toccare l'operatività, che resta esclusa, di tutte le altre conseguenze previste per il trasferimento d'azienda, quali la responsabilità solidale del cedente e del cessionario, le dimissioni con gli effetti della giusta causa e la generale continuità del rapporto con riferimento all'anzianità di servizio⁵.

Ai fini del calcolo della predetta (sola) misura indennitaria si pongono almeno tre problemi: a) quando può dirsi verificato il subentro di un'impresa ad un'altra nell'appalto; b) come individuare e calcolare il periodo temporale in cui il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata; c) quando il lavoratore può dirsi essere "passato" alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto.

Con riferimento al primo aspetto sembra corretto ritenere che la norma vada intesa in senso a-tecnico e quindi non si riferisca solamente ad ipotesi di vera e propria cessione dell'appalto ma a tutti i casi in cui si verifichi la stipulazione

⁴ Si rinvia al commento dell'art. 3 in questo volume. Il nuovo sistema remediale per il caso di licenziamento ingiustificato apre la questione della natura dell'indennità riconosciuta al lavoratore danneggiato, imponendo di verificare se dall'art. 3, comma 1, possa dedursi che, oggi, l'ordinamento considera il licenziamento come diritto potestativo che non genera mai un danno risarcibile, dovendosi riconoscere che l'indennità è attribuita al danneggiato a fronte di un fatto dannoso non illecito. In questo senso S. RADOCCIA, M. POLLAROLI, *Licenziamento ingiustificato e nuovo rimedio dell'indennità*, in *GLav*, 2015, n. 12, 20 ss.

⁵ Nessun ulteriore effetto è prodotto dall'art. 7 in commento: esso non riguarda l'anzianità del lavoratore, la retribuzione, il livello o l'inquadramento, salvo che il contratto collettivo contenga disposizioni di miglior favore disponendo ad esempio che il contratto prosegua a parità di condizioni (si veda al riguardo il CCNL Turismo). Non è questa la sede per affrontare il problema, ampiamente dibattuto in dottrina, circa la portata del terzo comma dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003. La norma è generalmente ritenuta priva di una portata particolarmente innovativa, ma confermativa del principio secondo cui il mero passaggio di personale di per sé non è in grado di configurare un trasferimento d'azienda. Sul tema, per un riepilogo, si veda F. MARINELLI, *La tutela del posto di lavoro in caso di cessazione dell'appalto*, in M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 2011, 219 ss., nonché M.T. CARINCI, *Il concetto di appalto rilevante ai fini delle tutele giuslavoristiche che e la distinzione da fattispecie limitrofe*, *ivi*, 25-26. In dottrina v'è chi ritiene che la norma operi anche nelle ipotesi in cui manchi una clausola sociale al fine di scoraggiare spontanee assunzioni di personale dipendente dall'appaltatore uscente (cfr. C. CESTER, *Art. 32*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, 2004, 250; E. GRAGNOLI, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda*, in *Dialoghi fra Dottrina e Giurisprudenza*, 2004, n. 2, 211. *Contra*, in giurisprudenza, Trib. Roma 20 novembre 2007, in *RGL*, 2008, n. 3, II, 695 ss., con nota di L. VALENTE, *Appalto, trasferimento d'azienda e contratto di inserimento per sole donne: un esempio, mal riuscito, di "law shopping"?*

di un nuovo appalto in sostituzione del precedente⁶; non pare, in altri termini, che la norma presupponga la sussistenza di un qualche nesso di derivazione giuridicamente apprezzabile tra l'attività del primo imprenditore e quella del secondo, essendo, per contro, sufficiente la sussistenza di una mera successione cronologica nello svolgimento delle attività appaltate⁷.

L'anomalia testuale riguarda, invece, il secondo aspetto sopra evidenziato, relativo alla corretta individuazione del periodo temporale da prendere a riferimento per il calcolo dell'anzianità convenzionale speciale, in quanto quest'ultima è espressamente correlata all'attività appaltata. Il lavoratore "che passa" ha diritto al conteggio della sola anzianità maturata nello svolgimento di una medesima attività (oggetto, per quanto concerne il rapporto contrattuale tra imprenditori "subentranti", del contratto di appalto). La norma, pertanto, non considera né l'anzianità maturata nel settore produttivo/merceologico di riferimento, né l'anzianità maturata presso l'impresa "uscente"⁸, ma solo ed esclusivamente quella relativa all'esecuzione di attività lavorativa correlata all'attività appaltata⁹. Questo meccanismo presenta evidenti problemi applicativi di non facile soluzione e forieri di ampio contenzioso, soprattutto in

⁶ Secondo M. LAI, *Brevi note sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Boll. ADAPT*, 2015, n. 5, 3, la previsione normativa «non dovrebbe peraltro estendersi all'ipotesi di rapporti di lavoro cessati ed instaurati nell'ambito di società controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 del c.c.». La tesi non sembra convincentemente motivata atteso che poggia su di una pretesa «sostanziale identità del datore di lavoro» che richiede di essere dimostrata volta per volta. Si veda, sul punto, per una chiara ricostruzione della materia, M. BIASI, *Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Cedam, 2014, 17 ss.

⁷ La lettura a-tecnica si pone in linea con l'interpretazione dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003. Per una sintesi, al riguardo, cfr. E. BARRACO, *Le modificazioni soggettive: il trasferimento d'azienda*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, 2007, tomo II, 1505 ss.

⁸ Il riferimento è tratto dal CCNL Multiservizi che prevede, per la manodopera operaia, la garanzia del riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata dal lavoratore "nel settore". Si veda, sul punto, D. BUONCRISTIANI, *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *RIDL*, 2007, n. 2, I, 165 ss., spec. 177-178.

⁹ La formula utilizzata dal legislatore sembra evocare l'idea, prospettata da una sentenza di merito, secondo la quale può parlarsi di rapporti di lavoro funzionalizzati all'esecuzione di un appalto, intesi come contratti di lavoro "a causa complessa", caratterizzati dalla causa tipica del contratto di lavoro e dalla causa esterna dello svolgimento di un appalto. Cfr. Trib. Lamezia Terme 19 gennaio 2011, richiamata da A. LIMA, *La successione negli appalti e le possibili conseguenze per i lavoratori: prosecuzione del rapporto, licenziamento, risoluzione consensuale, nuova assunzione. Riflessioni dopo la c.d. riforma Fornero*, in *ADL*, 2013, n. 3, 635 ss., qui 642, nota 22.

relazione alla determinazione, da parte dell'appaltatore subentrante, del periodo totale di riferimento per il calcolo dell'anzianità atteso che «la società uscente probabilmente non avrà tale informazione e quindi il tutto verosimilmente si baserà sulla dichiarazione del lavoratore, che comunque non è tenuto a dichiararlo o potrebbe dire il falso»¹⁰. Da ultimo, con riferimento al tema del conteggio dell'anzianità ai fini di cui alla norma in commento, si segnala che la norma non richiama l'art. 8 del decreto legislativo nel quale la stessa è collocata. Questo implica il problema di verificare se, per il caso di frazioni d'anno di pregresso impiego nell'attività appaltata si debba o no procedere al riproporzionamento. A questo riguardo si può ipotizzare, ragionando negli stessi termini proposti in relazione all'art. 10, un'interpretazione del complesso normativo tale da ritenere che l'art. 8, ponendo una regola di computo riferita alle medesime norme richiamate dall'art. 7, possa considerarsi oggetto di un implicito, indiretto, rinvio.

L'ultima questione interpretativa posta dalla norma in commento attiene al suo ambito di applicazione. La questione implica di verificare se l'art. 7:

- a) si riferisca ad un istituto giuridico tipizzato;
- b) vada intesa come riferita ad ipotesi di cessione del contratto di lavoro;
- c) evochi, invece, un'idea lata e a-tecnica di “passaggio” del personale, come tale onnicomprensiva.

La soluzione di questo problema richiede un preliminare riepilogo dello stato della normativa in relazione alle conseguenze occupazionali in caso di successione cronologica di imprenditori nell'esecuzione di contratti di appalto. La novella del 2015, infatti, non affronta questa (pur relevantissima) tematica in modo organico, né pare che vi sia, per lo meno ad oggi, l'intenzione legislativa di intervenire con una regolazione legale stabile della materia¹¹.

¹⁰ In questo senso cfr. G. GAMBERINI, M. TIRABOSCHI, *La disciplina dei licenziamenti dopo il Jobs Act*, inserto *Il Punto di Guida al Lavoro*, 2015, n. 18, XXII.

¹¹ La dottrina, da tempo, manifesta “sconcerto” per la carenza di regolazione della materia soprattutto alla luce dei reiterati preannunci di intervento normativo operati dal legislatore soprattutto nel 2007 con l'art. 7, comma 4-bis, del d.l. n. 248/2007; cfr. al riguardo D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 187; A. LIMA, *op. cit.*, 635 ss.; M.M. MUTARELLI, *Gli effetti delle clausole di riassunzione nell'avvicendamento di appalti privati*, in M.T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*. Atti del Convegno internazionale di studio (Milano, 26-27 giugno 2014), Giuffrè, 2015, 337 ss.; M. LOZITO, *Le clausole di assorbimento della manodopera negli appalti privati tra vincoli costituzionali ed europei*, *ivi*, 307 ss.; M. LOZITO, *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, 2013.

3. La tutela occupazionale in caso di “cambi d’appalto” e le regole di riferimento: quanto un lavoratore “passa” alle dipendenze dell’impresa subentrante nell’appalto?

Nel nostro ordinamento non esiste una nozione legale specifica di “passaggio di personale”, fatta eccezione per alcune sporadiche ipotesi, oggi neppure più vigenti. Il primo riferimento può essere costituito dal vecchio istituto del «passaggio diretto di personale», che permetteva l’assunzione senza il vincolo delle liste di collocamento, prima della riforma operata dal d.lgs. n. 297/2002, donde l’istituto, oggi, risulta abrogato¹².

Il secondo riferimento è più interessante ai nostri fini. Il legislatore ha fatto uso del termine “passaggio” di personale nella regolazione speciale delle conseguenze occupazionali di alcuni fenomeni di successione cronologica di imprenditori, risolto attraverso la sporadica introduzione di «clausole sociali di natura legale»¹³.

In particolare, l’art. 14 del d.lgs. n. 18/1999 (inserito nell’ambito del decreto legislativo di recepimento della direttiva comunitaria 96/67/CE relativa all’apertura del mercato dei servizi di assistenza a terra a beneficio dei vettori aerei), disponeva, al comma 2, con l’obiettivo di salvaguardare il mantenimento dei livelli di occupazione e della continuità del rapporto di personale dipendente dal precedente gestore, che «salva restando l’ipotesi di trasferimento di ramo d’azienda, ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra di cui agli allegati A e B comporta il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d’intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest’ultimo».

La norma citata, per il fatto di imporre ai nuovi prestatori di servizi l’obbligo di riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore indipendentemente dalle caratteristiche dell’operazione di trasferimento di attività, è stata abrogata in seguito all’intervento della Corte di giustizia che la ritenne incompatibile con le finalità della direttiva 96/67/CE, perché di

¹² Sul diverso istituto del passaggio diretto nel r.d. n. 148/1931, cfr. Cass. 9 settembre 2014, n. 18945.

¹³ Cfr. sul tema F. MARINELLI, *op. cit.*, 219 ss., nonché M.P. AIMO, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell’impresa alla luce del diritto comunitario*, in *LD*, 2007, n. 3, 417 ss., e spec. 424-425, in relazione all’analisi delle clausole di riassunzione nelle leggi speciali.

ostacolo all'apertura dei mercati interessati ed all'instaurazione di una concorrenza intracomunitaria nel settore¹⁴.

L'assenza di una clausola sociale legale impone di considerare le clausole sociali introdotte dai contratti collettivi che, in vario modo e con formulazioni assai differenziate, stabiliscono l'obbligo di riassunzione da parte del nuovo appaltatore nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore uscente.

Il contenuto di queste clausole, la cui operatività è evidentemente limitata alle sole imprese che applicano il contratto collettivo che le contiene¹⁵, varia:

- 1) dalle clausole di riassunzione vere e proprie (che dispongono a carico dell'appaltatore subentrante un obbligo di assunzione, totale o parziale, del personale dell'appaltatore uscente già impiegato nell'appalto, con individuazione diretta, o tramite criteri diversamente individuati dai contratti collettivi¹⁶, dei lavoratori interessati), solitamente limitate alle ipotesi di avvicendamento nell'appalto a parità di condizioni;

¹⁴ C. giust. 9 dicembre 2004, causa C-460/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *RIDL*, 2005, n. 2, II, 271 ss., con nota di M.M. MUTARELLI, *Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente*, il quale manifesta insoddisfazione per l'argomentazione della sentenza in relazione al tema della prevalenza accordata alle ragioni della concorrenza sulle misure di protezione sociale riconducibili all'art. 14 del d.lgs. n. 18/1999. L'A. rileva come la Corte ritenga che le finalità di protezione sociale vengano considerate non sufficienti di per sé a garantire la prevalenza rispetto alle esigenze di tutela della concorrenza, con discontinuità rispetto a C. giust. 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, in *RIDL*, 2000, n. 2, II, 209 ss., con nota di M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*. Altra dottrina sottolinea, al riguardo, che analoghi effetti vengano determinati dalle disposizioni della contrattazione collettiva che impongono alle imprese subentranti nell'appalto di riassumere il personale della precedente ditta appaltatrice. In quest'ultimo senso, cfr. P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, 2004, 161, nonché, di recente, con riferimento all'accordo 30 marzo 2015 tra Cgil, Cisl, Uil e Ministero dei beni culturali, P. ICHINO, *La questione della "clausola sociale" negli appalti*, in www.pietroichino.it, 2015. In argomento si veda anche M. LOZITO, *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, cit., 109 ss., nonché E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, n. 2, 146 ss.

¹⁵ Cfr., al riguardo, per tutti, A. VALLEBONA, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *RIDL*, 1999, n. 1, II, 217 ss.; in giurisprudenza cfr. Trib. Monza 9 gennaio 2014, n. 726; cfr. altresì interpello Min. lav. 1° agosto 2012, n. 22. Di recente, sul punto, M. LAI, *op. cit.*, 3.

¹⁶ Sul problema della determinazione dei lavoratori interessati dall'obbligo di riassunzione nel CCNL Vigilanza privata, cfr. M.M. MUTARELLI, *La clausola sociale per il cambio di appalto nel C.C.N.L. Vigilanza privata*, in *Il Diritto dei Lavori*, 2014, n. 1, 59 ss.

- 2) alle clausole che, non consentendo di determinare i lavoratori da assumere, non determinano un diritto soggettivo perfetto all'assunzione ma consentono solamente, in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore subentrante dell'obbligo sul medesimo gravante, un'azione di risarcimento del danno;
- 3) alle clausole che, nel caso in cui il nuovo appalto preveda condizioni contrattuali diverse rispetto al precedente (in ordine al contenuto o alle modalità di esecuzione) stabiliscono una disciplina meno, classificabile nella parte obbligatoria del contratto collettivo e consistente in obblighi di informazione e consultazione;
- 4) alle clausole di quei contratti collettivi che prevedono una garanzia mediata dall'imposizione a carico dell'impresa committente di inserire nel contratto di appalto una clausola di riassunzione; in questi casi la violazione della clausola stessa attiene alla parte obbligatoria del contratto collettivo, con obblighi nei confronti delle sole organizzazioni sindacali stipulanti¹⁷.

Dall'esame dell'attuale quadro normativo di riferimento è possibile affermare che il lavoratore "passa" alle dipendenze dell'imprenditore subentrante nell'appalto o in virtù di uno specifico accordo tra imprese (cessione del contratto oppure ipotesi particolari in cui ricorrano i requisiti tipici del trasferimento d'azienda) oppure in virtù dell'operare di apposite clausole della contrattazione collettiva, vincolanti l'appaltatore subentrante. L'art. 7, non disponendo alcun riferimento alla contrattazione collettiva, pare dover essere interpretato nel senso di imporre l'anzianità convenzionale speciale in qualsiasi caso di passaggio del personale, sia esso derivante da un trasferimento d'azienda o da una cessione, accettata dal lavoratore, del contratto di lavoro, sia esso derivante da qualsiasi altra ipotesi di riassunzione da parte dell'appaltatore subentrante, in presenza o no di clausola sociale¹⁸.

¹⁷ Si veda, per una ricostruzione comparatistica dei diversi contratti collettivi, A. ADINOLFI, G. ESPOSITO, *Subentro di nuovo appaltatore e garanzie per i lavoratori occupati*, in *DPL*, 2015, n. 15, 937 ss., M. LOZITO, *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, cit., 117 ss., nonché M.M. MUTARELLI, *Gli effetti delle clausole di riassunzione nell'avvicendamento di appalti privati*, cit.

¹⁸ Si ritiene, in altre parole, che la norma non possa essere interpretata in termini vincolati a quelle ipotesi in cui, come nel caso dell'art. 4 del CCNL Imprese di pulizia e multiservizi (in merito al quale cfr. Trib. Milano 7 gennaio 2013), la contrattazione collettiva preveda che in certi casi di subentro negli appalti si determina l'assunzione da parte dell'azienda subentrante con passaggio diretto e immediato.

4. Il subentro fra imprenditori nel “cambio d'appalto” e il licenziamento

La correttezza dell'interpretazione ampia, sopra prospettata, trae una conferma nei frammenti di normativa relativi al problema della risoluzione del rapporto di lavoro con l'appaltatore uscente e la stipula di un nuovo contratto di lavoro con l'appaltatore subentrante. Anche in questa materia difetta una soluzione normativa soddisfacente e regna una grave incertezza interpretativa relativamente alla riconducibilità o no dei licenziamenti disposti dall'appaltatore uscente in conseguenza della fine dell'appalto. Questo sia nel caso in cui il numero di licenziamenti sia inferiore o superiore alla soglia di cui alla l. n. 223/1991.

Per quanto concerne il caso di licenziamenti in numero superiore a 4, nell'arco di 120 giorni, il legislatore è intervenuto con l'art. 7, comma 4-*bis*, della l. n. 31/2008, di conversione del d.l. n. 248/2007, prevedendo espressamente l'esclusione dall'applicazione dell'art. 24 della l. n. 223/1991 dei licenziamenti disposti per cessazione dell'appalto nel caso di «lavoratori riassunti dall'azienda subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative»¹⁹.

L'art. 7, per quanto qui interessa, nel neutralizzare gli effetti dell'art. 24, pone l'espressa condizione che la riassunzione avvenga a parità di condizioni

¹⁹ Il Ministero del lavoro ritiene che si tratti di licenziamenti individuali plurimi per giustificato motivo oggettivo atteso che la perdita di un appalto non può essere ricondotta alle situazioni tipiche di sospensione del lavoro o riduzione del personale per situazioni temporanee di mercato né ad ipotesi di ristrutturazione o crisi aziendale quanto, piuttosto, ad un turnover fisiologico (così la lett. circ. 28 maggio 2001, L/01, richiamata dall'interpello Min. lav. n. 22/2012, cit., in ordine alla quale cfr. R. SCOLASTICI, [Le clausole sociali sul cambio di appalto: quali tutele per i lavoratori?](#), in *Boll. ADAPT*, 2013, n. 21). La dottrina sul punto è divisa tra chi condivide la richiamata opinione ministeriale e chi invece ritiene che l'art. 24 della l. n. 223/1991 non contenga alcun richiamo ad una concezione ontologica di licenziamento collettivo limitandosi alla sussistenza dei requisiti numerici temporali e dimensionali di legge, donde la norma avrebbe carattere onnicomprensivo (cfr. M.M. MUTARELLI, *Gli effetti delle clausole di riassunzione nell'avvicendamento di appalti privati*, cit.). Anche la giurisprudenza pare conforme nel ritenere che la clausola sociale non può incidere sul tipo di licenziamento perché la l. n. 223/1991 non distingue tra riduzione stabile e non stabile di attività (cfr., in questo senso, per tutte Cass. 22 aprile 2002, n. 5828). Il Ministero del lavoro, con nota 2 aprile 2015 (su cui cfr. I.V. ROMANO, *Licenziamenti per cessazione di appalto e procedura in Dtl*, in *GLav*, 2015, n. 17, 17 ss.), ha precisato che, nel caso di licenziamento di più di 4 lavoratori per cessazione anticipata di un contratto di appalto senza subentro di altra azienda, non deve essere attivata la procedura preventiva per il tentativo di conciliazione presso la DTL, ma trova invece applicazione l'art. 24 della l. n. 223/1991.

economiche e normative previste dalla contrattazione collettiva, senza che l'effetto venga subordinato all'esistenza di una clausola sociale, ma al mero passaggio di personale assunto, appunto, a parità di condizioni economiche e normative²⁰.

Nel caso in cui i dipendenti vengano assunti dal subentrante è poi controverso quale sia il meccanismo con cui avviene questo passaggio. Fermo che il transito non può avvenire in modo automatico (salvo non vi sia trasferimento d'azienda) è dubbio se l'assunzione da parte del subentrante sia conseguente ad una risoluzione consensuale espressa o per fatti concludenti, tra il lavoratore e il precedente appaltatore, o se comunque presupponga un licenziamento²¹.

Il legislatore è intervenuto dapprima con l'art. 2, comma 34, della l. n. 92/2012, stabilendo che non è dovuto il contributo di cui all'art. 31 per l'Aspi nei casi di «licenziamenti effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». La norma, che parla di licenziamenti²², vincola, a differenza di quella del decreto-legge del 2007, alla presenza di una clausola sociale.

²⁰ Conforme F. MARINELLI, *op. cit.*, 229. La lettera della legge non pare, invece, giustificare l'interpretazione della norma nel senso che la stessa rappresenti una «clausola sociale di tipo legale, obbligatoria e generalizzata che, imponendo alla subentrante un obbligo di immediata riassunzione, predispone una garanzia occupazionale per tutti i lavoratori coinvolti nella vicenda circolatoria» attraverso «il passaggio diretto dei lavoratori addetti all'appalto ceduto in capo all'impresa subentrante» (in questo senso M. CUTTONE, *Società partecipate, successione d'appalto e recessi: quali diritti per i lavoratori coinvolti; quale ruolo per il giudice del lavoro?*, in *LPA*, 2013, n. 6, 995 ss.).

²¹ Parte della dottrina ritiene che lo scioglimento del primo rapporto avvenga con risoluzione consensuale (cfr. in particolare A. VALLEBONA, *op. cit.*, 219). Secondo la giurisprudenza la cessazione di un appalto non implica automaticamente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dei dipendenti ivi addetti. Il recesso può essere intimato ma non è un atto dovuto né la perdita dell'appalto costituisce ipotesi di risoluzione di diritto del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta, sicché se l'imprenditore vuole recedere deve intimare il licenziamento (cfr. Cass. 28 settembre 2010, n. 19842; Cass. 14 luglio 2000, n. 9398). Particolarmente suggestiva è la posizione di Trib. Lamezia Terme 19 gennaio 2011, cit., che avanza l'idea del contratto di lavoro funzionalizzato all'esecuzione di un appalto; sul punto cfr. A. LIMA, *op. cit.*, 642, nota 22.

²² Secondo A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 112, si tratta di un errore in quanto, come si è detto, l'A. ritiene che il lavoratore, quando accetta l'assunzione presso il subentrante, consente la cessazione del precedente rapporto per risoluzione consensuale.

Successivamente, con l'art. 7, comma 4, d.l. n. 76/2013 (convertito dalla l. n. 99/2013) è stato modificato l'art. 7 della l. n. 604/1966 stabilendo che non si applica la procedura obbligatoria di conciliazione (ormai eliminata per le assunzioni successive al 7 marzo 2015), a prescindere dal numero di lavoratori coinvolti, in caso, tra l'altro, di licenziamenti, effettuati in conseguenza di cambi appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro. Questa norma, a differenza di quella poc' anzi citata, non richiama le clausole sociali.

Articolo 8

Computo e misura delle indennità per frazioni di anno

- 1.** Per le frazioni di anno d'anzianità di servizio, le indennità e l'importo di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e all'articolo 6, sono riproporzionati e le frazioni di mese uguali o superiori a quindici giorni si computano come mese intero.

Per il commento all'art. 8 si rinvia al contributo di M.G. MATTAROLO, in questo volume.

Articolo 9

Piccole imprese e organizzazioni di tendenza

- 1.** 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, 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 sei mensilità.
- 2.** 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.

Piccoli datori di lavoro e organizzazioni di tendenza

di Alessandro Bellavista

Sommario: 1. La tutela indennitaria dimezzata per i lavoratori occupati dai piccoli datori di lavoro. – 2. La tutela contro i licenziamenti nelle organizzazioni di tendenza.

1. La tutela indennitaria dimezzata per i lavoratori occupati dai piccoli datori di lavoro

L'art. 9 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, disciplina le conseguenze del licenziamento illegittimo intimato dai piccoli datori di lavoro e dalle c.d. organizzazioni di tendenza.

Secondo il comma 1 della disposizione, «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, 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 sei mensilità».

L'enunciato si applica, pertanto, ai 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 dipendenti se si tratta di impresa agricola; e, qualora non si superino le precedente soglie, con meno di 61 dipendenti a livello di organico complessivo.

Questi datori di lavoro sono esclusi logicamente dalla sfera di operatività della tutela reale di cui all'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015, e, in ogni caso di licenziamento ingiustificato, sono tenuti a pagare un'indennità monetaria dimezzata che, per giunta, non può superare il limite di 6 mensilità.

Di conseguenza, l'indennità di cui all'art. 3, comma 1, può oscillare tra un minimo di 2 fino ad un massimo di 6 mensilità. Quella di cui all'art. 4, comma 1, tra un minimo di una mensilità e un massimo di 6. Mentre l'importo di cui all'art. 6, comma 1, tra una e 6 mensilità.

Nonostante che la formula dell'enunciato non sia limpida, appare ragionevole ritenere che, in forza della *ratio legis*, sia dimezzata anche la misura base dell'indennità che va parametrata in relazione all'anzianità di servizio del lavoratore licenziato nell'ambito delle misure minime e massime di cui s'è appena detto.

Sicché, nel caso dell'art. 3, comma 1, l'importo dell'indennità base è di una mensilità dell'ultima retribuzione per ogni anno di servizio; nell'ipotesi dell'art. 4, comma 1, è di mezza mensilità dell'ultima retribuzione per ogni anno di servizio; nel caso dell'art. 6, comma 1, è di mezza mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio.

Come si vede, il decreto ha esteso, per giunta in forma attenuata, il criterio di liquidazione dell'indennità risarcitoria definito delle tutele crescenti anche ai licenziamenti ingiustificati intimati dai piccoli datori di lavoro. Mentre il vecchio regime della c.d. tutela obbligatoria, di cui all'art. 8 della l. n. 604/1966, consente la valutazione discrezionale del giudice, tra un minimo e un massimo, nel determinare la relativa indennità; il nuovo sistema elimina ogni incertezza e il giudice si deve limitare a moltiplicare la misura base dell'indennità per gli anni di servizio, tenendo conto dei limiti minimi e massimi fissati dal testo normativo.

Sul piano temporale, le regole contenute nell'enunciato in esame operano, come prescrive l'art. 1 dello stesso decreto, quanto ai «lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto».

Invece, continuerà ad applicarsi il vecchio regime della c.d. tutela obbligatoria, di cui all'art. 8 della l. n. 604/1966, ai lavoratori assunti prima della data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015.

Nel caso di licenziamento discriminatorio, nullo e orale anche ai piccoli datori di lavoro si estende la tutela reale di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015. Cosa questa già prevista dall'art. 18, commi 1-3, Stat. lav., come riformulato dalla l. n. 92/2012, e che continua ad operare per i lavoratori assunti prima della data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015.

2. La tutela contro i licenziamenti nelle organizzazioni di tendenza

L'art. 9, comma 2, del d.lgs. n. 23/2015 stabilisce che «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».

La disposizione parifica le tutele nei confronti del licenziamento illegittimo di cui godono i lavoratori delle c.d. organizzazioni di tendenza con quelle dei prestatori di lavoro occupati presso datori di lavoro di analoghe dimensioni.

La novità apportata dall'enunciato in esame sta nella circostanza che il licenziamento ingiustificato intimato da un'organizzazione di tendenza con i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, Stat. lav., comporta l'applicazione della tutela reintegratoria, ovviamente limitatamente all'ipotesi di cui all'art. 3, comma 2, del medesimo d.lgs. n. 23/2015. Questa conclusione si fonda sul fatto che l'art. 9, comma 2, del decreto prevede la sottoposizione delle organizzazioni di tendenza all'intera nuova disciplina; e quindi anche all'art. 3, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 23/2015, che, appunto, mantiene la tutela reale per i licenziamenti ingiustificati in due ipotesi ivi tipizzate e purché il datore abbia i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, comma 8, Stat. lav.

Secondo il regime precedente, di cui all'art. 4, comma 1, della l. n. 108/1990, invece, le organizzazioni di tendenza erano escluse *in toto* dall'applicazione dell'art. 18 Stat. lav.

La novella appare apprezzabile, perché, fin dal varo dell'art. 4, comma 1, della l. n. 108/1990, era apparsa eccessiva la completa esclusione delle organizzazioni di tendenza dalla disciplina generale delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo. Si osservava, infatti, che la peculiare tendenza perseguita dal datore di lavoro avrebbe giustificato una sua rilevanza quanto alla giustificazione del licenziamento, ma non riguardo un'attenuazione delle tutele spettanti al lavoratore nel caso di licenziamento non sorretto da adeguata giustificazione.

Ovviamente, come s'è detto, tale normativa, in base all'art. 1 del d.lgs. n. 23/2015, concerne solo i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del medesimo decreto. Anche se l'art. 9, comma 2, è formulato in termini tali da avere una portata onnicomprensiva, logicamente esso non può non subire gli effetti dell'art. 1, comma 1, che fissa, con chiarezza, i destinatari dell'operatività delle disposizioni dell'intero provvedimento.

Se si concorda con tale lettura, ne consegue che anche il licenziamento collettivo resta assoggettato ad un duplice regime. Ai lavoratori assunti dopo

l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 si applica l'art. 10 dello stesso decreto. Mentre per i lavoratori già occupati alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015 continua ad operare la disciplina di cui all'art. 24 della l. n. 223/1991, come novellato dal d.lgs. n. 110/2004.

Articolo 10
Licenziamento collettivo

- 1.** In caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all'articolo 2 del presente decreto. In caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all'articolo 3, comma 1.

Le sanzioni per i licenziamenti collettivi secondo il *Jobs Act*

di Adriana Topo

Sommario: 1. I licenziamenti collettivi nel *Jobs Act*. – 2. Il sistema sanzionatorio dei licenziamenti collettivi. – 3. Sul possibile eccesso di delega da parte del d.lgs. n. 23/2015 in relazione alla disciplina delle sanzioni per i licenziamenti collettivi. – 4. Sull'estensione della sanzione per violazione della forma scritta nel caso di licenziamento collettivo. – 5. Omissione e incompletezza delle comunicazioni iniziali nei licenziamenti collettivi: regime sanzionatorio applicabile. – 6. L'accordo con efficacia sanante dei vizi procedurali e il nuovo regime delle sanzioni per i licenziamenti collettivi. – 7. Il ruolo della procedura sindacale a seguito della rimodulazione delle sanzioni per i licenziamenti collettivi. – 8. Equivalenza fra difetto di procedura e difetto di forma. – 9. La sanzione per la violazione dei criteri di scelta.

1. I licenziamenti collettivi nel *Jobs Act*

Il *Jobs Act*, combinazione di l. n. 183/2014 e decreti delegati attuativi, cioè la riforma con la quale il Governo ha inteso innovare la fisionomia del diritto del lavoro, riguarda anche la materia dei licenziamenti per riduzione del personale.

La disciplina dei licenziamenti collettivi ha trovato infatti collocazione all'interno del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, all'art. 10, che ridimensiona l'entità delle sanzioni previste per i casi di licenziamento illegittimo dalla l. n. 223/1991, come successivamente modificate dalla l. n. 92/2012.

Sarebbe però riduttivo pensare che il *Jobs Act* interferisca con le riduzioni di personale solo nel definire un nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Altra parte della riforma influisce infatti sul regime delle

ristrutturazioni aziendali che comportino una significativa riduzione d'organico.

La parte del *Jobs Act* in questione è quella relativa alla disciplina delle mansioni, introdotta dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che regola il potere unilaterale del datore di lavoro di modificare l'oggetto del contratto, potere già definito dall'art. 2103 c.c., come modificato dall'art. 13 della l. n. 300/1970, e però regolato anche dalla l. n. 223/1991 nella parte in cui consente al datore di lavoro di espandere il proprio potere direttivo adibendo il lavoratore a mansioni deteriori a seguito della conclusione di un accordo gestionale stipulato in occasione di una procedura di riduzione del personale. A tale proposito si deve notare che la disciplina delle mansioni risulta infatti diversa, dal momento che l'art. 2103 c.c., come modificato dall'art. 3 del d.lgs. n. 81 attribuisce ora al datore di lavoro il potere unilaterale di modificare in senso peggiorativo le mansioni dei dipendenti in ragione di un processo di riorganizzazione aziendale, a prescindere però – e in ciò sta la novità – dalla mediazione e, soprattutto, dall'accordo con le organizzazioni sindacali. Tale circostanza influisce necessariamente sul ruolo e sul peso esercitabile dalle organizzazioni sindacali nelle procedure di riorganizzazione aziendale accompagnate da ridimensionamento dell'organico, perché concorre a privare i soggetti sindacali del potere di scambio nei confronti del datore di lavoro, disincentivando l'accordo, col risultato di indebolire più in generale la posizione dell'interlocutore collettivo.

Appare opportuno precisare che le modifiche già apportate al regime dei licenziamenti collettivi dal d.lgs. n. 23/2015, per quanto limitate ai rapporti di lavoro stipulati nel vigore della nuova disciplina, appaiono già in prima battuta coerenti con la scelta operata successivamente con il d.lgs. n. 81¹, scelta che sembra volere ridimensionare il peso delle procedure sindacali in occasioni delle riduzioni di organico, laddove il significato di tali procedure sia osservato dalla prospettiva delle sanzioni applicabili nel caso di mancato esperimento. La recente normativa in materia di mansioni si presenta dunque coerente con le opzioni già esercitate dal Governo nei primi decreti attuativi.

L'indubbia linearità del Governo nella definizione di nuovi limiti ai poteri del datore di lavoro non esclude, quanto meno in termini dubitativi, il possibile disallineamento delle scelte effettuate nella materia dei licenziamenti collettivi rispetto ai principi sovranazionali che, per quanto generali, stabiliscono confini importanti alla sovranità degli Stati nella regolamentazione della materia dei

¹ Commentato da M. TIRABOSCHI, [Prima lettura del d. lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro](#), ADAPT University Press, 2015, che discute di mansioni (22).

licenziamenti collettivi, attribuendo ai soggetti coinvolti nel processo di ristrutturazione aziendale diritti soggettivi.

Obiettivo di questo breve contributo è pertanto discutere la nuova disciplina sanzionatoria del licenziamento collettivo riservata ai neoassunti, cioè coloro che hanno preso servizio dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, al fine di verificare se tale nuova disciplina appaia coerente con l'affermazione dei diritti stabiliti dal diritto comunitario.

Per sviluppare tale riflessione è necessario prendere spunto da una breve introduzione che ricordando concetti noti sulla struttura della fattispecie sanzionatoria del licenziamento collettivo, introdurrà l'analisi delle nuove regole dettate dall'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 al fine di renderne verificabile il possibile impatto sui diritti di matrice comunitaria.

2. Il sistema sanzionatorio dei licenziamenti collettivi

Sintetizzando al massimo grado, basterà ricordare che la disciplina dei licenziamenti collettivi prevede sanzioni che operano nel caso di inadempimento degli oneri di informazione imposti al datore di lavoro a favore degli agenti sindacali e dell'autorità amministrativa, sanzioni che conseguono alla violazione degli obblighi di consultazione sindacale, nonché sanzioni che riguardano l'inosservanza dei criteri di scelta tramite i quali è assicurata l'oggettività nella selezione dei lavoratori da estromettere.

A tali sanzioni, dettate in considerazione dei profili peculiari della fattispecie in oggetto rispetto alla disciplina del licenziamento individuale, vanno sommate altre sanzioni applicabili in generale a ogni fattispecie di licenziamento, cioè le sanzioni che trovano applicazione nel caso di licenziamento discriminatorio e nel caso di licenziamento orale.

Il sistema sanzionatorio del licenziamento collettivo risulta, quindi, dalla combinazione di norme che attengono ai due profili fondamentali della materia che si articola sul piano collettivo, delle relazioni sindacali cioè, e che coinvolge però anche immancabilmente il piano individuale, cioè il profilo del rapporto fra datore di lavoro e singolo dipendente in considerazione del fatto per cui il recesso, atto finale della complessa situazione, è diretto di necessità a un singolo individuo, cioè il lavoratore eccedente.

Rispetto a tale ricchezza, ma anche complessità, della figura in esame, perfettamente riprodotta sul piano delle sanzioni, l'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 si presenta con un contenuto estremamente succinto: la norma cioè, attraverso il metodo del rinvio ad altre disposizioni collocate all'interno del medesimo

decreto, dispone che, in caso d'inosservanza della forma scritta, il licenziamento comporti il diritto alla reintegrazione, stabilendo invece che, nel caso di violazione dei criteri di scelta, consegua l'applicazione della sanzione economica, in misura pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione per ogni anno di servizio, dovendo essere comunque garantiti i limiti minimo, di 4, e, massimo, di 24 mensilità di risarcimento complessivo.

3. Sul possibile eccesso di delega da parte del d.lgs. n. 23/2015 in relazione alla disciplina delle sanzioni per i licenziamenti collettivi

Se è indubitabile che nel d.lgs. n. 23/2015 l'art. 10 è dedicato al *Licenziamento collettivo*, è anche vero che la l. n. 183/2014 non menziona nel titolo e nell'articolato i licenziamenti collettivi, e il d.lgs. n. 23/2015, pudicamente, a leggerne il titolo, sembra addirittura destinato a recare soltanto «disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti», facendo immaginare tutt'altro rispetto alla disciplina del recesso.

Nonostante il *self-restraint* dell'intitolazione, la l. n. 183/2014 attribuisce invece certamente al Governo il potere di legiferare sui licenziamenti, sia facendo riferimento alla categoria dei licenziamenti economici, sia, in particolare, consentendo al Governo di adottare norme in materia di sanzioni per il recesso illegittimo, norme che non sempre devono prevedere – secondo la delega – il diritto alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, reintegrazione alla quale il decreto dovrà sostituire «un indennizzo [...] certo e crescente con l'anzianità di servizio».

Il d.lgs. n. 23/2015 dedica, come si è anticipato, un articolo autonomo – l'art. 10 – al *Licenziamento collettivo*, ragione per cui è innanzitutto importante capire se, in assenza del rinvio espresso alla fattispecie dei licenziamenti collettivi da parte della l. n. 183/2014, e in considerazione del fatto per cui la stessa legge adopera un linguaggio nuovo, parlando di licenziamenti “economici”, il Governo, con l'occuparsi anche di sanzioni in tema di licenziamenti collettivi, abbia ecceduto i confini del mandato ricevuto dal Parlamento.

Anticipando la conclusione che si cercherà di argomentare, il qualificare la situazione prodotta dal *Jobs Act* in termini di “eccesso di delega” non sembra corretto, perché, in verità, l'ambito di azione garantito dal Parlamento al Governo è più ampio di quanto non si possa dedurre dall'apposizione del generico aggettivo “economico” al sostantivo licenziamento.

Infatti, con la l. n. 183/2014 il Parlamento ha attribuito al Governo il potere di modificare il regime della sanzioni contro il licenziamento illegittimo, nello specifico restringendo il diritto alla reintegrazione ai soli casi di licenziamento “nullo”, “discriminatorio”, e “disciplinare” ingiustificato. Sebbene, dunque, il rinvio letterale, espresso, alla fattispecie dei licenziamenti collettivi non sia rinvenibile all’interno della legge delega, il Governo aveva certamente il potere di restringere il novero delle ipotesi di tutela in forma specifica per i casi di licenziamento ingiustificato, limitando la condanna alla reintegrazione nelle sole ipotesi residuali di licenziamento nullo e discriminatorio, oltre che nel caso di licenziamento disciplinare ingiustificato; escludendo, dunque, la tutela in forma specifica nei casi di licenziamento collettivo illegittimo.

In buona sostanza, non varrebbe sostenere, sulla base di un argomento puramente letterale, che i licenziamenti collettivi non rientrano fra i licenziamenti “economici”, menzionati dalla l. n. 183/2014, per evidenziare un arbitrio che non c’è.

L’argomento decisivo, al fine di sostenere che la delega riguarda anche i licenziamenti collettivi non sta infatti nella riconducibilità della fattispecie all’interno della figura dei licenziamenti “economici”, qualificati cioè per il tramite di un aggettivo, certamente sconosciuto alla l. n. 604/1966 e alla l. n. 223/1991, aggettivo che non è di per sé idoneo a qualificare in modo univoco le situazioni alle quali la disciplina si riferisce².

Infatti, che il termine economici riferito ai licenziamenti sia causa di ambiguità è facilmente comprensibile: il recesso dal contratto di lavoro è finalizzato a soddisfare esigenze economiche anche quando il datore di lavoro ricorre ad esso per reagire all’inadempimento del lavoratore, circostanza che nel linguaggio del diritto del lavoro viene individuata qualificando come “oggettivo” il motivo di licenziamento.

D’altro canto, alla categoria licenziamento economico, cioè nel licenziamento per motivo “oggettivo”, vengono tradizionalmente ricondotte ipotesi in relazione alle quali la legge garantisce al lavoratore tutela forte pure nel regime introdotto dal d.lgs. n. 23/2015: a titolo d’esempio basti ricordare l’ipotesi del licenziamento giustificato per disabilità fisica o psichica del lavoratore, adottata dal datore di lavoro quale presupposto del venire meno dell’interesse alla prestazione e, dunque, quale presupposto del recesso, ipotesi alla quale i primi commentatori del d.lgs. n. 23/2015, con soluzione condivisibile, equiparano il caso del lavoratore licenziato per non inverte-

² Sul punto concorda G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, Cedam, 2015, 97, 99.

superamento del periodo di comporto, sulla base di una lettura estensiva della norma di legge che non menziona il caso della malattia³.

Ove si concordi, dunque, sul fatto che l'espressione licenziamento economico contiene in sé elementi d'ambiguità, è necessario concludere che non è certo tale espressione a fornire criteri inequivocabili per individuare i limiti della delega conferita al Parlamento, confini che possono essere invece identificati tramite l'interpretazione delle disposizioni volte a circoscrivere i casi di reintegrazione, casi fra i quali non appaiono le ipotesi in relazione alle quali la l. n. 223/1991, applicabile ai lavoratori in servizio prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, prevedeva tale sanzione.

Da questa circostanza, cioè dal fatto per cui fra le ipotesi di diritto alla reintegrazione conservate dalla legge delega non rientrano ipotesi necessariamente legate alla violazione di norme in materia di licenziamenti collettivi, deriva una conclusione univoca: la legge delega consente di riformulare le sanzioni in materia di licenziamenti per riduzione del personale. Al fine di sostenere l'eccesso dalla delega non si potrebbe nemmeno prendere spunto dalla circostanza per cui la l. n. 183/2014 menziona il licenziamento, indicato come sostantivo al singolare, e non fa riferimento ai licenziamenti, indicati appunto al plurale in coerenza con la terminologia che, all'interno dell'art. 11 della l. n. 604/1966, secondo comma, e dell'art. 25, comma 5, della l. n. 223/1991, identifica la fattispecie. La sottolineatura del dato letterale, effettuata in modo così miope, e appunto letterale, trascurerebbe infatti di valorizzare la circostanza decisiva per cui la l. n. 223/1991 non ha introdotto un sistema sanzionatorio ontologicamente autonomo del licenziamento collettivo, e ha invece costruito i meccanismi repressivi della violazione delle regole in materia di licenziamenti collettivi attraverso il rinvio al regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali, ragione per cui ogni intervento regolativo sul potere di recesso diviene di per sé suscettibile di espandersi all'area dei licenziamenti per riduzione del personale, ove tale estensione non sia espressamente esclusa. Inoltre, si deve osservare che il d.lgs. n. 23/2015 utilizza nell'art. 10 l'espressione "licenziamento collettivo", in tale circostanza rendendosi palese l'uso promiscuo da parte della legge del singolare e del plurale ove riferito al licenziamento, e, più in generale, una non puntualissima e univoca attenzione per la terminologia.

Se è vero che il regime sanzionatorio dei licenziamenti collettivi è geneticamente derivato dalla matrice delle sanzioni al licenziamento

³ M. MARAZZA, [*Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act \(un commento provvisorio, dallo schema al decreto\)*](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 236, 21.

individuale, del che è prova il rinvio all'art. 18 della l. n. 300/1970, operato al terzo comma dell'art. 5 della l. n. 223/1991, e il rinvio alla l. n. 604/1966, che appare all'art. 24, comma 1-*quater*, della l. n. 223/1991, ne deriva che le modifiche di tale regime originario, si proiettano necessariamente sul recesso adottato nel contesto di una procedura di mobilità e di un licenziamento collettivo, indipendentemente dalla presenza di norme che effettuino un ulteriore collegamento fra le fattispecie, individuale e collettiva, di licenziamento, circostanza che consente di riferire i limiti all'introduzione del diritto alla reintegrazione presenti all'interno della l. n. 183/2014 anche al caso di licenziamento collettivo.

Il rilievo circa un possibile eccesso dalla delega conferita al Parlamento con la l. n. 183/2014, ad opera del d.lgs. n. 23/2015, non sembra perciò fondato se riferito al regolamento del profilo delle sanzionatorio dei licenziamenti collettivi.

4. Sull'estensione della sanzione per violazione della forma scritta nel caso di licenziamento collettivo

L'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 è certamente una norma molto sintetica, che si innesta sull'articolato sistema preesistente di rinvii e collegamenti fra fattispecie di licenziamento individuale e collettivo, sistema che la nuova norma non stravolge e sembra anzi volere confermare, se è vero che l'art. 10 richiama, innanzitutto, estendendone l'applicazione ai licenziamenti collettivi, il divieto di licenziamento senza forma scritta, divieto che appunto risulta dall'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, comma 1, ove la legge utilizza la formula licenziamento «intimato in forma orale».

Il rinnovo del divieto di licenziamento orale, effettuato all'interno di un'apposita disposizione dedicata ai licenziamenti collettivi, non è necessario, perché è indiscutibile che se la procedura di mobilità si conclude con un'effettiva riduzione del personale, il ridimensionamento dell'organico si scompone sul piano pratico in una pluralità di licenziamenti individuali, licenziamenti in relazione ai quali il datore di lavoro deve rispettare anche il divieto di licenziamento orale, inviando comunicazione scritta a ogni singolo lavoratore che intenda estromettere.

La regola che vieta il licenziamento operato a voce è espressione di un principio di civiltà che certamente non vi è ragione di disapplicare nel caso di licenziamento collettivo. Non vi è dubbio, infatti, che il divieto di licenziamento orale nulla ha a che fare con la dimensione della riduzione di

personale, e ha una valenza⁴ rispetto alla quale non valgono nemmeno i confini stabiliti dal d.lgs. n. 23/2015, individuati al fine di circoscriverne il campo di applicazione. Il licenziamento orale, del resto, è sanzionato anche se adottato a danno di un lavoratore appartenente alla categoria dirigenziale, perché in tale senso dispone la l. n. 108/1990, da tale circostanza risultando evidente la maggiore estensione dell'ambito di applicazione del divieto di licenziamento orale rispetto all'ambito di applicazione soggettiva del d.lgs. n. 23/2015, che, all'art. 1, primo comma, si riferisce a operai, impiegati e quadri, trascurando i dirigenti che pure possono essere destinatari di un licenziamento collettivo, come ha confermato la giurisprudenza della Corte di giustizia⁵ imponendo al legislatore italiano di adeguare a tale principio la l. n. 223/1991. Se, dunque, l'art. 10 non avesse precisato la sanzione per il licenziamento collettivo non comunicato ai lavoratori per iscritto, pochi avrebbero dubitato della inattitudine dell'atto a produrre effetti.

Invece – ed è questo il problema più significativo ai fini del ragionamento qui sviluppato – la scelta di ribadire il comando relativo alla necessaria forma scritta del licenziamento, indicando la sanzione applicabile, comporta un problema interpretativo, perché gli artt. 2 e 10 del d.lgs. n. 23/2015 utilizzano modalità espressive diverse: forma orale e assenza di forma scritta descrivono infatti la medesima situazione?

Per spiegare le ragioni del quesito è utile ricordare la formulazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015, che recita «in caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all'articolo 2 del presente decreto»: art. 2 che, regolando il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, dice che il regime della reintegrazione si applica appunto «anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale».

La questione che l'interprete si deve porre è, dunque, la seguente: a fronte di linguaggi evidentemente diversi, che non dovrebbero essere tali solo per esigenze stilistiche, il licenziamento collettivo intimato senza l'osservanza della forma scritta è proprio e soltanto il recesso posto in essere nei confronti

⁴ In relazione al divieto di licenziamento orale, è da chiedersi se sia conforme a Costituzione la regola che lo consente nelle ipotesi residuali di licenziamento *ad nutum*, dunque nei confronti di lavoratori in prova, di lavoratori domestici e di lavoratori ultrasessantenni con diritto alla pensione che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto. La questione è stata peraltro esaminata in epoca risalente dalla sentenza C. cost. 1° febbraio 1983, n. 15 (in *FI*, 1983, n. 11, 2674), che ha rigettato il dubbio in relazione al lavoratore pensionabile.

⁵ C. giust. 13 febbraio 2014, causa C-596/12, *Commissione europea c. Repubblica italiana*.

del singolo lavoratore con formula orale, o non è invece il licenziamento che non si collega a una procedura, o che si collega a una procedura viziata, in considerazione del fatto per cui il datore di lavoro non ha effettuato comunicazione scritta a tutti i soggetti titolari del diritto d'informazione, cioè agenti sindacali e autorità pubblica?

5. Omissione e incompletezza delle comunicazioni iniziali nei licenziamenti collettivi: regime sanzionatorio applicabile

Volere analizzare in modo critico la disposizione contenuta nell'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015, che si riferisce alla forma scritta del licenziamento, e domandarsi se sia riferibile alla violazione degli oneri d'informazione, può apparire un espediente retorico, addirittura una provocazione. Non si può tacere, infatti, la circostanza per cui l'art. 10, nella parte a seguire rispetto a quella sopra ricordata, prevede che «in caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, della legge n. 223» spetta al lavoratore un ristoro meramente economico, ragione per cui, si potrebbe sostenere, tutti i vizi relativi alla procedura, dal difetto delle comunicazioni iniziali, al difetto delle comunicazioni finali, sono disciplinati nella norma, norma che prevede un regime più favorevole al datore di lavoro, rispetto a quanto previsto dalla l. n. 223/1991, e che evidenzia un atteggiamento certamente meno rispettoso del ruolo degli agenti sindacali nei processi di riduzione del personale, coerentemente con l'approccio sopra ricordato in tema di potere di modifica unilaterale delle mansioni del lavoratore.

La disciplina introdotta dal comma 12, dell'art. 4, della l. n. 223/1991, ancora applicabile ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, aveva infatti previsto, sulla base di una scelta regolativa invece più severa, che, nel caso d'omessa o carente comunicazione ai destinatari delle informazioni iniziali, il licenziamento dovesse essere considerato inefficace.

Confrontato con tale regime, l'art. 10 starebbe, dunque, a indicare un preciso cambiamento di rotta: l'affievolimento delle sanzioni in ogni ipotesi di violazione della procedura di consultazione sindacale. La legge avrebbe cioè introdotto, per i soli neo assunti, nuove sanzioni applicabili in ogni caso e pertanto anche in relazione a violazioni attinenti al profilo sindacale, assorbendo nel profilo della violazione della procedura anche, ovviamente, la violazione degli obblighi iniziali di comunicazione delle informazioni sui programmati licenziamenti.

Tale conclusione non è però necessaria, perché non è escluso che la formulazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 possa consentire di ricondurre i casi di omessa o carente informazione all'interno della fattispecie "inosservanza della forma scritta", piuttosto che all'interno della «violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12» che comporta obbligo di ristoro meramente economico.

È intuibile che le due diverse opzioni interpretative hanno un impatto significativo sul piano pratico e, dal punto di vista teorico, esse dimostrano un approccio totalmente diverso circa la funzione del sindacato nelle procedure di riduzione del personale; sindacato che, nel regime successivo all'entrata in vigore della l. n. 92/2012 ha acquisito financo il potere di sanare i vizi del licenziamento connessi a omessa o carente informazione iniziale.

La formulazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015, ove interpretata nel senso di accomunare le conseguenze delle violazioni procedurali con l'omissione delle comunicazioni iniziali in una sanzione meramente economica, proietta però significativi dubbi anche sull'utilità di tale accordo, posto che l'accordo sia ancora ammissibile nel sistema delineato dal *Jobs Act*. Infatti, nel nuovo sistema sanzionatorio, l'accordo sanante non solo sarebbe affidato a un sindacato che, con l'andata a pieno regime della riforma, non potrebbe certo porre sul piatto della bilancia l'ampliamento del potere direttivo in materia di mansioni, ma avrebbe comunque l'effetto di eliminare l'obbligo di pagamento dell'indennità risarcitoria prevista a favore dei lavoratori in caso di violazione della procedura, apparendo dunque poco attraente, per diverse ragioni, per entrambi i soggetti legittimati alla stipulazione.

6. L'accordo con efficacia sanante dei vizi procedurali e il nuovo regime delle sanzioni per i licenziamenti collettivi

La norma al quale risale la previsione della facoltà attribuita alle organizzazioni sindacali e al datore di lavoro di sanare i difetti d'informazione risalenti alla fase iniziale della procedura in materia di licenziamenti collettivi è l'art. 4, comma 12, della l. n. 223/1991, cioè la norma che prima del d.lgs. n. 23/2015 individuava le sanzioni da applicare per i casi di violazione delle regole poste a garanzia della partecipazione sindacale nei processi di riduzione del personale. All'interno di tale disposizione, tuttora in vigore per i rapporti di lavoro stipulati prima del *Jobs Act*, è anche prevista, unitamente alla

sanzione per omissione d'informazioni, la specifica facoltà di sanatoria a favore soggetti coinvolti nella procedura di consultazione⁶.

È però chiaro che la regola sulla facoltà di sanatoria non è stata ribadita all'interno dell'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015. Non è chiaro perciò se tale regola sia ancora vigente o se la disciplina dettata dall'art. 10 debba ritenersi incompatibile con la precedente disposizione sull'efficacia sanante dell'accordo sindacale, disposizione che sarebbe stata pertanto implicitamente abrogata dall'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015, ancorché solo per gli assunti successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo stesso. Come si è detto, comunque l'accordo sanante sembra perdere di gran parte della propria rilevanza pratica se la violazione degli obblighi iniziali d'informazione comporta il mero obbligo di corrispondere al lavoratore un indennizzo economico, laddove in aggiunta il datore di lavoro non ha necessità di ottenere l'assenso sindacale per modificare unilateralmente le mansioni dei lavoratori in occasione di un processo di riorganizzazione del lavoro.

È indubbio però che l'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 non fornisce indicazioni univoche circa le conclusioni alle quali approdare in relazione alla sanzione applicabile per il caso di omessa o carente informazione iniziale, e da tale circostanza conseguono dubbi sull'ammissibilità e rilevanza dell'accordo sanante nell'ambito di applicazione del nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti collettivi. Dalla formulazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015, che ha ad oggetto le sanzioni per il caso di licenziamento intimato «senza l'osservanza della forma scritta», caso forse diverso e autonomo rispetto al licenziamento intimato in forma orale, deriva cioè incertezza, non solo circa la sanzione alla quale assoggettare i casi in cui il datore di lavoro non abbia ottemperato agli oneri d'informazione, ma derivano incertezze anche circa la possibilità per le organizzazioni sindacali di sanare i difetti della comunicazione tramite un successivo accordo: in buona sostanza vi è incertezza in ordine all'applicabilità di parte dell'art. 12, comma 4, della l. n. 223/1991 ai lavoratori di nuova assunzione.

⁶ Sul profilo dell'accordo sanante, e sulla riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti collettivi operata dalla l. n. 92/2012 mi permetto di rinviare ad A. TOPO, *I licenziamenti collettivi*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014, 255 ss.

7. Il ruolo della procedura sindacale a seguito della rimodulazione delle sanzioni per i licenziamenti collettivi

Gli scenari che possono essere ipotizzati, a seguito della riforma legislativa applicabile ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, data d'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, sono pertanto diversi. Un primo scenario vede l'omissione delle informazioni destinate alla rappresentanze sindacali, e all'autorità amministrativa, sanzionata solo sul piano economico col pagamento al lavoratore di un'indennità commisurata all'anzianità di servizio. Tale soluzione è conseguenza dell'interpretazione per cui l'inosservanza della forma scritta, alla quale si riferisce l'art. 10, equivale a forma "orale". Ovviamente, nel nuovo regime, le organizzazioni sindacali possono tutelare la lesione al proprio diritto d'informazione esercitando l'azione di repressione della condotta antisindacale. L'esercizio dell'azione *ex art.* 28 della l. n. 300/1970 non sembra però potere comportare la rimozione degli effetti della mancata comunicazione, fino al punto d'imporre la riassunzione dei lavoratori estromessi senza osservanza dell'obbligo di comunicazione, perché la legge determina in modo la sanzione per la violazione dell'obbligo specifico facendola chiaramente consistere in un indennizzo economico. Il giudice non sembrerebbe potere quindi imporre una sanzione atipica in presenza di una norma che, in relazione alla violazione, individua espressamente la sanzione applicabile.

La diversa soluzione, coerente con la qualificazione dell'omessa informazione alle organizzazioni sindacali e all'autorità amministrativa nei termini di "intimazione senza forma scritta", vedrebbe, invece, il recesso individuale colpito da inefficacia, a causa del grave vizio conseguente alla mancata o insufficiente comunicazione ai soggetti sindacali e all'autorità amministrativa. Il dubbio che si profila al termine del ragionamento sta, dunque, nella necessità di indicare quale delle alternative indicate come plausibili sia coerente con la legge delega e con il testo del d.lgs. n. 23/2015, nonché con le altre fonti che disciplinano la materia dei licenziamenti collettivi. Non è però agevole formulare una soluzione.

La previsione, ad opera della l. n. 183/2014⁷, di ipotesi residuali in relazione alle quali permane il diritto alla reintegrazione, ipotesi fra le quali casi di nullità del licenziamento, potrebbe fare propendere per la soluzione secondo la quale l'omessa comunicazione alle organizzazioni sindacali darebbe diritto alla reintegrazione. L'omessa comunicazione concretizzando violazione di

⁷ Cfr. art. 1, comma 7, lett. c, l. n. 183/2014.

norma imperativa, norma adottata fra l'altro in applicazione di un principio di origine comunitaria, norma quindi dotata di particolare resistenza nei confronti delle politiche di livello nazionale adottate dagli stati membri dell'Unione europea, darebbe quindi diritto alla reintegrazione.

Non si può però tacere che l'applicazione della regola della nullità ad opera del d.lgs. n. 23/2015 è però restrittiva. Infatti, l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 riconosce il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro, nei casi di «nullità espressamente previsti dalla legge», e dunque non nei casi «virtuali» di nullità, cioè non nei casi genericamente dipendenti da contrarietà a norma imperativa e sanzionabili in applicazione dell'art. 1418 c.c. Coerenza con il testo della norma imporrebbe, dunque, di individuare la sanzione per la violazione degli oneri di informazione sindacale all'interno di uno dei casi speciali di nullità previsti dalla legge, circostanza che non sembra possibile, a meno che non si ritorni al punto di partenza suggerito, interpretando cioè la formula «senza l'osservanza della forma scritta» contenuta nell'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 come riferibile anche al caso di omessa o carente informazione agli agenti sindacali.

In conclusione, legge delega e norme delegate appaiono ambigue sotto i profili indicati e non supportano argomenti per accogliere o respingere con totale sicurezza alcuna delle soluzioni formulate circa il regime sanzionatorio applicabile nel caso di mancata informazione sindacale.

8. Equivalenza fra difetto di procedura e difetto di forma

L'incertezza, che deriva dalla lettura combinata della l. n. 183/2014 e del d.lgs. n. 23/2015, impone di cercare altri principi dai quali trarre ispirazione per individuare la sanzione applicabile in caso di licenziamento effettuato senza l'assolvimento degli oneri di informazioni, previsti a carico del datore di lavoro e a favore degli interlocutori sindacali. L'osservazione che, forse, può guidare l'interprete sul punto è dunque la seguente: il licenziamento adottato in assenza di comunicazione alle organizzazioni sindacali appare davvero *inesistente*, così come è sfuggente, inafferrabile, per il lavoratore, il licenziamento individuale intimato in forma orale.

Il licenziamento individuale, adottato senza procedura sindacale, o a seguito di procedura conseguente a incomplete o non veritiere informazioni, non lascia traccia della propria specifica identità, perché informazione, ed eventuale successiva consultazione sindacale, forniscono sostanza alla fattispecie. Il confronto con l'interlocutore sindacale, nel quale prende consistenza l'onere di

motivazione del recesso, altrimenti non conoscibile, è il segno identificativo dei licenziamenti collettivi e non può mancare.

Contro questa presa di posizione radicale è possibile obiettare che, nel sistema sanzionatorio dei licenziamenti individuali delineato dal d.lgs. n. 23/2015, all'art. 4, il difetto di comunicazione della motivazione non inficia la validità dell'atto che infatti produce comunque effetto estintivo. Parallelamente, il difetto di comunicazione delle ragioni dei licenziamenti collettivi non invalida il recesso, e comporta solo un obbligo di ristoro economico per equivalente. Vi è dunque piena specularità nelle soluzioni delineate dalla legge in relazione ai piani individuale e collettivo del licenziamento, vi è un parallelismo che sembra alludere a una sistemazione ordinata della materia dei licenziamenti, laddove appaiono invece confuse situazioni diverse.

Certamente è necessario convenire sul fatto per cui la legge può regolare in modo discrezionale le sanzioni in materia di licenziamento illegittimo: le sanzioni devono essere deterrenti, ma il diritto alla reintegrazione non è l'unico strumento deterrente in materia⁸.

Appare però anche evidente che la sanzione più rigorosa meglio si adatta a garantire la funzione definitoria della fattispecie assegnata dalla legge nazionale e dal diritto comunitario⁹ alla comunicazione iniziale rivolta alle organizzazioni sindacali, comunicazione destinata a fornire materia prima per lo svolgimento della procedura¹⁰. La legge in materia di licenziamenti collettivi è infatti solo un "semilavorato"¹¹, destinato a essere reso completo solo dall'esercizio dell'autonomia collettiva.

⁸ Come ha spiegato C. cost. 6 febbraio 2003, n. 41.

⁹ Direttiva del Consiglio 98/59/CE. Sul ruolo delle procedure sindacali nell'equilibrio della fattispecie delineata dal diritto comunitario si veda C. giust. 8 giugno 1994, causa C-383/92 *Commissione delle Comunità europee c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, e C. giust. 8 giugno 1994, causa C-382/1992, *Commissione delle Comunità europee c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*. In materia si veda anche A. TOPO, *op. cit.*; A. SITZIA, [I licenziamenti collettivi dopo la riforma 2012 alla luce della direttiva n.98/59/CE](#), in [www.unikore.it](#).

Sul problema della deterrenza delle sanzioni in materia di licenziamento collettivo si veda H. COLLINS, K.D. EWING, A. MCCOLGAN, *Labour Law*, Cambridge University Press, 2012, 621 ss. Nello stesso senso, in relazione al *Jobs Act* in commento, si veda V. SPEZIALE, [Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti di lavoro e altre discipline del rapporto di lavoro](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 233.

¹⁰ Sul punto si veda G. NATULLO, *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (legge n. 92/2012)*, in *DRI*, 2014, n. 4, 933-934.

¹¹ M. D'ANTONA, *Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/1991*, in *FI*, 1993, n. 6, 2027.

Appare dunque più coerente, rispetto alla ricostruzione della fattispecie interpretata nel rispetto del diritto comunitario, e in ragione anche dell'incertezza del dato normativo di partenza, parificare la mancata comunicazione delle ragioni dei licenziamenti al licenziamento individuale orale, e dedurre da tale soluzione la necessità di riconoscere al lavoratore il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro.

9. La sanzione per la violazione dei criteri di scelta

L'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 modifica il precedente regime, dettato dalla l. n. 223/1991, anche sotto altro profilo, dato che ridimensiona il regime sanzionatorio in caso di violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da estromettere. Se, dunque, fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, la violazione dei criteri di scelta, comportava il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, ora tale soluzione non è più prevista per gli assunti successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015. Le generazioni di nuovi assunti, nell'ipotesi di licenziamento collettivo attuato con violazione dei criteri di scelta avranno diritto a un'indennità, nella misura pari a 2 mensilità di retribuzione per gli anni di servizio reso, con un minimo di 4 e un massimo di 24 mensilità¹².

La scelta rispecchia pedissequamente la soluzione adottata in caso di licenziamento per giustificato motivo, e ribadisce l'esclusione della reintegrazione a fronte di vizi reputati minori, quali il difetto di coerenza o ragionevolezza nell'individuazione del soggetto destinatario di una strategia gestionale che abbia comportato riduzione di organico.

Peraltro, la sanzione per la violazione dei criteri di scelta, non riguarda solo la violazione del criterio tecnico, ma anche quella degli altri criteri quali i carichi di famiglia, e l'anzianità, o comunque la violazione dei criteri negoziati con i sindacati.

La trasformazione della sanzione da sanzione in forma specifica a risarcimento per equivalente, ancorché determinato in misura forfettaria, conferma però l'obbligo del datore di lavoro di adottare regole di scelta dei lavoratori da espellere, regole fra le quali – ineliminabile – il criterio tecnico che implica il rispetto della regola di coerenza o di ragionevolezza fra atto l'risolutivo e le ragioni dichiarate del licenziamento.

¹² Cfr. art. 3, primo comma, del d.lgs. n. 23/2015, richiamato dall'art. 10, secondo periodo.

Tale circostanza dimostra, quindi, come nel licenziamento collettivo, il datore di lavoro, per quanto libero di effettuare scelte strategiche, debba dare evidenza alla coerenza, e cioè alla consequenzialità delle scelte operate rispetto alle premesse dichiarate, essendo l'applicazione di tale regola uno strumento – forse il più consolidato nella pratica giurisprudenziale – rispetto al fine di evitare il rischio di arbitrio da parte del datore di lavoro.

Se il regime protettivo in caso di licenziamento collettivo si basa sul rispetto di regole di coerenza gestionale, regole che presuppongono la dichiarazione delle scelte poste a monte dell'atto di recesso, è altrettanto evidente che senza la dichiarazione delle scelte gestionali, il meccanismo sanzionatorio non funziona, e si riduce a un meccanismo d'indennizzo assistenziale caratterizzato dal pagamento di un'indennità proporzionata alla durata del rapporto, rapporto che può estinguersi per qualsiasi ragione, anche non collegata alla riduzione del personale.

Se, infatti, in caso di licenziamento per riduzione del personale, le ragioni, sulle quali basare il giudizio di coerenza tecnica, sono individuate con la comunicazione destinata alle organizzazioni sindacali e all'autorità amministrativa, l'assolvimento degli obblighi di comunicazione circa le ragioni del licenziamento è essenziale, e l'assolvimento di tali obblighi è necessario proprio per garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona. Infatti le fonti internazionali¹³ pongono l'accento proprio sul diritto all'informazione circa le ragioni del licenziamento quale presupposto logico, e dunque normativo, del diritto individuale del lavoratore a non subire un licenziamento ingiustificato. L'indebolimento dei diritti di informazione sindacale nei processi di riduzione del personale, indebolimento che consegue al sostanziale ridimensionamento delle sanzioni, minando radicalmente la struttura della fattispecie, rende però il principio di giustificazione del licenziamento una ben povera apparenza. Tala circostanza potrebbe dunque evidenziare profili di incompatibilità fra il nuovo regime dei licenziamenti collettivi e i principi dettati da fonti sovranazionali, che attribuiscono rilevanza alla necessaria giustificazione del licenziamento quale strumento per la tutela della dignità della persona.

¹³ Art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2007; art. 24 della Carta sociale europea del 1996.

Articolo 11
Rito applicabile

1. Ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge 28 giugno 2012, n. 92.

Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti

di Domenico Borghesi

Sommario: 1. L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari. – 2. Altre due norme processuali. – 3. L'offerta di conciliazione. – 4. L'applicazione del rito "ordinario" del lavoro. – 5. L'abolizione del tentativo di conciliazione obbligatorio e preventivo nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

1. L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari

Il comma 1 dell'art. 3 del d.lgs. 3 marzo 2015, n. 23, attuativo della l. n. 183/2014, che disciplina il contratto di lavoro a tutele crescenti, prevede che, nel caso in cui «non ricorrono gli estremi» del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, il giudice condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria. Il comma 2 della stessa norma, invece, stabilisce che, negli stessi casi, qualora «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 reintegra.

La disposizione sostituisce l'art. 18, comma 4, Stat. lav. nella versione novellata dalla legge Fornero, secondo il cui tenore il giudice ordina la reintegra «nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, per insussistenza del fatto materiale».

In primo piano vi è quindi la volontà di eliminare le ambiguità che caratterizzano il testo della legge Fornero, chiarendo che ad essere determinante è «il fatto materiale», esclusa «ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». E sino a qui non vi sarebbe che da prendere

atto della continuità tra il nuovo e il vecchio testo, con la sentenza 6 novembre 2014, n. 23669, della Corte di cassazione a fare da filo conduttore, avendo già tratto le debite conseguenze dalla «distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione».

Tuttavia se si esamina più da vicino la formulazione dell'art. 3, comma 2, si ha l'impressione che il legislatore abbia voluto andare oltre l'assetto creato dal vecchio art. 18, comma 4, applicato secondo l'interpretazione datane dalla Corte di cassazione, per spingersi sino ad incrinare il generale principio sull'onere della prova in materia di licenziamenti enunciato dall'art. 2, comma 5, della l. n. 604/1966.

In effetti, mentre il licenziamento illegittimo per qualsiasi motivo è sanzionato con l'indennità risarcitoria, sembra che la reintegra scatti solo quando è «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale».

La prima impressione è quindi che l'insussistenza del fatto materiale, quando è il risultato del mancato assolvimento dell'onere della prova da parte del datore di lavoro, determini il solo risarcimento del danno, mentre quando è «direttamente dimostrata in giudizio» comporti la reintegra. Con il corollario che la dimostrazione, in quanto diretta, deve essere fornita dal lavoratore.

E che questa non sia una semplice suggestione, ma una sorta di interpretazione ufficiale dell'art. 3, comma 2, si desume dalla Relazione illustrativa del d.lgs. n. 23/2015, la quale si esprime in questi termini: «Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (unica fattispecie di licenziamento per motivo soggettivo o giusta causa per cui può scattare la tutela reintegratoria) è in capo al lavoratore».

A me pare che l'interpretazione di cui sopra, pur trovando un innegabile appiglio nella formulazione letterale dell'art. 3, comma 2, presenti vistosi aspetti di illegittimità costituzionale.

Il problema non è tanto quello di stabilire se sia ammissibile che una delle parti si veda addossato l'onere di provare un fatto negativo. È infatti noto che la Corte di cassazione è costante nel ritenere che «l'onere della prova gravante su chi agisce o resiste in giudizio non subisce deroghe nemmeno quando abbia ad oggetto fatti negativi» e che «la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario o anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo» (Cass. 5 febbraio 2015, n. 2137, nonché Cass. 13 giugno 2013, n. 14854).

Tuttavia, applicando al nostro caso lo schema tracciato dalla Cassazione, ne deriverebbe che, per passare dal risarcimento alla reintegra, il lavoratore non

potrebbe avvalersi della mancata prova del fatto posto a base del licenziamento, ma dovrebbe essere lui a fornire la prova di un fatto contrario o ad offrire presunzioni dalle quali sia desumibile il fatto negativo.

È appena il caso di notare che in questo modo si accollerebbe al lavoratore una *probatio diabolica* e non si terrebbe nella dovuta considerazione il fatto che la regola sul riparto dell'onere probatorio «deve tenere conto anche del principio – riconducibile all'art. 24 cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio – della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova» (Cass. 6 giugno 2012, n. 9099). Insomma se si dovesse ritenere che l'art. 3, comma 2, per consentire l'accesso alla reintegrazione, ha imposto al lavoratore un'asticella talmente alta da renderne impossibile il superamento, bisognerebbe anche concludere che gli ha riconosciuto un diritto il cui esercizio è eccessivamente difficile e che, quindi, è destinato a vivere solo sulla carta. Tanto più che il soggetto per il quale è più agevole fornire la prova, per «riferibilità o vicinanza o disponibilità» è proprio il datore di lavoro. Con la conseguenza che una simile interpretazione porterebbe inevitabilmente ad una dichiarazione di incostituzionalità per contrarietà al comma 2 dell'art. 24 Cost., se non al comma 1, dato che in questo caso si potrebbe ben dire che il diritto riconosciuto al lavoratore è una pura illusione ottica, non essendo materialmente possibile farlo valere.

Per evitare di dare dell'art. 3, comma 2, un'applicazione palesemente incostituzionale, è meglio optare per un'interpretazione costituzionalmente orientata, che non è forse la più consonante con il testo, ma che non è neppure incompatibile con la sua formulazione letterale. Infatti, per un verso, è in sintonia con il principio enunciato dall'art. 2, comma 5, l. n. 604/1966, secondo il quale l'onere di provare il fatto posto a base del licenziamento incombe sul datore di lavoro. Per altro verso, non si pone in contrasto con il comma 1 dello stesso art. 3, nel quale si fa generico riferimento alla non ricorrenza degli estremi del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, senza menzionare il fatto materiale, il quale può quindi ritenersi ricompreso tra tali estremi.

Se si segue il ragionamento sopra riassunto, si può sensatamente concludere che la tutela reale si applica quando è insussistente, perché non provato, il fatto posto a base del licenziamento, mentre la tutela risarcitoria ricorre in tutti gli altri casi di illegittimità del licenziamento.

2. Altre due norme processuali

Il menzionato d.lgs. n. 23/2015 contiene altre due norme che introducono innovazioni appartenenti al campo processuale o rientranti nei suoi immediati dintorni. Intendo riferirmi all'art. 6, che sembra prevedere un nuovo tipo di conciliazione e all'art. 11 che esclude l'applicazione del rito disciplinato dai commi 48-68 dell'art. 1, l. n. 92/2012, ai licenziamenti intimati ai lavoratori assunti con il nuovo contratto. Entrambe le norme si riferiscono non solo ai licenziamenti la cui illegittimità è sanzionata con il pagamento di un'indennità monetaria, ma anche a quelli discriminatori o affetti da altri casi di nullità o inefficaci perché intimati in forma orale o privi di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore (art. 2) o rispetto ai quali sia accertata l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore come giusta causa o giustificato motivo soggettivo, i quali, oltre ad essere sanzionati con il risarcimento del danno, lo sono anche con la reintegra.

Se ci si interroga su quale sia la *ratio* delle disposizioni di cui si è appena fatto cenno, la risposta non può che essere perplessa con riferimento sia all'art. 6 che all'art. 11 del decreto. Nel primo caso le misure previste per incentivare la conciliazione hanno probabilità di successo se riferite ai licenziamenti sanzionati con la sola indennità risarcitoria, dato che, qualunque sia la modalità di soluzione della controversia, il lavoratore non può che aspirare ad una somma di danaro. Cosa questa che facilita il calcolo di convenienza che le parti devono fare quando si tratta di scegliere tra la transazione e la pronuncia del giudice.

Soprattutto, per questa via si mette, di fatto, a carico dello Stato una parte della somma erogata dal datore di lavoro (la differenza netto/lordo che quasi sempre rende più faticose le trattative).

Molto meno efficace si prospetta l'incentivo previsto dall'art. 6 se riferito ai licenziamenti il cui annullamento comporta la reintegra. È infatti chiaro che, quando su di un piatto della bilancia c'è il posto di lavoro e sull'altro una somma di denaro, gli incentivi alla soluzione monetaria, qualunque ne sia l'ammontare, perdono molto del loro *appeal*.

Considerazioni più o meno analoghe valgono per l'esenzione dal rito Fornero delle cause relative ai licenziamenti intimati ai lavoratori titolari del nuovo contratto a tutele crescenti. Anche questa previsione avrebbe una sua coerenza se l'abolizione della corsia privilegiata riguardasse solo i licenziamenti sanzionati con l'indennità risarcitoria, mantenendola invece quando è in gioco la reintegra. Dato che invece l'art. 11 si riferisce ad entrambi, è difficile comprendere quale sia la *ratio* della riconduzione di tutti i licenziamenti

intimati a lavoratori titolari di contratti a tutele crescenti nell'alveo della "ordinaria" tutela dei rapporti di lavoro.

Ci si potrebbe accontentare della considerazione secondo la quale l'ambiguità di cui si è detto è speculare a quella che caratterizza l'ambito di applicazione del rito Fornero. Infatti, così come nel primo caso il legislatore ha inserito nella corsia preferenziale anche alcune controversie a contenuto puramente risarcitorio, nel secondo ha escluso da tale corsia anche le cause che hanno ad oggetto la reintegrazione. Resta comunque il fatto che non si capisce per quale motivo siano state escluse dal rito più veloce anche quelle controversie che più delle altre avrebbero bisogno di pervenire in tempi rapidi ad una pronuncia produttiva di effetti. Quelli cioè che, avendo come oggetto la reintegra, se proiettate nei tempi lunghi che oggi caratterizzano il processo a cognizione piena, espongono il datore di lavoro a sopportare il rischio di dover risarcire un danno abnorme fatto lievitare proprio dall'eccessiva durata del processo.

Per non fare della dietrologia a buon mercato penso si debba escludere che dal d.lgs. n. 23/2015 trapeli la volontà di privare i nuovi assunti della tutela processuale privilegiata perché già sono meno garantiti dal punto di vista sostanziale, conservando invece la situazione così com'è per i lavoratori già in forza, come se il privilegio processuale fosse un ammennicolo di quello sostanziale.

Meglio concludere che il legislatore delegato, come alcuni auspicavano, ha iniziato a percorrere a ritroso il cammino iniziato con l'istituzione nel 2010 di un rito speciale per i licenziamenti, se non proprio abrogandolo *in toto*, mettendolo su di un binario morto nel quale continuerà a sopravvivere sino a che ci saranno licenziamenti governati dal vecchio sistema. Salvo un intervento del legislatore che decreti l'abrogazione immediata del rito Fornero e la sua traslazione nel cimitero dove giace il processo societario.

Di un tale intervento, del resto, non ci sarebbe da dispiacersi più di tanto, dato che il rito Fornero è una costruzione barocca che costa, in termini di complicazioni procedurali, più di quanto rende in termini di riduzione dei tempi necessari per avere una pronuncia definitiva. Tuttavia, se questo è il trend (e personalmente me lo auguro), l'opera va completata creando, per le cause aventi ad oggetto la reintegra, una corsia preferenziale all'interno del rito ordinario del lavoro. Cosa questa che si può ottenere senza neppure toccare le norme di procedura o sfiorandole appena.

3. L'offerta di conciliazione

L'espressione «ferma restando la possibilità per le parti di addivenire ad ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge» farebbe pensare che quella introdotta dall'art. 6 sia una nuova modalità di conciliazione. Diversamente non si spiegherebbe l'uso del termine "altra". In realtà, se si esamina il nuovo meccanismo più da vicino, ci si accorge che le cose non stanno esattamente in questi termini. Infatti l'offerta del datore di lavoro cui allude la norma in commento deve essere fatta «in una delle sedi di cui all'art. 2113, comma 4, c.c.» o all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003. La qual cosa significa che, se si vuole percorrere la strada indicata dall'art. 6, bisogna necessariamente attivare uno dei percorsi di conciliazione già esistenti cui si deve ricorrere per rendere la transazione inoppugnabile. In questo ordine di idee non si deve necessariamente dare per scontato che il termine di 60 giorni dal licenziamento, entro il quale formulare l'offerta, sia perentorio. Non a caso l'art. 6 non usa l'espressione "a pena di decadenza". Per di più un'interpretazione più rigorosa limiterebbe in maniera irrazionale la possibilità di accedere allo sgravio fiscale, escludendo tutti i casi nei quali l'offerta, più che di un impulso repentino del datore di lavoro, è frutto di una vera e propria trattativa.

Quindi, più che di una nuova tipologia di conciliazione riservata ai licenziamenti dei lavoratori titolari del contratto a tutele crescenti, quella in esame è una modalità che si colloca all'interno delle usuali procedure conciliative e che si segnala soprattutto per gli sgravi fiscali e contributivi che la caratterizzano. Infatti non si può certo dire che l'offerta/accettazione dell'assegno circolare, unica formalità espressamente prevista, sia particolarmente significativa, se non come dimostrazione della serietà delle intenzioni del datore di lavoro, il quale è tenuto a fare una vera e propria offerta reale.

E che lo sgravio fiscale e contributivo sia la chiave di volta della nuova conciliazione è dimostrato dal fatto che l'art. 6 fissa un limite all'indennità, costituito da una mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità, con un minimo di 2 mensilità e un massimo di 18. Limite che non coincide con quello stabilito dall'art. 3, che si riferisce all'indennità che può essere determinata dal giudice e che è pari a 2 mensilità per ogni anno di servizio, con un minimo di 4 e un massimo di 24 mensilità.

La segnalata non coincidenza non significa che il datore di lavoro non possa offrire al lavoratore una somma maggiore di quella stabilita dall'art. 6, ma che

tale somma è libera da carichi fiscali solo fino ai limiti previsti dallo stesso art. 6. Dico solo fiscali perché quelli contributivi sono già esclusi dall'art. 3.

Lo sgravio del quale gode l'indennità in questione spiega anche l'evidente tentativo del legislatore di rendere conveniente per le parti la transazione, senza peraltro gravare troppo sulle casse dello Stato. E il punto di equilibrio tra le due opposte esigenze è raggiunto non tanto tramite la fissazione del limite massimo delle 18 mensilità, quanto attraverso il vincolo ben più stringente della mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio. Mi pare infatti che ognuno dei due vincoli operi in modo autonomo, nel senso che se il lavoratore, ad esempio, ha un'anzianità di 5 anni, le mensilità "esenti" non possono essere più di 5 e che quindi il limite massimo delle 18 mensilità valga solo per chi ha un'anzianità superiore ai 18 anni.

Prima di concludere sul punto giova forse sottolineare che l'art. 6, comma 1, ultimo periodo stabilisce che «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». La disposizione è ovvia e probabilmente se ne sarebbe potuto anche fare a meno. Tuttavia la si può interpretare come un ammonimento rivolto alle parti di non fare un uso improprio degli sgravi fiscali spacciando per indennità risarcitoria voci che hanno invece natura retributiva. In ogni caso, se ce ne fosse bisogno, servirebbe a dimostrare che la conciliazione *de qua* non è riservata al solo licenziamento, ma può applicarsi anche a controversie di carattere retributivo.

4. L'applicazione del rito "ordinario" del lavoro

Della laconica disposizione contenuta nell'art. 11, con la quale si scandisce l'attribuzione dei licenziamenti intimati ai lavoratori titolari dei nuovi contratti a tutele crescenti al vecchio rito del lavoro, già si è detto, così come si è detto che i licenziamenti di cui si tratta sono sia quelli alla cui illegittimità consegue il risarcimento del danno, sia quelli che sono sanzionati con la reintegra.

Una prima conseguenza dell'innovazione legislativa è che, venendo meno la fase sommaria che funge da necessaria premessa al rito Fornero, si espande notevolmente la possibilità di ricorrere ai provvedimenti d'urgenza in funzione anticipatoria rispetto alla pronuncia di reintegra. È stato infatti giustamente notato che, sotto il regime Fornero, il ricorso all'art. 700 c.p.c., pur non potendo essere escluso a priori, diventa a dir poco difficile da coniugare con il danno grave e irreparabile, data la difficoltà di prospettarlo nonostante i tempi rapidissimi della fase sommaria.

D'altra parte, non si può neppure escludere che, sia pure in casi estremi, il particolare *periculum* richiesto dall'art. 700 c.p.c. ricorra anche nel caso in cui il licenziamento sia sanzionato con l'indennità risarcitoria. Basti pensare ai casi in cui la situazione soggettiva del lavoratore sia tale da non consentirgli di attendere i tempi necessariamente lunghi imposti dalla cognizione piena per ottenere un titolo esecutivo.

Di un'espansione analoga a quella che riguarda i provvedimenti d'urgenza si può parlare a proposito dell'ordinanza di reintegra del sindacalista interno illegittimamente licenziato disciplinata dagli ultimi quattro commi dell'art. 18 Stat. lav. Tale ordinanza infatti non è stata abrogata dal rito Fornero, né è con esso del tutto incompatibile. Tuttavia la sua applicazione è residuale, perché ha senso emanarla solo se non si ritiene che l'*astreinte* prevista dall'ultimo comma dell'art. 18 Stat. lav. non possa essere ricollegata all'ordinanza che conclude la fase sommaria del rito Fornero.

Anche se il campo di applicazione dell'art. 1 del decreto in esame sembrerebbe tracciato in maniera sufficientemente chiara, è prevedibile che si creino interferenze tra il vecchio e il nuovo regime, nel senso che cause da trattare con il rito Fornero siano iniziate con quello ordinario o viceversa. In questi casi, dato che per giurisprudenza abbastanza pacifica il rito Fornero è obbligatorio e che la legge non dice quali siano le conseguenze dell'erronea individuazione del rito, c'è una minoranza che ritiene la domanda proposta in modo sbagliato inammissibile e una maggioranza che considera possibile il mutamento del rito, ai sensi degli artt. 426 e 427 c.p.c. o dell'art. 4 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

Un altro problema che viene sdrammatizzato dalla riconduzione dei licenziamenti intimati ai titolari di contratti a tutela progressiva alla procedura prevista dagli artt. 409 ss. c.p.c. è quello dei licenziamenti discriminatori, i quali rappresentano una *species* del *genus* costituito dagli atti discriminatori, ai quali la legge riserva un rito caratterizzato da notevoli aspetti di specialità. Mi riferisco in particolare agli artt. 36 e 37 del d.lgs. n. 198/2006, nel testo modificato dal d.lgs. n. 5/2010, in materia di discriminazioni in ragione del sesso, all'art. 43, comma 2, lett. e, del d.lgs. n. 286/1998, in materia di discriminazioni in ragione dell'appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa o ad una cittadinanza, al d.lgs. n. 215/2003 in materia di discriminazioni in ragione della razza e dell'origine etnica, e al d.lgs. n. 216/2003 in materia di discriminazioni in ragione della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età e dell'orientamento sessuale. È infatti chiaro che i procedimenti speciali previsti dalle leggi sopra elencate, essendo facoltativi e non concorrendo più con un

rito speciale obbligatorio, possono essere adottati, al posto del rito “ordinario” del lavoro, solo che l’attore ne faccia richiesta. E non si può neppure escludere che le norme dettate nei procedimenti speciali contro le discriminazioni, in materia di prova statistica e di *astreinte*, siano applicabili anche nell’ambito del processo “ordinario” di lavoro.

5. L’abolizione del tentativo di conciliazione obbligatorio e preventivo nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo

Per concludere una considerazione a sé merita l’art. 3, comma 3, del d.lgs. n. 23/2015 nel quale è previsto che ai licenziamenti di cui all’art. 1 non si applica la procedura di conciliazione preventiva e necessaria prevista dall’art. 7 della l. n. 604/1966, riformulato dall’art. 1, comma 4, della l. n. 92/2012.

Anche a questo proposito bisogna dire che non è chiarissimo il motivo che sta alla base dell’abrogazione di un meccanismo il cui fine è quello di incentivare la conciliazione quando il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è annunciato, ma non ancora intimato, facendo leva sul fatto che il lavoratore sa che, anche andando davanti al giudice, non potrà avere altro che una somma di denaro.

Anzi, a prima vista i motivi che hanno spinto il legislatore ad introdurre l’istituto nel non lontano 2012 sembrerebbero sussistere anche (e a maggior ragione) nel nuovo assetto creato con i contratti a tutele crescenti, che allargano l’area della tutela obbligatoria.

Probabilmente il legislatore delegato ha ritenuto utile omogeneizzare, anche dal punto di vista dei meccanismi di conciliazione, tutti i licenziamenti tutelati con l’indennità risarcitoria, indipendentemente dal fatto che siano basati su giusta causa o su giustificato motivo. E per raggiungere questo obiettivo ha ritenuto di puntare tutto su di un sistema di conciliazione che abbandona la velleità di agire in prevenzione, ma ha dalla sua l’attrattiva dell’incentivo fiscale.

Il regime contributivo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti

di Riccardo Vianello

Sommario: 1. Breve premessa. – 2. Il regime contributivo del licenziamento illegittimo. – 2.1. Il licenziamento discriminatorio, nullo, intimato in forma orale, e privo di giustificato motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore. – 2.2. Il licenziamento ingiustificato. – 2.3. Il licenziamento viziato sul piano formale o procedurale. – 2.4. Il licenziamento nelle piccole imprese e nelle organizzazioni di tendenza (*rinvio*). – 2.5. Il licenziamento collettivo (*rinvio*). – 3. Il regime contributivo della revoca del licenziamento. – 4. Il regime contributivo dell’offerta di conciliazione.

1. Breve premessa

L’interesse del legislatore per le conseguenze contributive del licenziamento (specie se viziato) ha subito, nel corso degli anni, una progressiva impennata: all’iniziale indifferenza del testo originario dell’art. 18 Stat. lav. (che nulla diceva circa gli effetti, sul piano contributivo, dell’ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro) sono subentrate dapprima la novella del quarto comma, disposta dall’art. 1, l. n. 108/1990 (con cui veniva chiarito che il giudice, con la sentenza che fa venir meno il licenziamento, condanna il datore di lavoro, oltre che al risarcimento del danno, anche «al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell’effettiva reintegrazione»), e, poi, l’articolata disciplina contenuta nel testo dell’art. 18, risultante dall’integrale rivisitazione operata dall’art. 1, comma 42, l. n. 92/2012: una disciplina tanto più sorprendente, nella sua multiformità, ove si consideri, appunto, il sostanziale distacco legislativo iniziale.

Il d.lgs. n. 23/2015, nel delineare le conseguenze che, sul piano contributivo, derivano dalla declaratoria, sotto varie forme, dell'illegittimità del licenziamento nell'ambito di un contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, si pone nel solco tracciato nel 2012 dalla novella dell'art. 18 Stat. lav. e costruisce un quadro normativo ispirato a principi così sintetizzabili:

- a) tendenziale determinazione, caso per caso, delle conseguenze contributive del licenziamento viziato;
- b) altrettanto tendenziale (seppur ondivago) alleggerimento degli oneri;
- c) utilizzo della leva contributiva (e fiscale) in funzione promozionale delle opzioni conciliative e, dunque, deflattive.

Peraltro, se la disciplina dettata dal d.lgs. n. 23/2015 risente piuttosto nitidamente del *modus operandi* che aveva connotato la menzionata novella del 2012, v'è da dire che in ben pochi punti essa ha ritenuto di farsi carico delle perplessità interpretative e dei problemi che pure erano stati all'epoca evidenziati.

2. Il regime contributivo del licenziamento illegittimo

2.1. Il licenziamento discriminatorio, nullo, intimato in forma orale, e privo di giustificato motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore

Il licenziamento nullo perché discriminatorio a norma dell'art. 15 Stat. lav. o perché riconducibile agli altri casi di nullità, il licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale, e il licenziamento a fronte del quale il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della l. 12 marzo 1999, n. 68¹, comportano sempre la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali per il periodo intercorrente tra il giorno del licenziamento e quello dell'effettiva reintegrazione (art. 2, commi 2 e 4).

¹ Per questa particolare fattispecie, nel d.lgs. n. 23/2015 accomunata alle ipotesi di licenziamento variamente nullo, si prevedono, sul piano contributivo, conseguenze peggiori rispetto a quelle di cui al novellato art. 18 Stat. lav.: in quella norma, infatti, il rinvio operato dal comma 7 alla disciplina di cui al comma 4 comporta l'esclusione delle sanzioni per omessa o ritardata contribuzione e l'applicabilità della regola dell'*aliunde perceptum* contributivo.

La formula utilizzata in proposito (art. 2, comma 2; ma si veda anche l'art. 3, comma 2) ricalca quella già impiegata nei commi 2 e 4 del novellato art. 18 Stat. lav. («Il *datore di lavoro* è condannato [...]»), e, differenziandosi da quella di cui al previgente art. 18, comma 4 («Il *giudice* [...] condanna il datore di lavoro [...] al versamento dei contributi [...]»), sollecita nuovamente una riflessione circa la necessità di una specifica domanda del lavoratore volta a ottenere la condanna al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. Orbene, a fronte delle varie interpretazioni elaborate in passato, appare preferibile quella che afferma che la condanna al versamento dei contributi necessita della domanda di parte, e ciò per le ragioni che sono state ampiamente illustrate in sede di commento al nuovo testo dell'art. 18, qui sostanzialmente replicabili².

Questione tradizionalmente problematica si è, poi, sempre rivelata in passato l'individuazione della base di computo dell'obbligo contributivo³, discutendosi, in particolare, se il datore di lavoro fosse tenuto a versare i contributi per l'intero periodo decorrente dalla data del licenziamento a quella della reintegrazione nel posto di lavoro anche quando, con la sentenza di annullamento del licenziamento, il risarcimento del danno fosse stato stabilito in misura corrispondente alla retribuzione spettante per un periodo minore (avendo il datore di lavoro fornito la prova dell'*aliunde perceptum* o dell'*aliunde percipiendum*)⁴, o quando il risarcimento fosse stato disposto nella misura minima di 5 mensilità della retribuzione globale di fatto, pur essendo inferiore il periodo trascorso fra la data del licenziamento e quella

² Si veda R. VIANELLO, *Profili previdenziali*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, 344 ss.

³ Specie nei casi di non esatta coincidenza tra il risarcimento e la retribuzione del periodo intermedio, che «pongono problemi pressoché insolubili in pratica» sia quando il risarcimento è inferiore alle retribuzioni (cioè è liquidato «in un numero di mensilità inferiore a quelle trascorse»), sia nel caso opposto, in cui «non si sa davvero che trattamento fare, ai fini previdenziali, alle eccedenze»: così M. DELL'OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, in *MGL*, 1979, 541. Sul tema si veda G. ROMA, *La retribuzione*, Utet, 1993, 200-201.

⁴ Su posizioni contrapposte si vedano rispettivamente Cass. 4 luglio 1996, n. 6095, in *NGL*, 1977, 143 (che afferma l'assoggettabilità a contribuzione previdenziale della retribuzione virtualmente spettante al lavoratore durante la sospensione del rapporto, ma allo stesso tempo non corrisposta a causa della detrazione dalla medesima dell'*aliunde perceptum* o di quanto il lavoratore non ha percepito per proprio fatto colposo, ex art. 1227, comma 2, c.c.), e Cass. 16 marzo 2002, n. 3905 («l'obbligo del versamento contributivo [...] è comunque collegato e connesso all'obbligo retributivo, la cui sussistenza, in relazione alla tutela reale prevista e disciplinata dall'art. 18, l. n. 300/1970, va individuata con riferimento al numero delle mensilità di retribuzione oggetto della condanna risarcitoria»).

della reintegrazione⁵, o, infine, quando il lavoratore, avendo fornito la prova del danno ulteriore, avesse ottenuto un risarcimento superiore alle retribuzioni spettanti per il periodo di interruzione del rapporto di lavoro. Il problema è stato in parte affrontato e risolto dalle Sezioni Unite della Cassazione (con l'adesione della più recente e attenta dottrina⁶, ma in maniera non del tutto convincente) nel senso (più oneroso) della commisurazione dell'obbligazione contributiva all'effettivo importo delle retribuzioni maturate e contrattualmente dovute (perché il rapporto di lavoro è in atto *de iure*) nel periodo dal licenziamento alla data della sentenza di reintegrazione, anche se non coincidente con l'importo (inferiore) del danno liquidato in applicazione dei criteri di risarcimento fissati dall'art. 18 Stat. lav.⁷; e ha, poi, trovato un accomodamento nel testo novellato dell'art. 18, che, distinguendo fra le diverse ipotesi di tutela reintegratoria, e scegliendo di agire non (a monte) sulla base retributiva utilizzata come parametro risarcitorio, ma (a valle) sul

⁵ Secondo G. FERRARO, *Art. 1 – Reintegrazione*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti individuali. Commento alla l. 11 maggio 1990, n. 108*, ESI, 1990, 63, in questa ipotesi, poiché l'ultima parte dell'art. 18, comma 4, Stat. lav. «precisa che la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità, ma non anche i relativi contributi», «se il lavoratore avrà percepito un risarcimento pari a cinque mensilità di retribuzione, pur essendo stato il rapporto interrotto per un periodo inferiore, i contributi da versare andranno determinati con riferimento alla retribuzione globale di fatto relativa a tale più breve periodo». *Contra*, invece, P. SANDULLI, A. VALLEBONA, C. PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Cedam, 1990, 43, muovendo dal presupposto che, «per il *medio tempore*, i contributi non sono parametrati ad una entità, variabile caso per caso, di risarcimento effettivamente liquidata in giudizio» e che la «tesi della riducibilità del risarcimento secondo i principi del diritto comune condurrebbe all'assurdo di una contribuzione senza corrispondente retribuzione» (conclusione, questa, peraltro evitabile ammettendo l'*aliunde perceptum* contributivo).

⁶ V. FILÌ, *Il reddito imponibile ai fini contributivi*, Giappichelli, 2010, 219, e soprattutto, più ampiamente, C.A. NICOLINI, *Il nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori: profili previdenziali*, in *RDSS*, 2012, n. 3, 582 ss. e 593.

⁷ A proposito del testo originario dell'art. 18 Stat. lav. si veda, appunto, Cass., sez. un., 5 luglio 2007, n. 15143, in *MGL*, 2007, 732, con nota adesiva di L. PERINA, *L'obbligo contributivo nel periodo intermedio tra il licenziamento e la sentenza di reintegra*, e in *ADL*, 2008, n. 2, 496, con nota critica di V. FERRANTE, *Il risarcimento del danno contributivo in caso di aliunde perceptum*. Peraltro, il passaggio cruciale del ragionamento della Suprema Corte («se si ritiene retribuzione imponibile solo il danno liquidato (e a parte la difficoltà di imputare la retribuzione a precisi periodi di paga), nell'ipotesi di danno determinato in misura inferiore alle retribuzioni afferenti all'intero periodo si otterrebbe il risultato di un imponibile mensile inferiore a quello identificabile in caso di normale svolgimento del rapporto di lavoro, con conseguente rilevante limitazione della tutela del lavoratore sul piano del rapporto previdenziale») non teneva conto del fatto che, così argomentando, il lavoratore licenziato e rioccupato avrebbe potuto ottenere sul piano contributivo più di quanto avrebbe conseguito se non fosse stato licenziato.

quantum di contributi, ha valorizzato l'*aliunde perceptum* contributivo nelle sole ipotesi di tutela "debole", implicitamente riconoscendo *a contrariis* (almeno così pare doversi intendere) che nei casi di tutela "forte" l'onere contributivo deve essere pieno, non decurtabile e calcolato sulla retribuzione dovuta, sulla falsariga di quanto deciso dalle Sezioni Unite nel 2007.

Il quadro interpretativo, però, è destinato a mutare nel contesto del d.lgs. n. 23/2015 perché la scomparsa dell'*aliunde perceptum* contributivo nelle ipotesi di tutela reintegratoria "debole" rende nuovamente simili, sotto questo profilo, tutti i casi in cui il vizio del licenziamento comporta il ripristino del rapporto e, cancellando le differenze (prima valorizzabili sul piano argomentativo), preclude la possibilità di ricostruire in maniera polisensa la normativa e, in particolare, il rapporto tra gli artt. 2, comma 2, e 3, comma 2. Con quali conseguenze esegetiche, è legittimo chiedersi? Mi pare che la soluzione interpretativa (conseguente alla descritta scelta omogeneizzante) sia ineludibile e conduca inesorabilmente a un'alternativa drastica: o si ritiene che, in tutti i casi di ripristino del rapporto, debba valere sempre l'insegnamento delle Sezioni Unite e, dunque, l'onere contributivo debba essere sempre calcolato in maniera piena sulla retribuzione dovuta; oppure si abbraccia integralmente, e per qualunque ipotesi, la tesi opposta, e si valorizza sempre e comunque, anche sul piano contributivo, l'*aliunde perceptum* (e, là dove è previsto, l'*aliunde percipiendum*) retributivo. Ciò, però, con la consapevolezza di essere ormai sempre esposti al rischio dell'obiezione fondata sull'*ubi lex voluit, dixit...*, che agevolmente potrà essere sollevata semplicemente richiamando la regola espressamente introdotta nel novellato art. 18 Stat. lav. (e non riprodotta, invece, nel d.lgs. n. 23/2015).

Per quanto riguarda le conseguenze contributive dell'atteggiamento del lavoratore successivo all'ordine di reintegrazione, il d.lgs. n. 23/2015, negando l'applicabilità del "rito Fornero", risolve in parte alcune criticità sorte nel 2012 a seguito della novella dell'art. 18 Stat. lav.

Come nella norma statutaria, a seguito dell'ordine di reintegrazione il rapporto di lavoro si intende risolto (con conseguente estinzione degli obblighi contributivi):

- quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro 30 giorni dall'invito del datore di lavoro (art. 2, comma 2);
- quando il lavoratore abbia chiesto al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, il pagamento dell'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR⁸: ciò

⁸ L'indennità non è assoggettata a contribuzione previdenziale (art. 2, comma 3), in linea con l'orientamento già espresso dall'Inps nella circ. 11 maggio 1992, n. 125, [Legge 11 maggio](#)

che il lavoratore può fare 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).

In proposito il legislatore del 2015 replica, salvo qualche adattamento, l'impostazione seguita nel 2012: perciò, mantengono validità le considerazioni a suo tempo esposte⁹ sia in ordine alla questione dell'individuazione della data a cui far risalire la risoluzione del rapporto (al 31° giorno successivo all'invito, più che al momento dell'invito stesso, con ciò che ne consegue sul piano della permanenza degli obblighi contributivi), sia per quanto riguarda la conferma della correzione dell'errato orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di effetti dell'esercizio dell'opzione per l'indennità sostitutiva¹⁰ (come noto, a lungo la Corte di cassazione aveva sostenuto che il rapporto di lavoro doveva intendersi estinto solo al momento del pagamento dell'indennità, e non al momento della dichiarazione di opzione).

Contribuisce, invece, a diradare qualche dubbio la precisazione contenuta nel secondo periodo del comma 3 dell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, secondo cui «la richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della *pronuncia* [...]», anziché «della *sentenza* [...]» (come si legge nel novellato comma 3 dell'art. 18): infatti, ragionando su quello specifico *dies a quo*, ci si era interrogati se il termine di 30 giorni per la richiesta dell'indennità iniziasse comunque a decorrere anche a conclusione della fase sommaria, la quale è definita, appunto, non con sentenza, ma con ordinanza (che, nel silenzio della legge, potrebbe venire letta in udienza¹¹ o essere depositata e successivamente comunicata alle parti dalla cancelleria)¹². La diversa scelta normativa di menzionare, più genericamente, il «deposito della pronuncia» dissipa naturalmente i dubbi, dovendosi evidentemente riconoscere che il termine per l'esercizio dell'opzione decorra anche dalla

[1990, n. 108 sui licenziamenti individuali. Riflessi in materia previdenziale](#), recepito nel novellato art. 18, comma 3, Stat. lav. Sul dibattito dottrinale pregresso si vedano gli A.A. citati in R. VIANELLO, *op. cit.*, 347, nota 20.

⁹ R. VIANELLO, *op. cit.*, 347 ss.

¹⁰ Orientamento, poi, rettificato dalla stessa Cassazione: cfr. Cass. 25 settembre 2012, n. 16228; Cass. 28 gennaio 2013, n. 1810; Cass. 11 marzo 2013, n. 5950; Cass. 22 gennaio 2015, n. 1169; Cass. 18 febbraio 2015, n. 3237; Cass., sez. un., 27 agosto 2014, n. 18353.

¹¹ È, in fondo, l'alternativa prevista dall'art. 176 c.p.c. per le ordinanze istruttorie, ma riprodotta anche per le sentenze che definiscono il giudizio (cfr. art. 429, comma 1, c.p.c.).

¹² Per l'illustrazione del problema si veda ancora R. VIANELLO, *op. cit.*, 348 ss., ove si propone che il *dies a quo* per l'esercizio dell'opzione inizi a decorrere dall'invito che precede la «comunicazione del deposito dell'ordinanza» di cui all'art. 1, comma 49, della l. n. 92/2012, anche se testualmente il comma 3 dell'art. 18 Stat. lav., nel menzionare la «predetta comunicazione», non può che riferirsi alla «comunicazione del deposito della sentenza».

comunicazione del deposito dell'ordinanza di accoglimento di un ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, emessa in sede cautelare ai sensi dell'art. 669-*octies*, e comunicata *ex art. 669-terdecies*, comma 1.

Sempre nell'ottica di un confronto con le scelte operate nel 2012 in sede di novella dell'art. 18 Stat. lav. non può, invece, essere valutata positivamente la decisione di mantenere lessicalmente distinte (sia pure in maniera non così marcata come nella norma statutaria: si confrontino i primi tre commi con il quarto comma) le conseguenze, sul piano contributivo, del licenziamento nullo *ex art. 2* e del licenziamento ingiustificato per «insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore» *ex art. 3*, comma 2.

Infatti qui, mentre l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 2 prevede espressamente la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, senza specificare nulla quanto al regime sanzionatorio, l'ultimo periodo del secondo comma dell'art. 3, nello stabilire la medesima condanna, precisa che a essa si dà luogo «senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva»¹³.

Si ripropone pertanto, sia pure in termini in parte diversi, la questione del silenzio dell'ultimo periodo del comma 2 in tema di sanzioni, che è meno “rumorosa” dell'analoga questione sorta nel 2012 a proposito dell'art. 18¹⁴, ma non che non per questo può essere tranquillamente liquidata, e ciò sia perché, a fronte di una gerarchia discendente di tutele (piuttosto nitidamente percepibile nell'architettura del d.lgs. n. 23/2015), l'espressa negazione dell'applicazione

¹³ Secondo P. CAPURSO, *Licenziamento illegittimo e contribuzione previdenziale nella riforma del lavoro del 2012*, in *MGL*, 2013, n. 1-2, 55-56, «alla contribuzione dovuta, maggiorata delle sanzioni civili o solo degli interessi, si aggiunge poi l'obbligo per il datore di lavoro di versare all'Istituto previdenziale la quota a carico del lavoratore, posto che il diritto alla trattenuta viene meno nel caso in cui il datore di lavoro abbia omesso il versamento dei contributi all'ente previdenziale entro il termine stabilito». Nello stesso senso, ma seguendo un percorso argomentativo diverso, si veda già G. ROMA, *op. cit.*, 201. L'assunto, però, nonostante il recente avallo di Cass. 11 ottobre 2013, n. 23181, in *LG*, 2014, 347, con nota di A. DI FEO, *Licenziamento illegittimo ed obbligo contributivo prima e dopo la riforma Fornero: quale regime per le sanzioni?*, non è condivisibile (e, nei fatti, è smentito nella prassi, anche sul piano fiscale), posto che la finzione giuridica che fa rivivere ora per allora il rapporto di lavoro, a seguito dell'ordine di reintegrazione, non può spingersi sino al punto di far considerare scaduto un termine, in realtà, mai decorso. In effetti, di decorrenza del termine per il versamento dei contributi ha senso parlare solo a partire dalla pronuncia che dispone la reintegrazione, e conseguentemente di eventuale tardività potrebbe parlarsi solo in caso di omesso versamento entro il giorno 16 del mese successivo a quello in cui è scaduto il periodo di paga al quale si riferisce la denuncia contributiva mensile in cui è stata recepita la (o si sarebbe dovuto dar corso alla) ricostituzione del rapporto di lavoro.

¹⁴ R. VIANELLO, *op. cit.*, 352 ss.

delle sanzioni di cui all'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 3 può ben essere letta, in controtela, come conferma dell'assunto secondo cui il silenzio del comma 2 dell'art. 2 si spiega e giustifica sulla base del presupposto tacito che, nelle ipotesi in cui il licenziamento è afflitto dai vizi descritti al comma 1 e al comma 4, la condanna al versamento dei contributi debba sempre essere maggiorata con l'aggiunta delle sanzioni civili, sia perché questa impostazione sanzionatoria è, in fondo, in linea con l'orientamento (controverso e controvertibile) di una parte della dottrina e della giurisprudenza¹⁵, evidentemente ritenuto implicitamente preferibile dal legislatore.

Certo, come già si è dedotto a commento del nuovo art. 18, quel silenzio, se agganciato al principio dell'*ubi lex voluit, dixit...*, potrebbe essere inteso anche in senso diametralmente opposto e utilizzato per rafforzare la tesi della non debenza di alcuna sanzione. Questa opzione interpretativa, però, contrasta, sul piano letterale, con il seguente rilievo: che, cioè, nel comma 2 dell'art. 3 il legislatore puntualizza espressamente l'inapplicabilità delle sanzioni per omessa contribuzione, cioè inserisce una precisazione che acquista senso solo nella misura in cui si presupponga che nelle altre ipotesi in cui vi è condanna al versamento dei contributi, questa determini, invece, l'applicazione delle sanzioni.

La soluzione sottintesa dal silenzio dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 2, ma desumibile dal confronto con il comma 2 dell'art. 3, seppur coerente nella ricostruzione proposta, lascia, però, insoddisfatti per varie ragioni: perché non soddisfacente è lo stesso presupposto implicito di partenza da cui essa prende le mosse (doversi, cioè, pagare le sanzioni civili quando il ritardo del datore di lavoro nel pagamento dei contributi dovuti è accertato *ex post*, perché consegue alla declaratoria di illegittimità del licenziamento, da cui deriva il ripristino del rapporto) e perché, a fronte del silenzio dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 2 (pur riempito di contenuti nel senso prospettato), non è, in ogni caso, dato comprendere quale tipo di sanzioni debba eventualmente applicarsi.

Quanto al primo motivo di insoddisfazione, v'è da ribadire quanto già argomentato a proposito del novellato art. 18 Stat. lav., e, cioè, che,

¹⁵ Nonché della prassi amministrativa: si veda in proposito la circ. Inps 5 giugno 2008, n. 66, [Regime sanzionatorio per i casi di inosservanza degli obblighi contributivi \(art. 116, c. 8, della legge 23 dicembre 2000, n. 388\). Chiarimenti](#), secondo cui rientra nell'alveo dell'omissione la «contribuzione dovuta a seguito di reintegrazione nel posto di lavoro disposta dal giudice».

contrariamente all'orientamento prevalente nella dottrina¹⁶, nella giurisprudenza¹⁷ e nella prassi amministrativa, non esiste alcuna ragione che giustifichi l'applicazione delle sanzioni civili qualora l'obbligo contributivo scaturisca dalla sentenza che ha posto nel nulla il licenziamento. Infatti, a maggior ragione dopo le modifiche apportate al sistema sanzionatorio con l'art. 116, commi 8 ss., l. n. 388/2000, l'applicazione delle sanzioni civili presuppone il riscontro di inadempienze fondate su elementi costitutivi ben precisi, solitamente non rinvenibili nei casi in cui il mancato pagamento dei contributi derivi dall'interruzione del rapporto di lavoro (sia pure in seguito dichiarato illegittimo)¹⁸: ciò vale sicuramente per l'evasione contributiva¹⁹ (data l'evidente mancanza non solo dell'«intenzione specifica di non versare i contributi o premi», ma anche dell'elemento materiale dell'illecito

¹⁶ Si veda, ad esempio, G. DONDI, *Aspetti previdenziali delle tutele contro i licenziamenti*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, 1991, 285-286, ma argomentando sulla base della disciplina di cui all'art. 4 della l. n. 48/1988; *contra*, L. IOELE, *La tutela reale*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Utet, 2007, 316.

¹⁷ Da ultimo si veda Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 19665, in *RDSS*, 2015, n. 1, 241, con nota di A. DI STASI, *Sulle sanzioni civili per omissione contributiva a seguito di reintegra per illegittimità del licenziamento*, secondo cui «in tema di reintegrazione del lavoratore per illegittimità del licenziamento, ai sensi dell'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, anche prima delle modifiche introdotte dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 (nella specie, inapplicabile *ratione temporis*), occorre distinguere, ai fini delle sanzioni previdenziali, tra la nullità o inefficacia del licenziamento, che è oggetto di una sentenza dichiarativa, e l'annullabilità del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, che è oggetto di una sentenza costitutiva: nel primo caso, il datore di lavoro, oltre che ricostruire la posizione contributiva del lavoratore «ora per allora», deve pagare le sanzioni civili per omissione *ex art.* 116, comma 8, lett. a, l. 23 dicembre 2000 n. 388; nel secondo caso, il datore di lavoro non è soggetto a tali sanzioni, trovando applicazione la comune disciplina della *mora debendi* nelle obbligazioni pecuniarie, fermo che, per il periodo successivo all'ordine di reintegra, sussiste l'obbligo di versare i contributi periodici, oltre al montante degli arretrati, sicché riprende vigore la disciplina ordinaria dell'omissione e dell'evasione contributiva». In senso sostanzialmente analogo si veda già A. SGROI, *Gli effetti della reintegrazione del lavoratore a seguito di declaratoria di illegittimità del licenziamento con riguardo agli obblighi contributivi e alle sanzioni civili*, in *IPrev.* 2012, n. 1-2-3-4, 107 ss. Per un cenno adesivo alla soluzione adottata dalle Sezioni unite con la sentenza n. 19665/2014 si veda M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, Working Paper CSDLE «Massimo D'Antona».IT, 2015, n. 251, 30.

¹⁸ Negli stessi termini C. ROMEO, *Oltre l'art. 18 dello Statuto. Effetti contributivi e licenziamento (il)legittimo*, in *RDSS*, 2013, n. 2, 252-253.

¹⁹ Il cui regime sanzionatorio, perciò, è escluso, anche dopo la novella dell'art. 18, in ogni ipotesi di reintegrazione e qualunque sia il motivo di illegittimità del licenziamento.

rappresentato dall'occultamento del rapporto di lavoro), ma vale pure per l'omissione contributiva²⁰ (quanto meno sino al primo termine utile per il pagamento dei contributi, successivo alla pronuncia che ha disposto il ripristino del rapporto), dovendo la valutazione circa il (disvalore del) mancato o ritardato pagamento essere effettuata *ex ante* (e non *ex post*, sulla base della fittizia ricostituzione del rapporto, conseguente all'ordine di reintegrazione).

Per ciò che riguarda il tipo di sanzione civile, l'art. 2, comma 2, non dice nulla, coerentemente con il silenzio serbato sull'*an*: poiché, dunque, l'art. 3, comma 2, esclude espressamente l'applicazione delle sanzioni per omissione contributiva nelle ipotesi di licenziamento ingiustificato ivi previste, deve evidentemente intendersi che, al contrario, dove una sanzione diversa ci debba essere, questa – come detto – sia, appunto, la sanzione prevista in caso di omissione o ritardo nel pagamento dei contributi²¹ (ai fini che qui interessano,

²⁰ In pendenza di licenziamento, infatti, non vi è alcun obbligo di denuncia e/o registrazione obbligatoria, da cui sia desumibile l'ammontare dei contributi o premi omessi, e, dunque, non vi è alcuna possibilità di rientrare nella fattispecie di cui al comma 8, lett. *a*, dell'art. 116 della l. n. 388/2000. D'altra parte, sarebbe assai bizzarro ipotizzare (ché questa – si badi bene – è la conseguenza implicita del ragionamento delle Sezioni unite del 2014) che, per evitare di incappare nel ritardo contributivo e così sfuggire alle sanzioni civili, il datore di lavoro (che ritiene di aver legittimamente licenziato) debba pagare, comunque, i contributi e i premi per tutta la durata della causa di opposizione al licenziamento (dunque, nella prassi, per molti anni), salvo poi chiederne la restituzione al momento del passaggio in giudicato della sentenza che avesse accertato la legittimità del recesso, e sarebbe ancor più curioso verificare cosa mai risponderebbero l'Inps o l'Inail a fronte di una così astrusa richiesta. A tacer del fatto che se l'obbligo contributivo rimanesse, per così dire, "ibernato" e rivivesse, poi, retroattivamente, in virtù di *factio iuris*, a seguito della sentenza che dispone il ripristino del rapporto, dovrebbe del pari rivivere fittiziamente, con la medesima efficacia retroattiva, anche il computo del termine di prescrizione dei contributi: assunto, questo, cui l'ente previdenziale potrebbe controbattere invocando l'impossibilità legale di esercitare il diritto di riscossione, *ex art.* 2935 c.c., sino alla pronuncia di reintegra. In tal caso, però, sarebbe agevole replicare che non è dato comprendere perché, intervenuta la pronuncia di reintegra, debba retroattivamente fingersi che nel periodo antecedente il datore di lavoro avrebbe dovuto adempiere l'obbligo contributivo (con conseguente applicazione delle sanzioni per omissione contributiva), mentre non possa fingersi che l'ente previdenziale avrebbe dovuto incassare i contributi (o, comunque, attivarsi per l'incasso), così facendo decorrere il termine di prescrizione, sebbene il rapporto di lavoro fosse all'epoca risolto.

²¹ La tesi, sostenuta a proposito del regime sanzionatorio dell'art. 18 Stat. lav. e in quel contesto definita «il male minore, e non il miglior rimedio» (R. VIANELLO, *op. cit.*, 355; giunge alle stesse conclusioni anche C.A. NICOLINI, *op. cit.*, 594), ha trovato conferma nella recente decisione di Cass., sez. un., n. 19665/2014, cit.

peraltro, non ha molto senso la distinzione tra le due ipotesi, posto che, secondo l'art. 116, comma 8, lett. a, l. n. 388/2000, la sanzione è identica)²².

Infine, nel caso in cui il lavoratore eserciti l'opzione di cui all'art. 2, comma 3, cioè chieda, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, non vi è alcun aggravio contributivo perché questa indennità non è assoggettata a contribuzione previdenziale: una scelta, questa, in linea con quanto già previsto dall'art. 18 Stat. lav.

2.2. Il licenziamento ingiustificato

L'art. 3, d.lgs. n. 23/2015, distingue il licenziamento ingiustificato perché privo di giusta causa oppure di giustificato motivo soggettivo od oggettivo (comma 1) dal licenziamento ingiustificato (intimato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo) perché è stata direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato (comma 2).

La distinzione rileva sul piano contributivo perché nella prima ipotesi il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità coerentemente non assoggettata a contribuzione previdenziale.

Invece, nella seconda ipotesi (che evoca la previsione di cui al comma 4 del novellato art. 18 Stat. lav.) 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 commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum*: in ogni caso, la misura dell'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non può essere superiore a 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per

²² Secondo P. CAPURSO, *op. cit.*, 55, nel caso di reintegrazione con risarcimento integrale le sanzioni dovrebbero essere calcolate nella misura prevista per l'ipotesi più grave di evasione contributiva «perché il credito dell'Istituto previdenziale non è evincibile dalla documentazione di provenienza del soggetto obbligato, e questo fa presumere l'esistenza della volontà del datore di lavoro di occultare l'esistenza del presupposto di legge al fine di non versare i contributi». Come si può notare, l'argomento (come detto, smentito da Cass., sez. un., n. 19665/2014, cit.) è francamente inconsistente perché il datore di lavoro che ha licenziato un lavoratore non è certo animato dal fine di nascondere un rapporto di lavoro per lui ormai venuto meno, e rispetto al quale nessun obbligo documentale è concepibile finché non interverrà una pronuncia che dichiari l'illegittimità del recesso.

il calcolo del TFR; inoltre (conclude l'art. 3, comma 2) «il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del versamento a quello dell'effettiva reintegrazione, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva»²³.

Una lettura approfondita della norma (e, in chiave sinottica, dell'art. 18, comma 4, Stat. lav.) suggerisce alcune riflessioni.

In primo luogo, la diversa modalità di determinazione dell'indennità e della contribuzione enfatizza l'autonomia del rapporto contributivo rispetto al rapporto di lavoro: infatti, avendo l'indennità risarcitoria un limite di 12 mensilità, se il lavoratore riceve soddisfazione dopo un anno dal licenziamento, per il periodo intercorrente tra il giorno del licenziamento e quello della pronuncia di reintegrazione otterrà un beneficio economico corrispondente alla sola indennità (non sarà retributivamente coperto, cioè, per l'intervallo pari alla differenza tra quel periodo – ove, appunto, superiore all'anno – e le 12 mensilità)²⁴, mentre sul piano contributivo avrà una copertura piena perché il versamento dei contributi sarà sempre commisurato al *quantum* dovuto in relazione al periodo intercorrente tra il giorno del licenziamento e quello dell'effettiva reintegrazione (o il giorno di risoluzione del rapporto conseguente all'esercizio dell'opzione per l'indennità sostitutiva)²⁵.

In secondo luogo (e qui emerge una notevole differenza rispetto al novellato art. 18, comma 4, Stat. lav.), non è prevista alcuna detrazione contributiva nel

²³ [Il parere approvato dalla XI Commissione permanente sull'Atto del Governo n. 134](#) (schema di decreto legislativo presentato dal Governo al Parlamento, in attuazione di una delle deleghe contenute nella l. 10 dicembre 2014, n. 183), in data 11 febbraio 2015, aveva auspicato che venisse chiarito «il regime sanzionatorio applicabile sui contributi previdenziali».

²⁴ Per il periodo successivo alla pronuncia di reintegrazione, invece, è dovuta la retribuzione.

²⁵ Ciò significa che, a seguito della pronuncia di reintegrazione, risulta interamente coperto il “buco” contributivo, mentre può non essere coperto del tutto il “buco” retributivo: cfr. C.A. NICOLINI, *op. cit.*, 597. Inoltre, come efficacemente evidenziato già con riferimento al novellato art. 18 Stat. lav. (C.A. NICOLINI, *op. cit.*, 600 ss.), la penalizzazione economica per il lavoratore può risultare ancor più accentuata (sì da suscitare non peregrini dubbi di costituzionalità), nel caso in cui il lavoratore, in pendenza del giudizio di opposizione al licenziamento, abbia beneficiato di prestazioni previdenziali (disoccupazione, vecchiaia) che presuppongono la cessazione del rapporto di lavoro e, a seguito di una pronuncia di reintegra intervenuta a distanza di anni (da cui sia scaturita la ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro), si veda costretto a restituire quanto ricevuto perché divenuto indebito: un problema, questo, naturalmente acuito dalla disciplina di cui al d.lgs. n. 23/2015, che non prevede l'applicazione del più sollecito rito di cui all'art. 1, commi 48-68, della l. n. 92/2012.

caso di svolgimento di altra attività lavorativa²⁶: la regola dell'*aliunde perceptum* contributivo (cioè, appunto, dello scomputo della contribuzione accreditata al lavoratore a seguito della nuova attività lavorativa, e della conseguente condanna del datore di lavoro al versamento del solo differenziale contributivo), regola che nel 2012 aveva rappresentato una ragionevole e condivisibile novità²⁷, non viene riprodotta nel d.lgs. n. 23/2015²⁸.

La scelta è illogica, ma difficilmente potrebbe essere considerata frutto di una dimenticanza perché il grado di dettaglio dell'art. 18, comma 4 (che avrebbe dovuto essere replicato nell'art. 3, comma 2), difficilmente poteva passare inosservato. L'unica spiegazione plausibile della repentina retromarcia rispetto alla novità del 2012 (che singolarmente smarca, sotto questo profilo, il licenziamento ingiustificato nel contratto a tutele crescenti dalle ipotesi di licenziamento ingiustificato cui si applica il nuovo art. 18, e lo uniforma, invece, alle ipotesi cui si applicava il vecchio art. 18) può allora forse essere ravvisata nella volontà punitiva di utilizzare, in chiave sanzionatoria, la condanna al versamento contributivo "pieno", anziché "ammorbidito" per effetto dello sconto conseguente agli accrediti contributivi correlati allo svolgimento di altra attività lavorativa: una volontà – come si può ben intendere – che avvantaggia il lavoratore²⁹ e, nel contempo, contribuisce probabilmente a rendere maggiormente certo il costo del licenziamento, se non altro nella misura in cui, per l'aspetto contributivo, questo viene sottratto alle future vicende professionali del lavoratore, che potrebbero incidere sulla sua determinazione; ma che al tempo stesso, quando il lavoratore, assunto *ex art. 1*, d.lgs. n. 23/2015, e licenziato, abbia trovato una nuova occupazione, rende

²⁶ Sul tema si veda R. VIANELLO, *op. cit.*, 356 ss.

²⁷ Anche perché, secondo C. ROMEO, *op. cit.*, 255, l'«ulteriore prestazione contributiva» sarebbe *inutiliter data* in quanto non potrebbe «essere calcolata utilmente ai fini pensionistici, stante la regola dell'incumulabilità dei versamenti contributivi per lo stesso periodo». In senso difforme si veda, però, C.A. NICOLINI, *op. cit.*, 594, secondo cui «il silenzio della legge assume il significato di una conferma della ammissibilità dell'accredito di una doppia contribuzione».

²⁸ È probabilmente con riferimento a questa omissione (poi destinata a rimanere tale nella versione definitiva del decreto) che nella [relazione del Presidente della Commissione Lavoro Maurizio Sacconi del 15 gennaio 2015](#) sullo [Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti](#), AG 134, presentato dal Governo alle Camere il 13 gennaio 2015, per il parere consultivo delle Commissioni competenti, si era affermata l'opportunità di esplicitare se rimanessero «valide alcune disposizioni, anche, tra l'altro, attinenti al calcolo dei contributi previdenziali, che non sono riprodotte né richiamate dal presente comma 2».

²⁹ M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL*, 2015, n. 12, 754.

il licenziamento più oneroso (sempre sul piano contributivo) rispetto a quello di un lavoratore cui si applica l'art. 18.

Un ultimo rilievo riguarda, infine, la precisazione secondo cui alla condanna al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali non consegue l'«applicazione di sanzioni per omissione contributiva».

Rispetto al testo novellato dell'art. 18, comma 4, Stat. lav. balza all'occhio innanzitutto la mancata previsione della maggiorazione degli interessi nella misura legale, che in quella norma affligge la condanna al versamento contributivo³⁰. In proposito ritengo non si possa dubitare che la *voluntas legis* debba essere intesa nel senso di escludere sia gli interessi che le sanzioni civili: è pur vero, infatti, che alla preposizione “senza” segue solo la menzione delle sanzioni per omissione contributiva (e non anche degli interessi), ma reputo che qui si debba valorizzare (più che, in negativo, il fatto che non viene esclusa espressamente l'«applicazione di interessi e di sanzioni», quasi che da ciò dovesse desumersi l'eliminazione dell'aggravio delle seconde, ma non dei primi), in positivo, la mancata esplicita menzione della maggiorazione per interessi (al contrario, rinvenibile, appunto, nella norma statutaria), ché è da quella positiva previsione che si ricava la necessità della sua applicazione (e conseguentemente è dalla sua mancata menzione che devono dedursi le ipotesi in cui, invece, essa non trova applicazione).

Per ciò che riguarda le sanzioni, l'art. 3, comma 2, come accennato, menziona solo l'«omissione contributiva», e non (come l'art. 18, comma 4, Stat. lav.) l'«omessa o ritardata contribuzione».

Nel ragionare intorno alla portata e al significato di quella espressione si è ipotizzato che il richiamo all'«omissione» valga come riferimento di specie (“omissione” = “mancato pagamento” *ex* art. 116, comma 8, lett. *a*), non di genere (“omissione” = “sia mancato pagamento che evasione” *ex* art. 116, comma 8, lett. *a* e *b*), e dunque, evocando la fattispecie di cui all'art. 116, comma 8, lett. *a*, metta per ciò stesso sempre e comunque fuorigioco la più grave ipotesi dell'evasione prevista dalla successiva lett. *b*, la cui sanzione, quindi, non verrebbe mai applicata in nessun caso di ripristino del rapporto per via giudiziale a seguito di accertamento dell'illegittimità del licenziamento³¹: si è immaginato, cioè, che il legislatore abbia inteso esplicitare che non si applicano quelle sanzioni rispetto alle quali potrebbero sorgere dubbi circa una

³⁰ Sul problema dell'individuazione degli «interessi nella misura legale», si veda R. VIANELLO, *op. cit.*, 355.

³¹ Ivi, 354 ss., ove si precisa anche (355, nota 37) che il riferimento alle «sanzioni per omessa e ritardata contribuzione» diviene onnicomprensivo (nel senso che vengono escluse sia le somme aggiuntive che gli interessi nella misura di cui all'art. 116).

loro astratta applicabilità, mentre abbia ritenuto superfluo chiarire che non si applicano le sanzioni che, per difetto di presupposto, nemmeno astrattamente potrebbero essere applicate. Mi pare che l'assunto possa essere replicato anche a proposito del comma 2 dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015 (quanto meno se si intende dar credito alla prospettiva sanzionatoria abbracciata dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 19665/2014), ma, in fondo, l'esito interpretativo non sarebbe, poi, molto diverso nel caso in cui la formula *ad excludendum* utilizzata in quella norma fosse riferita genericamente a qualunque tipo di sanzione civile in tema di mancato o ritardato pagamento di contributi, pacifico essendo che nelle ipotesi ivi contemplate non è prevista alcuna sanzione e che il problema del trattamento sanzionatorio eventualmente applicabile riguarda solo le fattispecie reintegratorie di cui all'art. 2.

2.3. Il licenziamento viziato sul piano formale o procedurale

L'art. 4 del d.lgs. n. 23/2015 dispone che nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della l. n. 604/1966 o della procedura di cui all'art. 7 della l. 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 artt. 2 e 3 del decreto.

Come già nell'ipotesi di licenziamento ingiustificato, alla declaratoria di estinzione del rapporto di lavoro corrisponde, dunque, il non assoggettamento dell'indennità a contribuzione previdenziale, mentre se subentrano profili di nullità del licenziamento o se si accerta l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, il recupero delle tutele previste dagli artt. 2 e 3 vale anche agli effetti contributivi.

2.4. Il licenziamento nelle piccole imprese e nelle organizzazioni di tendenza (rinvio)

L'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 definisce "piccole imprese" i datori di lavoro che non raggiungono i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8-9, della l. n. 300/1970. A esse si applica, anche sul piano contributivo³², il regime sanzionatorio previsto dal decreto con tre peculiarità: l'esclusione dell'art. 3, comma 2, il dimezzamento dell'indennità e dell'importo di cui all'art. 3, comma 1, all'art. 4, comma 1, e all'art. 6, comma 1, e la previsione di un tetto massimo di 6 mensilità³³.

Quanto alle organizzazioni di tendenza vale, invece, l'intera disciplina del decreto.

2.5. Il licenziamento collettivo (rinvio)

I vizi del licenziamento collettivo vengono in rilievo sotto due profili (art. 10, d.lgs. n. 23/2015): da un lato, l'intimazione senza l'osservanza della forma scritta; dall'altro lato, la violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della l. n. 223/1991.

Il richiamo del regime sanzionatorio del decreto (più specificamente, dell'art. 2 nell'un caso, dell'art. 3, comma 1, nell'altro caso) consente di rinviare ai paragrafi precedenti.

3. Il regime contributivo della revoca del licenziamento

L'art. 5 del d.lgs. n. 23/2015 riproduce esattamente l'art. 18, comma 10, Stat. lav.³⁴, e disciplina la revoca del licenziamento che sia stata effettuata entro il termine di 15 giorni dalla comunicazione, al datore di lavoro, dell'impugnazione del medesimo: in questo caso il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla

³² Con conseguente aggravio *ex art. 2* ed esenzione *ex artt. 3, comma 1, 4, comma 1, e 6, comma 1*.

³³ Il che riduce, quindi, l'ammontare massimo delle indennità *ex art. 9* rispettivamente a 1/4 e a 1/3 rispetto ai corrispondenti importi massimi previsti dall'art. 3, comma 1, e dall'art. 6, comma 1 (da 24 a 6 mensilità, anziché 12; da 18 a 6, anziché 9).

³⁴ Tant'è che «in una bozza precedente a quella finale la stessa disposizione era formulata nei termini del richiamo esplicito del comma 10 dell'articolo 18»: così P. ICHINO, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, in www.pietroichino.it.

retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca; inoltre, non trovano applicazione i regimi sanzionatori previsti dal d.lgs. n. 23/2015.

Sul piano previdenziale gli aspetti che maggiormente rilevano sono evidentemente tre:

- a) il ripristino del rapporto di lavoro senza soluzione di continuità;
- b) il diritto del lavoratore alla corresponsione della retribuzione maturata *medio tempore*;
- c) l'inapplicabilità dei regimi sanzionatori previsti dal d.lgs. n. 23/2015.

Il ripristino del rapporto di lavoro comporta naturalmente l'obbligo di pagare i contributi previdenziali e assistenziali, calcolati sulla tradizionale base di computo individuata ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 2 settembre 1997, n. 314: dunque, quanto corrisposto al lavoratore, a seguito della revoca del licenziamento, sarà interamente assoggettato a contribuzione, senza alcuna decurtazione³⁵, trattandosi di "retribuzione" e non di risarcimento del danno.

Il tempo estremamente breve di ripensamento concesso al datore di lavoro ai fini della revoca disciplinata dall'art. 5 emargina di molto il problema delle conseguenze sanzionatorie, posto che, data la tempistica prevista per il versamento dei contributi (da effettuarsi entro il giorno 16 del mese successivo a quello in cui è scaduto l'ultimo periodo di paga cui si riferisce la denuncia contributiva mensile: artt. 17-18, d.lgs. 9 luglio 1997, n. 241), è praticamente impossibile che, per effetto della revoca, si verifichi un ritardo nell'adempimento dell'obbligo contributivo. A ogni buon conto, l'affermata inapplicabilità dei regimi sanzionatori di cui al d.lgs. n. 23/2015 parrebbe risolvere alla radice il problema, essendo evidente che l'esclusione ivi prevista riguarda implicitamente anche l'applicazione di ipotetiche sanzioni connesse al mancato pagamento dei contributi: v'è da chiedersi, peraltro, se questa soluzione così avvolgente e onnicomprensiva (che ricalca quella già seguita nell'art. 18, comma 10), seppur letteralmente ineccepibile, risponda a criteri di ragionevolezza ed equità, tenuto conto, tra l'altro, che i regimi sanzionatori in caso di evasione/omissione contributiva traggono origine non dal d.lgs. n. 23/2015, ma dall'art. 116 della l. n. 388/2000. È, dunque, evidente che al datore di lavoro che ripristini il rapporto e corrisponda la retribuzione, ma non versi i contributi, si applicheranno le sanzioni previste dalla disciplina generale³⁶.

³⁵ Di qui l'irrelevanza di *aliunde perceptum e aliunde percipiendum*.

³⁶ A miglior chiarimento di quanto argomentato in altra occasione (cfr. R. VIANELLO, *op. cit.*, 364), ciò vale naturalmente anche nell'ipotesi di revoca del licenziamento *ex art. 18, comma 10, l. n. 300/1970*.

4. Il regime contributivo dell'offerta di conciliazione

Ispirato a un'evidente finalità deflattiva (e, ancor prima, dissuasiva), l'art. 6 del d.lgs. n. 23/2015 stabilisce che, in caso di licenziamento dei lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti, «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 modificazioni³⁷, un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche³⁸ 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.

³⁷ La scelta di specifiche sedi conciliative è da alcuni giustificata in relazione alla indispensabilità di «un controllo da parte di organismi qualificati», tenuto conto che «l'accettazione dell'offerta dà luogo all'applicazione di benefici fiscali e contributivi [...] trattandosi di materia che attiene alla finanza pubblica e alla previdenza (sottratta perciò alla disponibilità delle parti)»: A. GARILLI, [Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 245, 15, che attribuisce all'organismo di conciliazione altresì il compito di «certificare la corretta applicazione delle esenzioni fiscali e contributive» (ivi, 16). In realtà, conciliazioni fondate su titoli che prevedono agevolazioni fiscali e contributive sono assai frequenti e ben possono essere perfezionate in sedi anche non "istituzionali"; e d'altra parte, com'è noto, anche le transazioni sottoscritte da datore di lavoro e lavoratore in sedi qualificate (giudiziali o extragiudiziali) non producono effetti nei confronti dell'Inps (tra le molte decisioni sul punto, da ultimo, si veda: Cass. 14 marzo 2014, n. 6037; Cass. 5 febbraio 2014, n. 2642; Cass. 24 novembre 2011, n. 24832, in *RCP*, 2012, n. 6, 1979 (s.m.), con nota di C. TADDEI, *La transazione intervenuta fra lavoratore e datore di lavoro non produce effetti nei confronti dell'ente previdenziale*).

³⁸ Si rammenta che, secondo quanto stabilito dagli artt. 6 e 17 TUIR, tutte le indennità conseguite dal lavoratore a titolo di risarcimento di danni consistenti nella perdita di redditi, esclusi quelli dipendenti da invalidità permanente o da morte, e, quindi, tutte le indennità aventi causa o che traggano comunque origine dal rapporto di lavoro, comprese le indennità per la risoluzione del rapporto per illegittimo comportamento del datore di lavoro, costituiscono redditi da lavoro dipendente: in proposito si veda Cass. 25 gennaio 2010, n. 1349. Critico nei confronti dell'esenzione fiscale (perché, non applicandosi all'indennizzo percepito in sede giudiziaria, «rende poco conveniente per il lavoratore affrontare il rischio e i tempi del contenzioso») è F. SCARPELLI, [La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 252, 11.

L'accettazione dell'assegno in tale sede da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla 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».

L'accettazione della proposta conciliativa configura una vera e propria transazione e, data la particolare finalità preconfezionata dal legislatore³⁹, impone una rapida disamina del relativo regime contributivo.

È, in primo luogo, nota la tradizionale diffidenza della giurisprudenza di legittimità nell'ammettere all'esenzione contributiva accordi transattivi siglati al solo fine di «evitare l'alea del giudizio», esenzione di recente spesso negata anche nei casi in cui a quella dichiarata finalità si accompagna l'imputazione della dazione a un titolo esonerativo di fonte legale *ex art. 27, comma 4, d.P.R. n. 797/1955* (come sostituito dall'art. 12 della l. n. 153/1969, nel testo novellato dall'art. 6 del d.lgs. n. 314/1997)⁴⁰. La scelta legislativa di non

³⁹ Poiché il «fine di evitare il giudizio» è, nel contempo, causale *ex lege* dell'accordo transattivo e *ratio* dello strumento deflattivo di cui all'art. 6, l'esenzione fiscale e contributiva spetta anche nel caso in cui nel testo dell'accordo le parti non menzionino quella particolare finalità, operando evidentemente, in presenza di tutte le condizioni legittimanti previste dalla norma (inclusa ovviamente quella relativa alla misura dell'importo offerto), una presunzione assoluta (circa la volontà di dar luogo alla conciliazione per la ragione ivi prevista), che non ammette prova contraria da parte dell'Agenzia delle entrate o degli enti previdenziali.

⁴⁰ Da ultimo si veda, ad esempio, Cass. n. 6037/2014, cit., in *GD*, 2014, n. 15, 82 (in continuità rispetto all'orientamento già desumibile da Cass. 9 maggio 2002, n. 6663, in *NGL*, 2002, 692, e Cass. 2 giugno 1998, n. 5412, ivi, 1998, 608): «[...] per escludere la computabilità di un istituto non è sufficiente la mancanza di uno stretto nesso di corrispettività, ma occorre che risulti un titolo autonomo, diverso e distinto dal rapporto di lavoro, che ne giustifichi la corresponsione (nella specie, è stato ritenuto inidoneo il riferimento alla volontà di evitare l'alea del giudizio e l'imputazione a titolo di incentivo all'esodo)». In motivazione la Cassazione, pur dando atto che in alcune risalenti pronunce (Cass. 7 gennaio 1997, n. 49, in *NGL*, 1997, 246; Cass. 1° agosto 1996, n. 6923, ivi, 120; Cass. 27 aprile 1992, n. 4999, in *GI*, 1993, I, 1, 88, con nota di G. ZILIO GRANDI, *Transazione e retribuzione imponibile. Appunti sulle nozioni di retribuzione*, e in *DL*, 1993, n. 1, II, 131, con nota di P. ASSORGIA, *Transazioni e assoggettabilità a contribuzione previdenziale*) «è stato ritenuto che le erogazioni del datore di lavoro derivanti da titolo transattivo, finalizzato non ad eliminare la "res dubia" oggetto della lite ma ad evitare il rischio della lite stessa, che non contenga un riconoscimento neppure parziale del diritto del lavoratore, sono da considerarsi non "in dipendenza" ma in nesso di mera occasionalità con il rapporto di lavoro e, pertanto, non assoggettabili a contribuzione assicurativa ai sensi della l. 30 aprile 1969, n. 153, art. 12», tuttavia precisa che, «al fine di valutare se siano assoggettabili a contribuzione obbligatoria le erogazioni economiche corrisposte dal datore di lavoro in favore del lavoratore in adempimento di una transazione, spiega limitato rilievo la circostanza che tali somme siano

assoggettare a contribuzione previdenziale l'importo offerto dal datore di lavoro in sede conciliativa denota, perciò, consapevolezza di quell'orientamento giurisprudenziale e si pone, dunque, in cosciente contrapposizione rispetto a esso, legittimando l'esenzione degli accordi transattivi ispirati semplicemente da quella finalità, purché conclusi alle condizioni previste dall'art. 6. Ne consegue che la definizione di un accordo di tal fatta, stipulato al di fuori delle condizioni normativamente previste, incapperebbe nel restrittivo orientamento giurisprudenziale e rischierebbe di non beneficiare di alcuna agevolazione contributiva.

L'offerta conciliativa può seguire l'impugnazione stragiudiziale di qualunque licenziamento, non avendo alcun fondamento testuale l'opinione volta a negare l'impiego di quello strumento nei casi di cui all'art. 2 per evitare di "premiare" con il beneficio fiscale e contributivo l'«aggiramento di norme cogenti»⁴¹.

L'espressa previsione dell'esenzione dalla contribuzione previdenziale⁴² rileva anche in relazione agli effetti dell'accettazione dell'assegno da parte del lavoratore, descritti nel secondo periodo dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015 (l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta). Anche a questo proposito, infatti, la giurisprudenza di legittimità si è sempre più orientata in senso estremamente rigoroso, ritoccando l'originaria impostazione dicotomica fondata sulla distinzione fra transazione novativa e

pervenute al lavoratore in adempimento di un accordo transattivo, dovendosi valutare più approfonditamente non solo se manchi uno stretto nesso di corrispettività, ma se risulti un titolo autonomo, diverso e distinto dal rapporto di lavoro, che ne giustifichi la corresponsione».

⁴¹ E. MASSI, *La conciliazione per i licenziamenti dei nuovi assunti del jobs act*, in www.generazionevincente.it, 16 gennaio 2015, il quale menziona le «ipotesi di recessi nulli o inefficaci ove la motivazione è assolutamente protetta dalla legge (tutela della maternità, del matrimonio, delle appartenenze religiose, politiche, sessuali e sindacali)»; E. MASSI, *Contratto a tutele crescenti e risoluzione del rapporto di lavoro*, in *DPL*, 2015, n. 13, inserto, XV. *Contra* M. MISCIONE, *op. cit.*, 761. Ora, premesso che ogni norma è, per sua natura, "cogente", non è chi non veda che il legislatore, come decide di concedere una particolare tutela al lavoratore che venga a trovarsi in determinate situazioni (maternità, matrimonio, ecc.), così può decidere di concedere una particolare esenzione non per premiare la violazione di una norma (ché allora dovrebbe negarsi l'offerta conciliativa in qualunque ipotesi di licenziamento viziato, posto che il vizio del recesso presuppone sempre la violazione di una norma "cogente"), ma per deflazionare il contenzioso, tanto più che il lavoratore è naturalmente libero di rifiutare l'offerta e di accettare l'alea della controversia.

⁴² Espressione da intendersi riferita anche ai premi assicurativi Inail.

non novativa⁴³, e statuendo l'assoggettabilità a contribuzione previdenziale della somma ricevuta dal lavoratore, dopo che lo stesso ha impugnato il licenziamento, sulla base di transazione intervenuta con il datore di lavoro⁴⁴. La scelta legislativa, perfezionata alle condizioni previste dall'art. 6, supera le sempre più rigide restrizioni giurisprudenziali e legittima, perciò, l'esenzione contributiva in evidente deroga rispetto ai principi elaborati dalla Cassazione, coerentemente, del resto, con l'affermata retroattività dell'estinzione del rapporto alla data del licenziamento⁴⁵: pertanto, la rinuncia all'impugnazione

⁴³ Ad esempio, si veda: Cass. 23 settembre 2010, n. 20146, in *GC*, 2011, n. 7-8, 1788 (s.m.), con osservazione critica di F. BUFFA, *Dei contributi previdenziali dovuti sulle somme oggetto di transazione giudiziale*; Cass. 10 febbraio 2003, n. 1946, in *NGL*, 2003, 509.

⁴⁴ In questi termini Cass. 17 febbraio 2014, n. 3685, la quale (in fattispecie in cui – a quanto è dato comprendere dalla lettura della motivazione – l'accordo tra il datore di lavoro e una lavoratrice era intervenuto dopo che quest'ultima aveva impugnato anche giudizialmente il licenziamento intimato) precisa che, «in materia di contributi previdenziali, sul fatto costitutivo dell'obbligazione contributiva non può in alcun modo incidere la volontà negoziale, che regoli diversamente l'obbligazione stessa o risolva con un contratto di transazione la controversia relativa al rapporto di lavoro, precludendo alle parti il relativo accertamento giudiziale». Il principio della totale estraneità e inefficacia della transazione eventualmente intervenuta tra datore di lavoro e lavoratore nei riguardi del rapporto contributivo (fermamente sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità) a maggior ragione vale nei casi in cui sia già intervenuta una pronuncia che ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento: Cass. n. 2642/2014, cit.; Cass. 7 gennaio 2009, n. 68, in *D&L*, 2009, 499 (s.m.), con nota di F. PERONE, *Natura retributiva delle somme dovute a seguito di licenziamento illegittimo e indisponibilità del rapporto contributivo* («la soluzione transattiva stragiudiziale oppure la conciliazione giudiziale, raggiunta dopo l'ordine di reintegrazione, non incidono sull'obbligo contributivo per il periodo compreso fra la data del licenziamento e la conciliazione, con la quale i rapporti, di lavoro e previdenziale, effettivamente finiscono. [...] Di conseguenza il datore deve pagare i contributi previdenziali sulla somma corrisposta al lavoratore, comunque qualificata nella sede transattiva e fino ad ammontare corrispondente alla misura della retribuzione dovuta in base al contratto di lavoro»); conf., tra le molte, Cass. 7 marzo 2003, n. 3487, in *MGL*, 2003, 568, con nota di A. RONDO, *Opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione: momento di cessazione del rapporto ed obblighi contributivi correlati*; Cass. 17 aprile 2001, n. 5639, in *FI*, 2001, n. 10, I, 2859; Cass. 13 agosto 2007, n. 17670 (si veda in motivazione l'affermazione secondo cui, «restando quindi l'obbligazione contributiva completamente insensibile agli effetti della transazione (si veda anche Cass. 3 marzo 2004, n. 6607), la sussistenza dei crediti di lavoro azionati dal dipendente doveva essere accertata indipendentemente dall'accordo concluso tra le parti, al solo fine dell'assoggettamento dei relativi importi (in quanto compresi nella retribuzione dovuta) all'obbligo contributivo»).

⁴⁵ La precisazione è, comunque, opportuna, posto che, in sua assenza, sarebbe certamente arduo immaginare un atteggiamento della giurisprudenza di legittimità accondiscendente rispetto alla decisione delle parti di far retroagire (specie ai fini dell'esonero contributivo) gli

del licenziamento, conseguente all'accettazione dell'assegno, produrrà effetti anche nei confronti dell'ente previdenziale, cui sarà precluso qualunque accertamento, a fini contributivi, collegato alla corresponsione della somma derivante dall'intervenuta risoluzione del rapporto di lavoro, che non sia finalizzato alla verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 6.

Come accennato, l'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 6 precisa che il beneficio dell'esenzione non vale per «le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro».

Anche in questo caso il legislatore manifesta senso pratico, dimostrando di essere ben consapevole che le transazioni che pongono fine a un rapporto di lavoro o che seguono il licenziamento e la sua conseguente impugnazione rappresentano usualmente l'occasione per definire qualunque pendenza (reale o anche solo ipotetica) tra le parti: di qui, appunto, la menzione di «eventuali [...] somme pattuite nella stessa sede conciliativa [...]», che potranno evidentemente essere «ulteriori» sia perché riferite a una causale diversa da quella che ha ispirato l'offerta di conciliazione (il «fine di evitare il giudizio»), sia perché di ammontare superiore a quello risultante dall'applicazione del parametro indicato nella norma⁴⁶.

effetti di un accordo transattivo estintivo del rapporto, successivo al licenziamento e all'impugnazione dello stesso.

⁴⁶ In altre parole, nel caso in cui il datore di lavoro offrisse, «al fine di evitare il giudizio» (e, dunque, sempre richiamando la sola causale esonerativa indicata dal comma 1 dell'art. 6), una somma superiore a quella risultante dal computo effettuato secondo i criteri indicati dalla norma (una mensilità per ogni anno di servizio), ma inferiore al tetto massimo di 18 mensilità, l'eccedenza, in quanto «somma ulteriore» rispetto a quella forfettariamente determinata *ex lege*, dovrebbe essere comunque soggetta al regime contributivo ordinario e, dunque, scontare il concreto rischio dell'assoggettamento a contribuzione, alla stregua del menzionato orientamento della giurisprudenza di legittimità, ormai propenso a gravare di contributi le erogazioni del datore di lavoro derivanti dal titolo transattivo finalizzato ad evitare il rischio della lite; e ad analoga conclusione dovrebbe giungersi anche in caso di offerta di una somma superiore a 18 mensilità (negli stessi termini – ma relativamente al regime fiscale – G. MIMMO, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in [Giustizia Civile.com](http://GiustiziaCivile.com), 24 aprile 2015, 24). Non ravviso, invece, alcuna ragione per negare l'esenzione fiscale e contributiva nel caso in cui le parti si accordino per la corresponsione di una somma inferiore a quella risultante dall'applicazione della modalità di computo di cui all'art. 6, comma 1 (così, invece, M. MISCIONE, *op. cit.*, 761), se non altro perché l'ultimo periodo di quel comma menziona le «somme ulteriori», così dando a intendere di voler precludere il beneficio solo nel caso di individuazione di una causale diversa o di «eccedenza» del *quantum* offerto rispetto a quello desumibile dall'applicazione del parametro normativo.

Ebbene, in questo caso deve ritenersi che lo specifico riferimento al ripristino del solo «regime fiscale ordinario» non debba intendersi quale implicita conferma dell'esenzione contributiva per qualunque altra somma venisse pattuita in sede conciliativa, quasi che quel particolare contesto in cui si è perfezionata l'adesione all'offerta permettesse di rendere immune da contribuzione ogni dazione, purché contenuta nei limiti dell'importo massimo. È pur vero, infatti, che questa conclusione passa necessariamente, da un lato, per una interpretazione estensiva della norma (fondata sull'assunto secondo cui il legislatore, prevedendo per le «ulteriori somme» unicamente l'assoggettamento al «regime fiscale ordinario», *minus dixit quam voluit*)⁴⁷, e, dall'altro lato, per la negazione della configurabilità dell'importo massimo dell'offerta conciliativa come una sorta di franchigia svincolata da qualunque causale (e semplicemente assistita da un “motivo”: ché allora in questi termini dovrebbe essere inteso il «fine di evitare il giudizio»); ma è altrettanto vero che sarebbe oltremodo difficile rendere ragione di un trattamento differenziato per le «eventuali ulteriori somme» pattuite in sede conciliativa, tale da far riemergere il regime ordinario solo a fini fiscali e non anche a fini contributivi, e creare così in quella sede una sorta di “zona franca” dal punto di vista dell'imponibile previdenziale.

In ogni caso, va da sé che l'assoggettamento al regime fiscale e contributivo ordinario delle «eventuali ulteriori somme pattuite» (in particolare, se l'accordo prevede l'individuazione di una causale diversa) non significa, di per sé, automatica imposizione fiscale⁴⁸ e contributiva: significa semplicemente applicazione delle regole impositive ordinarie, dalle quali potrà ovviamente conseguire l'addebito di imposte e contributi, ma anche l'esenzione⁴⁹.

⁴⁷ [Il parere approvato dalla Commissione sull'Atto del Governo n. 134](#), cit., suggeriva di precisare che «l'esenzione fiscale e contributiva non si applica alla parte del pagamento eccedente rispetto all'importo definito nella norma»: sebbene il Governo abbia recepito l'invito limitatamente ai profili fiscali, e non a quelli contributivi, non mi pare che questo sia un argomento sufficiente per stabilire che le eventuali ulteriori somme pattuite in sede conciliativa non devono essere assoggettate a contribuzione, naturalmente se ciò è previsto dal regime ordinario in relazione alla causale dichiarata.

⁴⁸ Così invece, a quanto pare, A. GARILLI, *op. cit.*, 19.

⁴⁹ In questi termini M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *ADL*, 2015, n. 2, 311, nota 5. In via esemplificativa, se il datore di lavoro, dopo il licenziamento, offre al lavoratore, nei termini (anche quantitativi) di cui all'art. 6, una somma per evitare il giudizio, e nella stessa sede conciliativa sistema anche la pendenza relativa al TFR non ancora pagato, quell'ulteriore somma (liquidata con quella specifica causale) non dovrà essere assoggettata a contribuzione previdenziale perché così prevede l'art. 27, comma 4, lett. a, del d.P.R. n. 797/1955, e sarà assoggettata ad imposta sul reddito secondo le regole dettate dall'art. 17, comma 1, lett. a, TUIR.

Notizie sugli autori

| | |
|---------------------------------|--|
| Fabrizio Amendola | Consigliere della Corte di Cassazione |
| Alessandro Bellavista | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Palermo |
| Domenico Borghesi | Già Professore ordinario di Diritto processuale civile, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia |
| Franco Carinci | Già Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bologna Alma Mater Studiorum |
| Carlo Cester | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova |
| Irene Corso | Dottore di ricerca, avvocato in Venezia |
| Barbara de Mozzi | Professore associato di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova |
| Sandro Mainardi | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bologna Alma Mater Studiorum |
| Maria Giovanna Mattarolo | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova |
| Elena Pasqualetto | Ricercatore di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova |
| Andrea Sitzia | Ricercatore di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova |
| Adriana Topo | Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova |

Marco Tremolada

Professore ordinario di Diritto del lavoro,
Università degli Studi di Padova

Riccardo Vianello

Professore associato di Diritto del lavoro,
Università degli Studi di Padova

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

1. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), **Lavoro: una riforma a metà del guado**, 2012
2. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), **Lavoro: una riforma sbagliata**, 2012
3. M. Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2012
4. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2012**, 2012
5. AA.VV., **I programmi alla prova**, 2013
6. U. Buratti, L. Casano, L. Petruzzo, **Certificazione delle competenze**, 2013
7. L. Casano (a cura di), **La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?**, 2013
8. F. Fazio, E. Massagli, M. Tiraboschi, **Indice IPCA e contrattazione collettiva**, 2013
9. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, **In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine**, 2013
10. M. Tiraboschi (a cura di), **Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale**, 2013
11. U. Buratti, **Proposte per un lavoro pubblico non burocratico**, 2013
12. A. Sánchez-Castañeda, C. Reynoso Castillo, B. Palli, **Il subappalto: un fenomeno globale**, 2013
13. A. Maresca, V. Berti, E. Giorgi, L. Lama, R. Lama, A. Lepore, D. Mezzacapo, F. Schiavetti, **La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231**, 2013
14. F. Carinci, **Il diritto del lavoro in Italia: a proposito del rapporto tra Scuole, Maestri e Allievi**, 2013
15. G. Zilio Grandi, E. Massagli (a cura di), **Dal decreto-legge n. 76/2013 alla legge n. 99/2013 e circolari "correttive": schede di sintesi**, 2013
16. G. Bertagna, U. Buratti, F. Fazio, M. Tiraboschi (a cura di), **La regolazione dei tirocini formativi in Italia dopo la legge Fornero**, 2013
17. R. Zucaro (a cura di), **I licenziamenti in Italia e Germania**, 2013

18. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2013**, 2013
19. L. Mella Méndez, **Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo**, 2014
20. F. Carinci (a cura di), **Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte costituzionale n. 231/2013**, 2014
21. M. Tiraboschi (a cura di), **Jobs Act - Le misure per favorire il rilancio dell'occupazione, riformare il mercato del lavoro ed il sistema delle tutele**, 2014
22. M. Tiraboschi (a cura di), **Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34. Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese - Prime interpretazioni e valutazioni di sistema**, 2014
23. G. Gamberini (a cura di), **Progettare per modernizzare. Il Codice semplificato del lavoro**, 2014
24. U. Buratti, C. Piovesan, M. Tiraboschi (a cura di), **Apprendistato: quadro comparato e buone prassi**, 2014
25. M. Tiraboschi (a cura di), **Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro**, 2014
26. F. Carinci (a cura di), **Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014**, 2014
27. S. Varva (a cura di), **Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento**, 2014
28. R. Scolastici, **Scritti scelti di lavoro e relazioni industriali**, 2014
29. M. Tiraboschi (a cura di), **Catastrofi naturali, disastri tecnologici, lavoro e welfare**, 2014
30. F. Carinci, G. Zilio Grandi (a cura di), **La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto I**, 2014
31. E. Massagli (a cura di), **Il welfare aziendale territoriale per la micro, piccola e media impresa italiana. Un'indagine ricostruttiva**, 2014
32. F. Carinci (a cura di), **La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto II**, 2014
33. S. Stefanovichj, **La disabilità e la non autosufficienza nella contrattazione collettiva italiana, alla luce della Strategia europea sulla disabilità 2010-2020**, 2014
34. AA.VV., **Crisi economica e riforme del lavoro in Francia, Germania, Italia e Spagna**, 2014
35. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2014**, 2014

36. M. Tiraboschi (a cura di), **Occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche**, 2015
37. F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), **I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni**, 2015
38. M. Soldera, **Dieci anni di staff leasing. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato nell'esperienza concreta**, 2015
39. M. Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2015
40. F. Carinci (a cura di), **La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014**, 2015
41. F. Carinci, **Il tramonto dello Statuto dei lavoratori**, 2015
42. U. Buratti, S. Caroli, E. Massagli (a cura di), **Gli spazi per la valorizzazione dell'alternanza scuola-lavoro**, in collaborazione con IRPET, 2015
43. U. Buratti, G. Rosolen, F. Seghezzi (a cura di), **Garanzia Giovani, un anno dopo. Analisi e proposte**, 2015
44. D. Mosca, P. Tomassetti (a cura di), **La trasformazione del lavoro nei contratti aziendali**, 2015
45. M. Tiraboschi, **Prima lettura del decreto legislativo n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro**, 2015

SOCI ADAPT

| | | |
|---------------------------------------|--------------------------------|--|
| ABI | Confindustria Vicenza | Gruppo Manutencoop |
| AgustaWestland | Confprofessioni | Ifoa |
| Aifos | Consorzio formazione&lavoro | IKEA Italia Retail |
| ANCC-Coop | Coopfond-Legacoop nazionale | In Job |
| ANCL Veneto | Cremonini | INAIL |
| Angem | Dussmann Service | Isfol |
| ANINSEI | Ebinter | Italia Lavoro |
| Anmil | Ebiter Taranto | KPMG |
| Assoimprenditori Alto Adige | Electrolux Italia | LVH-APA |
| Assolavoro | Elior Ristorazione | Manpower |
| Banca Popolare dell'Emilia Romagna | Enel | Marelli motori |
| Campagnolo | Eni | MCL |
| CIA | Esselunga | Quanta |
| CISL | Farindustria | Randstad Italia |
| CISL FP | Federalberghi | Sodexo Italia |
| CNA | Federdistribuzione | Sodexo Motivation Solutions Italia |
| Coldiretti | FederlegnoArredo | Synergie Italia Agenzia per il lavoro |
| Confagricoltura | Federmeccanica | Telecom Italia |
| Confartigianato | Fedit | Tempor |
| Confcommercio | FILCA-CISL | Trenkwalder |
| Confcooperative | Fincantieri | UIL |
| Confesercenti | FIPE | Umana |
| Confimi Impresa | FISASCAT-CISL | Unindustria Treviso |
| Confindustria | Fondazione CRUI | Union Labor |
| Confindustria Bergamo | Fondirigenti | |
| Confindustria Verona | Gi Group | |

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

