

Working Paper

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

Il licenziamento nullo: chiavistello o grimaldello del nuovo sistema “a tutele crescenti”?

di Marco Biasi

Assegnista di ricerca dell'Università Ca' Foscari di Venezia

Il contributo è destinato alla pubblicazione all'interno del volume a cura di G. Zilio Grandi, M. Biasi, *Commentario Breve alla Riforma "Jobs Act"*, in corso di pubblicazione per i tipi di Cedam.

INDICE

Premessa	1
1. Il licenziamento nullo: dall'art. 18, comma 1, S.L. (uscente dalla l. n. 92/2012) all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015	5
2. Le ipotesi di nullità del licenziamento intimato per asserite ragioni disciplinari... ..	11
3. ... e per dichiarate ragioni oggettive	16
4. Il caso del licenziamento per carenza dell'inidoneità psicofisica del lavoratore dedotta dal datore di lavoro	19
Conclusioni.....	24

Premessa

Come messo in evidenza da Adalberto Perulli, il c.d. “Jobs Act”¹ e, per quel che qui interessa, il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 in tema di contratto a tutele crescenti², hanno certamente segnato un “mutamento di paradigma”³ rispetto al diritto del lavoro del secolo scorso ed un – definitivo o ciclico, resta da vedere – distacco da un passato di progressivo consolidamento della stabilità del rapporto verso una nuova politica

¹ Qui inteso come un solo “percorso regolatore” (così L. Zoppoli, *Qualche nota di metodo per giuristi e legislatori con applicazione al contratto a tutele crescenti*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014*, n. 183, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, Collective Volumes, 2014, 3, pag. 10), portato a compimento attraverso più “fasi”: sul punto, G. Zilio Grandi, M. Biasi, *Introduzione: una riforma in più “fasi”*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma “Jobs Act”*, Padova, 2015, in corso di pubblicazione.

² Tra i primi commenti, F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai 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*, Modena, 2015, pag. 65 e segg.; Id., *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla L. N. 300/1970 al Jobs Act)*, in *ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series*, n. 41/2015, nonché, con particolare riferimento al licenziamento disciplinare nel nuovo regime, Id., *Il licenziamento disciplinare all’indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *Working Paper ADAPT*, n. 176/2015; L. Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 3, pag. 507 e segg.; R. De Luca Tamajo, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, *ivi*, 2, pag. 269 e segg.; M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 2, pag. 310 e segg.; M. Persiani, *Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, *ibidem*, pag. 393 e segg.; G. Vidiri, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*, *ibidem*, pag. 353 e segg.; B. Caruso, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 265; M. Magnani, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 256; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 259; A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 245; A. Zoppoli, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 260; F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 252; 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*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 251; E. Barraco, *Jobs Act: le tutele crescenti contro il licenziamento per i neo-assunti*, in *Lav. Giur.*, 2015, 2, pag. 123 e segg.; L. de Angelis, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 250; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 246; P. Ichino, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, pag. 205 e segg.; G. Prosperetti, *L’elemento della malafede del datore di lavoro nella nuova disciplina dei licenziamenti*, *ibidem*, pag. 241 e segg. Tra i commenti, v. F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Modena, 2015; E. Ghera, D. Garofalo (a cura di); *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015; L. Fiorillo, A. Perulli, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino 2015; R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015; AA.VV., *La riforma del lavoro (c.d. Jobs Act). Il contratto di lavoro a tutele crescenti e gli strumenti di contrasto alla disoccupazione (d.leg. 4 marzo 2015 nn. 22 e 23)*, in *Foro It.*, 2015, V, col. 229.

³ 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...*, cit., pag. 4; nello stesso senso, V. Speciale, *op. ult. cit.*, pag. 7.

“concessiva”⁴.

Per la verità, una svolta decisiva pareva essersi già realizzata con la l. 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. “Legge Fornero”), nella parte in cui quest’ultima aveva infranto (o, meglio, tentato di infrangere: v. *infra*) il “tabù” della reintegrazione⁵, rimedio, quest’ultimo, in precedenza garantito indistintamente in tutte le ipotesi di licenziamento viziato (nullo, annullabile o inefficace) rientrante nel campo di applicazione dell’art. 18 dello Statuto⁶. Nell’intervenire nuovamente e prepotentemente sulla disciplina dei licenziamenti, il c.d. *Jobs Act*, non solo si è inserito sulla scia del predecessore⁷, ma anche (o, forse, soprattutto) si è mosso nella prospettiva di ovviare al sostanziale “fallimento” di quest’ultimo nel raggiungere i propri obiettivi principali, ossia: a) limitare il diritto dei lavoratori alla reintegrazione nel posto di lavoro, oltre alle ipotesi di licenziamento nullo, ad alcuni casi *circoscritti* di ingiustificatezza “qualificata”⁸, tanto del licenziamento disciplinare, quanto di quello economico⁹; b) ridurre la discrezionalità giudiziaria¹⁰ e, conseguentemente, l’incertezza sugli esiti delle controversie in materia di licenziamento¹¹.

Così si spiega, da un lato, la volontà del Legislatore di occuparsi nuovamente del tema ad appena due anni di distanza da un già “epocale” provvedimento, dall’altro, la scelta di non abrogare il regime statutario, ma di condannarlo ad un – più o meno – lento tramonto (insieme al relativo “Rito Speciale”)¹², fatta salva la sua possibile applicazione per effetto di specifiche pattuizioni individuali o collettive¹³. Nel d.lgs. n. 23/2015, infatti, è stata dettata una disciplina *pro futuro* (per i nuovi assunti¹⁴), con lo scopo di

⁴ L’utilizzo di un’espressione propria delle relazioni industriali non è qui causale, avendo anch’esse subito nel recente una profonda modifica, che si ritiene frutto di simili impulsi (interni e non): in proposito, si consenta il rinvio, anche per la bibliografia, a M. Biasi, I. Katsaroumpas, *The Age of ‘Europeanized Decentralisation’: Mapping the ‘convergent’ crisis regulatory trajectories on collective bargaining structures in eight EU Member States*, Paper presentato in occasione del convegno internazionale del “Labour Law International Network”, tenutosi in Amsterdam 25-27 giugno 2015.

⁵ C. Cester, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in Id. (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, pag. 1.

⁶ F. Carinci, *Il tramonto dello Statuto*, cit., pag. 6; M. De Luca, *op. ult. cit.*, pag. 5.

⁷ M. Magnani, *op. ult. cit.*, pag. 3; A. Zoppoli, *op. ult. cit.*, pag. 3.

⁸ A. Vallebona, *La disciplina sostanziale dei licenziamenti*, in F.P. Luiso, R. Tiscini, A. Vallebona (a cura di), *La nuova disciplina sostanziale e processuale dei licenziamenti*, Torino, 2013, pag. 14 e segg.

⁹ Da ultimo, G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 1, pag. 59.

¹⁰ In tema, ampiamente, P. Tullini, *La decisione del giudice tra allegazioni e onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell’art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Lav. Dir.*, 2014, 2-3, pag. 435 e segg.

¹¹ Contrariamente all’auspicio del Legislatore del 2012, la discrezionalità nei giudizi in materia di licenziamento è sembrata “raddoppiare” in uno con le fasi del relativo giustizia (legittimità/illegittimità del recesso e scelta dell’eventuale rimedio o sanzione): per tutti, O. Mazzotta, *I molti nodi irrisolti del nuovo 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*, Torino, 2013, pag. 238.

¹² Si leggano le riflessioni di F. Perrone, *Questioni processuali attorno al contratto a tutele crescenti*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma “Jobs Act”*, cit.

¹³ Sul punto, diffusamente, M. Novella, *Derogabilità collettiva e individuale del regime a tutele crescenti*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma “Jobs Act”*, cit..

¹⁴ Ossia per i lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del d.lgs. 23/2015, nonché per le ipotesi di “conversione” di contratti a termine e di apprendistato stipulati in precedenza: v. art. 1, comma 2 d.lgs. 23/2015. Sul campo di applicazione della normativa, v. A. Boscati, *Il campo di applicazione del decreto n. 23/2015 e il nodo del pubblico impiego*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma “Jobs Act”*, cit.. Sui profili di costituzionalità legati alla persistenza del doppio regime, per tutti, M.V. Ballestrero, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav.*

superare, ancor più che la precedente disciplina¹⁵, la sua lettura giurisprudenziale¹⁶, come si può dedurre da alcuni inequivocabili riferimenti testuali, all'interno del decreto, ai risultati dell'attività interpretativa che ha investito il – non più – “nuovo” art. 18 S.L.¹⁷. Sempre in linea di continuità con la l. n. 92/2012, si è scelto di non intervenire sui presupposti del licenziamento¹⁸, essendo fallito il tentativo di isolare la fattispecie dello scarso rendimento¹⁹ o di restringere ulteriormente, come avvenuto in Spagna²⁰, le maglie del controllo giudiziario sulla ricorrenza del giustificato motivo oggettivo²¹, forse anche per una certa comprensione da parte della magistratura delle ragioni allegate dai datori di lavoro durante il periodo di crisi²². Si è poi insistito nella soluzione, oggi “radicalizzata”²³, di modulare il regime sanzionatorio o protettivo sulla base della gravità del comportamento datoriale o del vizio del recesso²⁴.

Dir., 2015, 1, pag. 39 e segg.

¹⁵ Non a caso, dell'art. 18 S.L. non si rinviene alcuna espressa menzione nella l. 183/2014 e nel d.lgs. 23/2015: A. Mari, *Le tutele decrescenti nel primo decreto attuativo dl Jobs act*, in www.questionegiustizia.it, 26 gennaio 2015, pag. 2.

¹⁶ Cfr. R. Pessi, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, cit., pag. 5, il quale ha indicato tra le finalità del d.lgs. 23/2015 quella di “educare la giurisprudenza ad una rilettura della riforma del 2012”. Sulla giurisprudenza successiva alla modifica dell'art. 18 S.L., da ultimo, M. Barbieri, A. De Salvia, R. Di Meo, *Il licenziamento individuale nella legge n. 92/2012 nelle prime pronunce di legittimità (e in quelle di merito)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, II, pag. 195 e segg.; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 2013, 190; C. Giorgiantonio, *Riforma del mercato del lavoro e giudizi sui licenziamenti individuali: prime evidenze*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, 2014, 214; M. Biasi, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 4-5, pag. 1235 e segg.

¹⁷ La qui corre subito al discusso “fatto materiale”: v. *infra*.

¹⁸ Con riferimento alla l. 92/2012, T. Treu, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, 1, pagg. 37-38; G. Pacchiana Parravicini, *Il nuovo art. 18 st. lav.: problemi sostanziali e processuali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, 10, pag. 748; P. Sordi, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in AA.VV., *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Milano, 2013, pag. 253; M. Ferraresi, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Milano, 2012, pag. 257.

¹⁹ In tema, diffusamente, A. Avondola, *Lo scarso rendimento: una nuova frontiera del licenziamento per giustificato motivo oggettivo?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, pag. 127 e segg., anche per i riferimenti bibliografici.

²⁰ J.L. Gil y Gil, *Strengthening the power of dismissal in recent labor reforms in Spain*, in *Comp. Lab. L. & Pol. J.*, 2014, 35, 3, 413 segg.; per un confronto con la riforma italiana del 2012, M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *Lav. Dir.*, 2012, 3-4, pag. 441 e segg.

²¹ U. Gargiulo, *Il licenziamento “economico” alla luce del novellato articolo 18*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2014, I, pag. 88.

²² M. Persiani, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo: limiti al potere del datore di lavoro e articolazioni delle tutele*, in S. Brusati, E. Gragnoli (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Quaderni Arg. Dir. Lav.*, 2014, 12, pag. 19.

²³ Così R. De Luca Tamajo, *op. ult. cit.*, pag. 270.

²⁴ Avuto riguardo alla l. 92/2012, R. Del Punta, *La flessibilità in uscita. Licenziamenti individuali*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, pag. 355; E. Ghera, *op.cit.*, pag. 25; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St.Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, pag. 792; C. Consolo, D. Rizzardo, *Verè o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. Giur.*, 2012, 6, pagg. 729-730; M.T. Carinci, *Il licenziamento discriminatorio o <per motivo illecito determinante> alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*,

Sono però profondamente cambiati, da un lato, il *quantum* dell'indennità alternativa alla reintegrazione (oggi individuata in un importo fisso crescente con l'anzianità di servizio²⁵) ed il parametro per il calcolo di tale indennità²⁶, dall'altro lato, l'ambito di applicazione di quest'ultima, dilatatosi specularmente al restringersi di quello della reintegrazione²⁷, con l'eccezione, però, dell'ipotesi del licenziamento «discriminatorio e nullo». Proprio questo, del resto, era stato “fatto salvo” anche dalla precedente riforma²⁸ e ancora affidato al rimedio reintegratorio c.d. “pieno” (i.e. reintegrazione e risarcimento del danno in misura pari alla mensilità perse: v. *infra*), ieri ed oggi, dunque, giuste le indicazioni contenute nella l. n. 183/2014²⁹, ultimo “baluardo” (o, forse, retaggio) dell'articolo 18 statutario “prima maniera”³⁰.
Interrogarsi, a seguito del descritto arretramento del diritto del lavoro nella sua storica

in Riv. Giur. Lav., 2012, I, pag. 654; F. Santini, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro...*, cit., pag. 238; P. Albi, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediabile ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, 385.

²⁵ In questo senso, in parte (se non del tutto) fuorviante è parso ai primi commentatori il richiamo alle tutele crescenti, che traspariva dalle precedenti proposte di “contratto unico”, avanzate in dottrina e in sede parlamentare (T. Boeri, P. Garibaldi, *Un nuovo contratto per tutti*, Milano 2008, sostanzialmente confluito nel d.d.l. 5 febbraio 2010, n. 2000, ad iniziativa del Sen. Paolo Nerozzi e altri; d.d.l. 25 marzo 2009, n. 1418, ad iniziativa del Sen. Pietro Ichino e altri; d.d.l. 22 luglio 2009, n. 2630, ad iniziativa dell'On. Maria Anna Madia e altri; M. Pallini, M. Leonardi, *Il dibattito sul contratto unico e un'introduzione all'ammortizzatore unico*, in C. Dell'Aringa, T. Treu (a cura di), *Le Riforme che mancano*, 2009, Bologna, pag. 151 e segg.), e pure in ambito europeo (per una sintesi, G. Casale, A. Perulli, *Towards the Single Employment Contract. Comparative Reflections*, Geneve, 2014, *passim*). Non vi è infatti, nel nuovo quadro di cui al d.lgs. 23/2015, alcun “consolidamento” dopo un certo periodo, ma semplicemente una crescita quantitativa del risarcimento (o, meglio, dell'indennità) per il licenziamento ingiustificato (E. Barraco, *op. cit.*, pag. 124), né, a maggior ragione, alcun elemento che possa far parlare di un nuovo “tipo” contrattuale (cfr. G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, cit., pag. 57; M. Marazza, *op. ult. cit.*, pag. 316; S. Giubboni, *Profili costituzionali...*, cit., pag. 3; A. Perulli, *op. ult. cit.*, pag. 27; M. Magnani, *op. ult. cit.*, pag. 2).

²⁶ Si tratta ora di “un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto”, e non più dell'ultima “retribuzione globale di fatto”: sul punto, V. Fili, *Tutele risarcitoria e indennitaria: profili quantificatori, previdenziali e fiscali*, E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, cit., pag. 185 e segg.

²⁷ V. Speciale, *op. ult. cit.*, pag. 11.

²⁸ A suo tempo, l'allora Premier Mario Monti, piuttosto inspiegabilmente, aveva parlato addirittura di un rafforzamento delle tutele nei confronti del licenziamento discriminatorio: v. il discorso del 4 aprile 2012, in occasione della conferenza stampa di presentazione del d.d.l. n. 3249/2012. Piuttosto, va ricordato che durante le fasi iniziali di gestazione della Riforma, il licenziamento discriminatorio era stato indicato come l'unico spazio residuo per l'applicazione della tutela reintegratoria (F. Carinci, M. Miscione, *La "Riforma Fornero" (L. N. 92/2012)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, pag. 808) anche se poi tale *intentio* del Legislatore era rimasta estranea al testo definitivo ed alla relativa *ratio* (F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 2, pagg. 292-294).

²⁹ Art. 1, comma 7 lett. c) l. 10 dicembre 2014, n. 183. Sulla legge delega, in generale, F. Carinci, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, cit., pag. 1 e segg.; L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lav. Dir.*, 2015, 1, pag. 13 e segg.; V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2014, 233; A. Tursi, *L'articolo 18 e il "contratto a tutele crescenti"*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, 4, pag. 923 e segg.

³⁰ Sul punto, P. Chieco, *La nullità del licenziamento per vizi "funzionali" alla luce dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, 2, pag. 331.

funzione protettiva, sull'ambito e sul ruolo rivestito dal licenziamento nullo significa affrontare la sfida di collocare le nuove disposizioni in un'ottica di sistema, muovendosi nell'angusto e, al tempo stesso, fluido spazio tra due poli opposti: da un lato, la dilatazione degli spazi del licenziamento nullo verso l'area del difetto di giustificazione, con il conseguente effetto di sterilizzare gli obiettivi che il Legislatore – a torto o a ragione, sul piano della politica del diritto – si è posto con l'ultima Riforma (e con la precedente); dall'altro lato, l'appiattimento dell'interpretazione delle nuove disposizioni sul mero (o, meglio, apparente) dato letterale, con la conseguente impossibilità di arginare le (troppo) agevoli vie di fuga datoriali da un regime che ancora annovera, tra i rimedi nei confronti dell'invalidità del recesso, la tutela ripristinatoria, la quale, per quanto oggi divenuta “di chiusura”, non pare priva di precisi addentellati costituzionali.

1. Il licenziamento nullo: dall'art. 18, comma 1, S.L. (uscite dalla l. n. 92/2012) all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015

Come anticipato, nella c.d. “Legge Fornero” nulla era cambiato nel regime sanzionatorio previsto per i casi di licenziamento discriminatorio o altrimenti nullo, rimasti assoggettati alla “vecchia” tutela reale *ex art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300*³¹.

Eppure, la riduzione del rimedio per gli altri casi di invalidità del recesso aveva reso di stringente attualità il problema dei confini della nullità. Sino a tale momento, infatti, il tema del licenziamento discriminatorio era stato di relativo interesse, tanto nella riflessione teorica (che si era invece concentrata su altri profili del diritto antidiscriminatorio, anche su impulso europeo), quanto nell'esperienza pratica, alla luce del fatto che, nella disciplina previgente, veniva garantita al lavoratore la stessa forma di tutela (reale) nei casi di licenziamento discriminatorio e ingiustificato, di tal ch , almeno nelle imprese rientranti nel campo del “vecchio” articolo 18 statutario, il lavoratore licenziato non aveva alcun interesse a “scomodare” la discriminazione e, soprattutto, il relativo regime (si legga, onere) probatorio, per ottenere al pi  un rimedio analogo a quello riconosciuto nei casi di “semplice” carenza di giustificazione del recesso³².

Piuttosto, la giurisprudenza aveva nel tempo aperto ad una lettura estensiva della discriminazione, ricomprendendo nello spazio di applicabilit  dell'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300 le ipotesi di licenziamento c.d. “ritorsivo” o “per rappresaglia”³³, forse pi 

³¹ M. Marazza, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pagg. 615-619; C. Cester, *La metamorfosi della tutela reale*, 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*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, suppl. n. 33, pag. 34.

³² A. Guariso, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, 2, pag. 352.

³³ Rientrano in tale categoria, secondo una massima consolidata, i recessi intimati unicamente per rappresaglia o ritorsione a fronte di un comportamento lecito del lavoratore, eppure sgradito al datore di lavoro: tra le ultime, Cass. 26 maggio 2015, n. 10834, in corso di pubblicazione in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, con nota di E. Gramano, *Sull'accertamento della ritorsivit  del licenziamento* (alla quale ultima si rimanda per gli opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali), laddove viene confermato il giudizio della Corte territoriale circa la “*natura persecutoria-vendicativa-discriminatoria della condotta complessiva del datore di lavoro...estrinsecatasi nell'irrogazione delle numerose sanzioni disciplinari, una sola delle quali (ma di lieve entit ) risultata fondata e quindi nell'intimazione del licenziamento*”; Cass. 16 luglio 2015, n. 14928, in *Dir. Giust.*, 2015, 29, pag. 9, con nota di M. Tonetti; Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 362, con nota di C. Pederzoli, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Un'incerta linea di confine*.

per – condivisibili – ragioni di carattere pratico, legate all’esigenza di evitare l’applicazione in tale ipotesi del rimedio della c.d. “nullità di diritto comune”, che sulla scorta di approfondite teorizzazioni sul rapporto tra discriminazione e motivo illecito³⁴. In questo senso, era sembrato meritorio l’intendimento del Legislatore del 2012 di “isolare”, all’interno del regime rimediale previsto dal nuovo art. 18, commi 1-3, S.L. per il licenziamento nullo, le singole ipotesi di: a) licenziamento discriminatorio, b) il licenziamento per causa di matrimonio, c) il licenziamento legato alla maternità/paternità, d) il licenziamento «determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell’art. 1345 del codice civile»; e) il *recesso* «riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge». In tal modo, la “Riforma Fornero”, non solo aveva apertamente esteso la sanzione prevista per il licenziamento discriminatorio ai casi di licenziamento per motivo illecito, ma aveva altresì ricompreso sotto l’ombrello della “tutela reintegratoria forte”, oltre ai licenziamenti orali (in quanto tali, inefficaci), altri casi di nullità del *recesso*, tra cui quello della lavoratrice madre, che in precedenza erano assoggettati al regime rimediale della “nullità di diritto comune”³⁵, oltre ai recessi rientranti nella categoria sfuggente degli «altri casi di nullità previsti dalla legge»³⁶. A fronte dell’inevitabile corsa alla discriminazione in sede processuale, animata dallo scopo di ottenere la maggiore tutela possibile, la giurisprudenza aveva dato corpo e forma ad una nuova *vis expansiva* della discriminazione, non più, come in precedenza, verso il motivo illecito, quanto verso l’area della – mera – ingiustificatezza del *recesso*³⁷. In alcune decisioni, si era così giunti nella sostanza – ma nella diversità dei presupposti teorici – ad effetti simili a quelli prospettati dalla suggestiva ed articolata tesi di Maria Teresa Carinci³⁸, laddove veniva riconosciuto il diritto del lavoratore al

³⁴ Cass. 26 marzo 2012, n. 4797, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1284, Cass. 8 agosto 2011, n. 17087, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, II, pag. 326, con nota di G. Cannati, *La ritorsione indiretta*; Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, cit.; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, in *Foro It.*, Rep. 2011, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 1240; *contra*, Pret. Frosinone 6 maggio 1999, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1999, 3, pag. 685.

³⁵ L’inclusione di tali ipotesi di licenziamento nel nuovo art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, ad avviso di P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, in Id. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, cit., pag. 278, avrebbe di fatto comportato un ulteriore ridimensionamento, se non proprio “*la fine*”, della “*tutela di diritto comune*”. In precedenza, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305, in *Foro It.*, 2010, I, pag. 103, secondo cui il licenziamento nullo in quanto intimato in concomitanza con il matrimonio non risultava assoggettabile alla tutela ex art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300; similmente, Cass. 18 settembre 2004, n. 18537, in *Dir. Prat. Lav.*, 2004, 44, pag. 2855, con nota di A. Quarto, *Licenziamento della lavoratrice madre: qualificazione e conseguenze, con riguardo ad un licenziamento in violazione della normativa a sostegno della maternità*.

³⁶ Pare convincente l’opinione sul punto di R. Del Punta, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricongnizioni e confronti*, Milano, 2014, pag. 21, secondo cui la disposizione avrebbe ivi accolto, attraverso una «formula di chiusura», i casi di nullità virtuale, «nei quali la nullità dell’atto (qui, di *recesso*), pur non sancita, deriva dal contrasto con una specifica norma imperativa».

³⁷ M. Corti, *La tendenza espansiva della nuova reintegrazione: riflessioni su alcune pronunce ex articolo 18, comma 1, dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 4, pag. 1038; M. Biasi, *op. ult. cit.*, pag. 1249.

³⁸ Ad avviso dell’A. citata, in estrema sintesi, se le ragioni discriminatorie non sono un elenco tassativo, ma individuano interessi della sfera del lavoratore che il datore di lavoro non può violare, pena l’illiceità della causa, il licenziamento non sarebbe discriminatorio o illecito solo qualora persegua l’unico interesse datoriale ammesso, ovvero quello di garantire la funzionalità dell’organizzazione: M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all’italiana” a confronto*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 4, pagg. 553-564. Tale lettura, cui ha aderito M. Fezzi, *I licenziamenti discriminatori*, in M. Fezzi, F. Scarpelli (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero, I Quaderni di Wikilabour*, Milano, 2012, pag. 103, ha ricevuto rilievi critici in dottrina, tanto per la sua incompatibilità

rimedio reintegratorio in casi che parevano rientrare nell'alveo dell'annullabilità per difetto di giustificazione ben più che in quello della nullità³⁹.

E, ad avviso di chi scrive, sarebbe stata proprio la volontà di arginare i pronunciamenti giurisprudenziali che avevano trasformato l'art. 18 "post-Fornero" in "una sorta di buco nero dotato di enorme forza attrattiva teorica e pratica"⁴⁰, a portare all'inserimento, come suggerito nel Parere della Commissione Lavoro del Senato⁴¹, all'interno del testo dell'art. 2 d.lgs. 23/2015, dell'inciso in forza del quale la sanzione reintegratoria⁴² si continui ad applicare, per i nuovi assunti, ai licenziamenti discriminatori unicamente «a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni», nonché negli «agli altri casi di nullità [solo se] espressamente previsti dalla legge».

La differenza tra il testo dell'art. 18, S.L. e dell'art. 2 d.lgs. n. 23/2015 non sembrerebbe di poco conto: innanzitutto, parrebbe confermata la lettura necessariamente "sogettiva" del licenziamento discriminatorio, in forza della quale in tale ipotesi risulterebbe necessaria la dimostrazione che il recesso fosse determinato dalla volontà di colpire il lavoratore per certe sue caratteristiche⁴³. Tale interpretazione, che risultava già

con il nuovo regime sanzionatorio "modulato" (F. Carinci, *Ripensando il "nuovo"...*, cit., pag. 314; P. Chieco, *La nullità del licenziamento*, cit., pag. 341; V. Speziale, *op. ult. cit.*, pagg. 544-550), quanto sul piano dei presupposti teorici, avuto particolare riguardo al problema dell'individuazione della causa nell'atto di recesso datoriale (M. Corrias, *Il licenziamento discriminatorio dopo la l. n. 92 del 2012: fattispecie e tutela*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 4/5, pagg. 868-873; L. Nogler, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 4, pag. 679), e non ha trovato, a quanto consta, espressa adesione in giurisprudenza.

³⁹ Trib. Bologna 19 novembre 2012, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, pag. 271, con note di P. Ichino, *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, e F. Scarpelli, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*; in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, 1/2, pag. 36, con nota di A. Vallebona, *Reintegrazione per motivo illecito inventato: l'imprenditore onesto è un estorsore*, riguardante il licenziamento di una lavoratrice part-time, la quale aveva rifiutato il trasferimento ad altro punto vendita con contestuale passaggio al full-time, proposto dal datore di lavoro in alternativa al recesso per giustificato motivo oggettivo, dovuto alla chiusura del negozio ove la stessa operava: a fronte della previsione di cui all'art. 5, comma 1 d.lgs. 61/2000, oggi ripresa all'art. 8, comma 1 d.lgs. 81/2015 («il rifiuto di un lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, o il proprio rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto a tempo pieno, non costituisce giustificato motivo di licenziamento»), nel caso di specie il Giudice ha ritenuto il licenziamento «discriminatorio, per motivo illecito e comunque nullo», riconoscendo il diritto della lavoratrice alla reintegrazione (presso l'unità produttiva "ad quem" e con orario part-time) ed al risarcimento del danno ex art. 18, commi 1-3 S.L.; lo stesso rimedio è stato riconosciuto da Trib. Monza 13 febbraio 2014, avente ad oggetto il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (motivato sulla scorta di un calo del fatturato, risultato effettivo in sede di giudizio) di una lavoratrice rientrata da pochi giorni da un periodo di aspettativa non retribuita successivo alla maternità. Il Giudice ha ritenuto il recesso discriminatorio, in particolare avuto riguardo alla scelta della lavoratrice da licenziare, sulla scorta di una valutazione del quadro indiziario basata sull'elemento temporale, sulla presenza di una sostituta poi confermata al termine del periodo di gravidanza della lavoratrice licenziata e sulla mancata prova dell'impossibilità di una riqualificazione quale alternativa al recesso.

⁴⁰ F. Carinci, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18 St.*, in S. Brusati, E. Gragnoli (a cura di), *op. cit.*, pag. 91.

⁴¹ Commissione Lavoro del Senato, 11 febbraio 2015, *Parere sullo schema di d.lgs. n. 134/2015*.

⁴² Ai sensi dell'art. 2, comma 2 d.lgs. 23/2015, con la pronuncia con accerti la nullità del licenziamento o l'inefficacia (in quanto intimato oralmente), il Giudice ordina al datore di lavoro la reintegrazione (salva la possibilità di esercitare l'opzione da parte del lavoratore) e condanna altresì quest'ultimo al risarcimento del danno sulla base di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento all'effettiva reintegrazione (dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative), oltre al versamento dei relativi contributi previdenziali ed assistenziali.

⁴³ F. Carinci, *Ripensando il "nuovo"...*, cit., pagg. 313-322. Nello stesso senso, A. Palladini, *La nuova*

persuasiva con riferimento all'art. 18 statutario, sulla base del tradizionale collegamento, nelle disposizioni nazionali in materia di licenziamento discriminatorio, tra la determinazione⁴⁴ di espellere un certo lavoratore e la sua caratteristica soggettiva "speciale" (o quale comportamento ritorsivo in relazione alla rivendicazione della parità di trattamento per uno dei fattori tipizzati)⁴⁵, potrebbe oggi risultare rafforzata dall'espresso riferimento all'art. 15 dello Statuto, almeno nella parte in cui quest'ultimo qualifica come nulli i comportamenti datoriali «diretti a...licenziare un lavoratore...» in forza della sua appartenenza ad una categoria protetta.

Se, come noto, a tale lettura si era contrapposto un secondo orientamento, che, sulla scorta del diritto europeo, guardando agli effetti discriminatori e non alla volontà dell'agente, propendeva per una lettura "oggettiva" della discriminazione⁴⁶, oggi, il riferimento all'art. 15, S.L., più che comportare l'esclusione di alcune specifiche ipotesi di discriminazione ivi non espressamente richiamate⁴⁷, potrebbe proprio offrire un ulteriore, decisivo motivo per avallare la lettura in chiave soggettiva del licenziamento discriminatorio⁴⁸.

Ciò, si badi, non significa aderire all'orientamento giurisprudenziale che ha da tempo assimilato la discriminazione al motivo illecito⁴⁹. Al contrario, la tutela antidiscriminatoria, avente lo scopo di tutelare un soggetto, in un primo tempo, in quanto appartenente ad una "speciale" categoria (o gruppo svantaggiato) o, in seguito, per aspetti legati alla sua identità soggettiva (si pensi alle «convinzioni personali»), contro comportamenti lesivi del datore di lavoro, ivi compreso il provvedimento

disciplina in tema di licenziamenti, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, I, pag. 662; L. Zoppoli, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Napoli, 2012, pag. 140; P. Sordi, *op. cit.*, pag. 255; A.L. Terzi, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in F. Amato e R. Sanlorenzo (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in www.magistraturademocratica.it, pag. 107.

⁴⁴ È nullo, in base all'art. 4, l. 15 luglio 1966, n. 604, il licenziamento «determinato da ragioni...», così come, sulla scorta dell'art. 15 l. 20 maggio 1970, n. 300, «qualsiasi atto o patto diretto a [...] licenziare un lavoratore [...] a causa di ...». Anche l'art. 3 l. 11 maggio 1990, n. 108, nel disciplinare gli effetti della dichiarazione di nullità del licenziamento discriminatorio, designa come tale quello «determinato da ragioni discriminatorie» ai sensi delle due disposizioni appena citate.

⁴⁵ Così G.A. Recchia, *Il licenziamento nullo ed inefficace*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, cit., pag. 90.

⁴⁶ Con riferimento all'art. 2 d.lgs. 23/2015, G.A. Recchia, *op. cit.*, pag. 92; 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...*, cit., pag. 86.

⁴⁷ M. Marazza, *Il regime sanzionatorio del licenziamenti...*, cit., pag. 11, nt. 7; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato*, pag. 22, nt. 88, che in proposito menziona le discriminazioni «per origine etnica».

⁴⁸ Di diverso avviso, E. Pasqualetto, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18. Stat. lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, cit., pag. 52, secondo la quale «la norma statutaria sembra cioè presupporre una nozione pre-giuridica, quasi sociologica, di discriminazione, limitandosi a porre l'accento sul profilo teleologico del comportamento», di tal che non andrebbe oggi escluso che «una più precisa definizione della nozione di licenziamento discriminatorio si possa trarre dalla legislazione antidiscriminatoria, che invero amplia la nozione de qua a tutto vantaggio del lavoratore, nel momento in cui ammette che essa si configuri indipendentemente da uno specifico intento discriminatorio da parte datoriale»; similmente, C. Musella, *I licenziamenti discriminatori e nulli*, in G. Ferraro (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, cit., pag. 18.

⁴⁹ *Contra*, con riguardo all'art. 18, comma 1, S.L. in vigore, G. Vidiri, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, I, pag. 628.

espulsivo⁵⁰, continuerebbe a garantire la protezione contro il recesso “determinato da” una diversità dovuta a specifici elementi o fattori, il cui numero ampio e crescente nel tempo non dovrebbe averne inficiato il carattere “chiuso”⁵¹.

Diversamente, qualora il dipendente venisse licenziato – unicamente⁵² – per una sua caratteristica personale⁵³ non rientrante nel novero di quelle protette dal diritto antidiscriminatorio, ma, del pari, tale da «colorare un recesso ingiustificato aggiungendovi un elemento motivazionale incongruo»⁵⁴ (tipicamente, nei casi di licenziamento c.d. ritorsivo o per rappresaglia⁵⁵) si potrebbe ravvisare un motivo illecito ai sensi dell’art. 1345 del codice civile⁵⁶. Seguendo tale impostazione, non si realizzerebbe alcuna assimilazione tra discriminazione e motivo illecito⁵⁷, né, tanto meno, una *vis expansiva* della prima verso il secondo⁵⁸.

È anche vero, però, che nel testo dell’art. 2, d.lgs. n. 23/2015, diversamente dall’art. 18 S.L., non vi è espressa menzione dell’ipotesi di nullità del recesso «determinato da un motivo illecito determinante». Ciò, secondo alcuni, implicherebbe l’esclusione di tale ipotesi di licenziamento dal campo di applicazione dell’art. 2 del decreto in parola, trovando una spiegazione nella volontà del legislatore di arginare «un certo abuso del motivo ritorsivo in sede giudiziaria»⁵⁹ e, al contempo, di precludere la percorribilità dei

⁵⁰ M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, 1, pagg. 143-147.

⁵¹ P. Chieco, *Il licenziamento nullo*, cit., pag. 281; R. Del Punta, *La riforma italiana...*, cit., pag. 27; A. Lepore, *Non discriminazione, licenziamento discriminatorio ed effettività delle tutele*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, I, pag. 535; A. Vallebona, *La Riforma del Lavoro 2012*, Torino, 2012, pag. 51; E. Pasqualetto, *I licenziamenti nulli*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, cit., pag. 91; P. Sordi, *op. cit.*, pag. 254; A. Guariso, *op. cit.*, 354.

⁵² Sul carattere necessariamente “unico” o “esclusivo”, oltre che “determinante”, del motivo illecito, in giurisprudenza, Trib. Milano 13 ottobre 2014, est. Di Leo, inedita a quanto consta; in dottrina, P. Chieco, *La nullità del licenziamento*, cit., pag. 336; G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, pag. 74; R. Del Punta, *op. cit.*, pag. 355; L. Nogler, *op. cit.*, pag. 678; E. Pasqualetto, *I licenziamenti nulli*, cit., pag. 89; A.L. Terzi, *op. ult. cit.*, pag. 109; P. Sordi, *loc. op. ult. cit.*, pag. 255; *contra*, M.T. Carinci, *Il licenziamento discriminatorio o...*, cit., pag. 650; G. Pacchiana Parravicini, *op. cit.*, pag. 751, nt. 25; A. Lepore, *op. cit.*, pag. 551.

⁵³ O di un “fattore legale di rischio”: P. Chieco, *op. ult. cit.*, pag. 339.

⁵⁴ P. Chieco, *op. ult. cit.*, pag. 337.

⁵⁵ Del resto, già prima della l. 92/2012, attenta dottrina aveva distinto tra licenziamento discriminatorio e per motivo illecito, a prescindere dall’assimilazione tra i loro rimedi: L. Corazza, *Il licenziamento discriminatorio*, in M. Miscione (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, III, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2007, pag. 402.

⁵⁶ Si condivide l’opinione espressa sul punto da P. Bellocchi, *Il Licenziamento discriminatorio*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 4-5, pag. 841: mentre “per le discriminazioni in senso proprio, nominate o meno che siano nell’art. 15 dello Statuto, non vi è la necessità di un sindacato di merito sulla intrinseca riprovevolezza, essendo esse stesse sempre «antigiuridiche», non fosse altro perché in contrasto con l’art. 3 della nostra Costituzione”, per il motivo illecito, il rinvio al codice civile “conserva il significato di ancorare il giudizio di illiceità ai consueti canoni della contrarietà a norme imperative, all’ordine pubblico e al buon costume”, permettendo “il controllo di decisioni arbitrarie, non tipizzabili a priori, con attenzione alla giustizia del caso singolo e a profili di tutela di interessi meramente individuali dei lavoratori”.

⁵⁷ Per tutti, M.V. Ballestrero, sub *Artt. 2118-2119*, in O. Cagnasso, A. Vallebona (a cura di), *Artt. 2118-2119. Dell’Impresa e del Lavoro*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario del codice civile*, Milano, 2013, pag. 68 e segg.

⁵⁸ Cfr. L. Calafà, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. Amato e R. Sanlorenzo (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un’analisi ragionata*, cit., pag. 126.

⁵⁹ C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia,

rimedi “di diritto civile” (frode alla legge, contrarietà a norme imperative, oltre, appunto, al motivo illecito) ai fini dell’ottenimento della tutela reintegratoria ivi (ancora) prevista⁶⁰.

Tuttavia, sembra assai più persuasiva l’opinione di chi ritiene che la nuova disposizione sia semplicemente «più sintetica ed essenziale» dell’art. 18, comma 1, S.L., nell’aver abbandonato «l’elencazione casistica»⁶¹, ma non per questo non accolto al suo interno le medesime ipotesi di nullità⁶²: di tal guisa, l’art. 2, d.lgs. n. 23/2015 si applicherebbe, tanto nei casi di licenziamento nullo in quanto legato al matrimonio (art. 35, d.lgs. n. 198/2006), alla maternità o alla richiesta di fruizione di congedo parentale (art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, d.lgs. n. 151/2001), quanto nelle ipotesi di illiceità del motivo *ex art.* 1345 c.c. o, ancora, di nullità c.d. “virtuale” o “strutturale” del recesso⁶³.

Invero, si è poi osservato in dottrina, non è escludibile a priori una nuova (*rectius*, perdurante) *vis expansiva* della discriminazione⁶⁴, non solo verso la fattispecie, assimilabile sul piano assiologico⁶⁵, del licenziamento per motivo illecito, ma anche verso alcune ipotesi di assenza di giustificazione: le stesse – verrebbe da dire – che, con una tecnica diversa e per certi discutibile, la c.d. “Riforma Fornero” aveva continuato a sanzionare con la tutela reale (sia pure nella sua versione “debole”).

Come è stato debitamente messo in evidenza da Giulio Prosperetti, infatti, non vi

A. Vallebona (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, cit., pag. 18.

⁶⁰ T. Treu, *Jobs act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida Lav.*, 2015, 3, pag. 14; L. de Angelis, *op. cit.*, pag. 9, il quale ritiene comunque applicabile, per i casi non espressamente menzionati all’art. 2 d.lgs. 23/2015, il rimedio della nullità di diritto comune; 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.*, pag. 122.

⁶¹ G. Mimmo, *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, in www.agilazio.it, pag. 4 del dattiloscritto; G.A. Recchia, *op. cit.*, pag. 93.

⁶² M. Marazza, *op. loc. ult. cit.*; A. Mari, *op. cit.*, pag. 3 del dattiloscritto; G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti*, cit., pag. 64; E. Barraco, *op. cit.*, pag. 125; P. Ichino, *Storia segreta, articolo per articolo, del contratto a tutele crescenti*, www.pietroichino.it; D. Carbone, *Il licenziamento discriminatorio, nullo e orale nel contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in AA.VV., *La riforma del lavoro (c.d. Jobs Act)...*, cit., col. 242.

⁶³ Si tratta di licenziamenti non espressamente qualificati dalla legge come nulli, eppure confliggenti con i valori fondamentali dell’ordinamento. Si veda A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, cit., pag. 88, secondo cui il licenziamento per motivo illecito ed in frode alla legge, essendo viziati da nullità a prescindere dalla loro menzione nel nuovo testo, rientrano pacificamente nell’art. 2, comma 1 d.lgs. 23/2015. Analogamente, si pensi all’ipotesi di nullità del recesso per contrarietà con una norma imperativa, ai sensi dell’art. 1418 c.c. (cfr. M. Persiani, *Noterelle...*, cit., pag. 395; *contra*, però, M. Tremolada, *Il campo di applicazione del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, cit., pag. 26), e, dunque, al licenziamento intimato in concomitanza con un trasferimento d’azienda (cfr. G.A. Recchia, *op. cit.*, pag. 95), o, ancora, al licenziamento in frode alla legge (cfr. A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti*, cit., pag. 251). A queste ipotesi, si potrebbe aggiungere quella del recesso intimato, in assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo, entro l’anno dalla “stabilizzazione” di un precedente rapporto di collaborazione coordinata e continuativa o “a partita IVA” e, dunque, in spregio del divieto di cui all’art. 54, comma 2 d.lgs. 81/2015, a proposito del quale si rinvia alla trattazione di L. Foglia, *La “stabilizzazione” delle collaborazioni a progetto*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma “Jobs Act”*, cit.

⁶⁴ S. Giubboni, *Profili costituzionali...*, cit., pag. 7, il quale, da una diversa prospettiva, auspica, facendo leva sulla mancata menzione del motivo illecito all’interno dell’art. 2 d.lgs. 23/2015, l’abbandono della versione soggettivizzata della discriminazione e l’adesione definitiva alla lettura oggettiva propria del diritto antidiscriminatorio di matrice europea; cfr. F. Carinci, *Un contratto alla ricerca...*, cit., pag. 71.

⁶⁵ Cfr. A. Garilli, *op. cit.*, pag. 3.

sarebbe stata solo una comunanza di sanzione (poco importa se in forma “piena” o “attenuata”), ma anche di *ratio legis*, tra le ipotesi, contemplate all’interno dell’art. 18, S.L. “post-Fornero”, del licenziamento nullo, da un lato, e del licenziamento disciplinare ingiustificato in ragione dell’insussistenza del fatto contestato o della divergenza emergente *per tabulas* tra la gravità delle condotte contestate e le declaratorie collettive in materia di sanzioni disciplinari, nonché del licenziamento per ragioni oggettive manifestamente insussistenti, dall’altro⁶⁶. *Quid*, allora, ove le ultime tre ipotesi ricorrano nel nuovo regime a tutele crescenti? Si può ritenere che, salvi i casi espressi di nullità e di insussistenza del fatto materiale (v. *infra*), queste risultino “assorbite” nel generalizzato regime della tutela indennitaria crescente, o qualche residuo spazio per la sanzione ripristinatoria sarebbe ricavabile anche negli angusti pertugi del d.lgs. n. 23/2015, dal momento che lo stesso legislatore ha confermato che l’accertamento giudiziale della nullità del recesso continua a prescindere “*dal motivo [formalmente] addotto*”? A tali interrogativi si cercherà di offrire una risposta nei prossimi due paragrafi, prima di affidare alle osservazioni conclusive alcune brevi riflessioni sulla portata “sistemica” delle questioni in parola.

2. Le ipotesi di nullità del licenziamento intimato per asserite ragioni disciplinari...

Anche nella versione uscente dalla l. n. 92/2012, l’art. 18, S.L. ha continuato ad offrire, ai commi 4 e 5, l’accesso alla tutela reintegratoria (pur in versione “debole”: i.e. reintegrazione e risarcimento del danno quantificato nelle mensilità perse, dedotto l’eventuale *aliunde perceptum ac percipiendum*), nei casi di “*insussistenza del fatto contestato*” o di punibilità dello stesso con una sanzione conservativa “*sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili*”, riconoscendo, viceversa, il diritto alla tutela indennitaria c.d. “forte” (i.e. risarcimento del danno nella misura da dodici a ventiquattro mensilità) nelle – ossia in tutte le – altre ipotesi di carenza degli estremi del giustificato motivo o della giusta causa dedotti.

Come noto, era apparso cruciale, ai fini dell’individuazione degli spazi della reintegra nel nuovo regime, definire i contorni della “*insussistenza del fatto contestato*”, dividendosi sin da subito i commentatori tra una lettura del fatto in senso “materiale”⁶⁷, quale comportamento – commissivo od omissivo – da intendersi in senso naturalistico/oggettivo, ed una seconda interpretazione del fatto c.d. “giuridico” (o “fatto/inadempimento”⁶⁸), comprensivo di tutti i suoi elementi, di carattere oggettivo e,

⁶⁶ G. Prosperetti, *L’elemento della malafede...*, cit., pag. 249, che però riconduce, contrariamente alla tesi qui sostenuta, la tutela prevista nelle ipotesi menzionate di “*comportamento specioso e in malafede del datore di lavoro*” ad una comune matrice “*antidiscriminatoria*”.

⁶⁷ M. Persiani, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, pagg. 6-11; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., pag. 57; A. Maresca, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 443; M. Tremolada, *Il licenziamento disciplinare nell’art. 18 St.Lav. per la riforma Fornero*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero...*, cit., pagg. 53-54; M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo. Lavoro privato e pubblico*, 2012, Padova, pag. 450; F. Santini, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro...*, cit., pag. 240.

⁶⁸ O. Mazzotta, *op. cit.*, pag. 248; G. Fontana, *Problemi applicativi dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, I, pag. 287; L. Nogler, *La*

secondo alcuni, anche soggettivo⁶⁹.

La giurisprudenza di merito aveva preso posizione compatta in favore del “fatto giuridico”⁷⁰, venendo smentita, a quanto consta, solo nell’*obiter dictum* di una pronuncia della Cassazione⁷¹, la quale ha tuttavia rappresentato un punto di svolta e, a posteriori, un vero e proprio “assist” per l’intervento del Legislatore delegato.

Nella previsione di cui all’art. 3 del decreto si legge, infatti, che la tutela reintegratoria spetterebbe unicamente nel caso di “*insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore*”, il che non sembra costituire altro che la cristallizzazione dell’interpretazione dell’ormai celebre “fatto” di cui all’art. 18, comma 4, S.L. accolta (*una ac incidenter tantum*) dalla Cassazione⁷², unita alla volontà di precludere, mediante la precisazione per cui dall’insussistenza del fatto «resta estranea ogni valutazione circa la proporzione del licenziamento», il giudizio di proporzionalità che le Corti, dopo la l. n. 92/2012, avevano continuato a condurre ai fini della scelta sanzione, nonostante il limite testuale posto dal solo confronto – tutt’altro che agevole⁷³ – tra le condotte contestate e le relative sanzioni previste dai contratti collettivi⁷⁴.

nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 4, pagg. 684-685; P. Tullini, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 159; A. Tursi, *Il nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori: una riforma da metabolizzare culturalmente, prima che interpretare*, in R. Zucaro e M. Ferraresi (a cura di), *I licenziamenti a un anno dalla Riforma Fornero*, in *Boll. speciale ADAPT*, n. 21/2013; A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St.Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, pag. 799; L. Zoppoli, *op. cit.*, pag. 136; P. Sordi, *op. cit.*, pag. 282; P. Tosi, *L’improbabile equilibrio tra rigidità “in entrata” e flessibilità “in uscita” nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, pag. 833; M. Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M. Barbieri, D. Dalfino, *Il licenziamento individuale nell’interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, pag. 31.

⁶⁹ F. Carinci, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, pagg. 1115-1116; Id., *Ripensando il “nuovo”...*, cit., pag. 325; V. Speciale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, cit., pag. 332; R. Pennuto, *L’insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la Legge Fornero*, in *Lav. Giur.*, 2013, 5, pag. 456; R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1068.

⁷⁰ Trib. Bologna 15 ottobre 2012, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, pag. 907, con ampio commento di F. Carinci, *Il legislatore e il giudice: l’imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, pag. 773 e segg.; Trib. Milano 17 maggio 2013, in *Boll. speciale ADAPT*, n. 21/2013; Trib. Ancona 26 novembre 2012, in *Boll. speciale ADAPT*, n. 21/2013; Trib. Ravenna 18 marzo 2013, in *Lav. Giur.*, 2013, 6, pag. 567, con nota di M.D. Ferrara, *I licenziamenti individuali nel prisma dell’applicazione responsabile delle nuove norme processuali e sostanziali*.

⁷¹ Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, pag. 874, con nota di A. Vallebona, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, pag. 25, con note di R. Del Punta, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, e F. Martelloni, *Nuovo art. 18: la Cassazione getta un ponte tra riforma Fornero e Jobs Act*; in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 1, pag. 229, con nota di V. Ferrante, *La Cassazione si pronuncia per la prima volta sull’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori riformato: trovato il bandolo della matassa?*.

⁷² C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele...*, cit., pag. 26.

⁷³ Per un riepilogo della questione e approfondite riflessioni, G. Fontana, *Problemi applicativi...*, cit., pag. 292 e segg., cui si rinvia anche per la bibliografia.

⁷⁴ Trib. Roma 8 aprile 2013, in *Lav. Giur.*, 2013, 7, pag. 747; Trib. Bologna 22 marzo 2013, in *Boll. speciale ADAPT*, n. 21/2013; così anche, da ultimo, Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, citata e commentata da F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all’indomani...*, cit., pag. 7; *contra*, Trib. Voghera 14 marzo 2013, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 4-5, pag. 1138, con nota di E. Gramano, *Illegittimità del licenziamento disciplinare e tutele del lavoratore nel nuovo art. 18 st. lav.*; Trib. Milano 23 aprile 2013, in *Boll. speciale ADAPT*, n. 21/2013.

Nonostante la chiara scelta operata dal Legislatore delegato in favore del “fatto materiale”, non paiono sopiti i dubbi circa la possibilità di isolare, all’interno del giudizio disciplinare, il profilo empirico/materiale da quello dell’inadempimento, per certi versi connaturata alle modalità con cui vengono rivolte le contestazioni disciplinari (non assimilabili ai capi di imputazione del processo penale)⁷⁵. Si pensi al caso di una contestazione avente ad oggetto l’assenza ingiustificata di un lavoratore in un tal giorno: in una simile ipotesi, non parrebbe agevole limitare la valutazione circa la (in)sussistenza del “fatto materiale contestato” alla sola assenza del prestatore di lavoro, trascurando la sua qualificazione come “ingiustificata”⁷⁶.

Non a caso, nella prime letture circa i contorni del “fatto materiale”, nella sua versione “codificata” dal d.lgs. n. 23/2015, paiono rinvenirsi tracce (più o meno “marcate”) proprio del “fatto giuridico”, almeno laddove gli interpreti hanno continuato riferirsi a quel fatto imputabile, volontario e disciplinarmente rilevante (pur meno che notevole)⁷⁷, ovvero a quel “fatto-inadempimento”⁷⁸ (“non assolutamente irrilevante”)⁷⁹, pur con la precisazione dell’esclusione di ogni valutazione circa la sproporzione tra l’inadempimento e la sanzione espulsiva⁸⁰. Di tal guisa, e per certi versi paradossalmente, sembrerebbe che la prima (o forse sola?) conseguenza del riferimento testuale al “fatto materiale” da parte dell’art. 3 d.lgs. 23/2015 sia stata di traslare pari-

⁷⁵ A. Marciandò, *Fatti contestati e formule assolutorie. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale*, in *Lav. Giur.*, 2013, 5, pag. 445 e segg.

⁷⁶ Trib. Trento 29 gennaio 2013, in www.dirittisocialitrentino.it, menzionata da M.V. Ballestrero, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Una rilettura della giurisprudenza della Cassazione alla luce della riforma dell’art. 18 st.lav.*, in *Lav. Dir.*, 2013, 4, pag. 570. Si veda anche Trib. Brescia 16 gennaio 2015, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 3, pag. 725, con nota di A. Aloisi, *Licenziamento disciplinare e valutazione circa l’insussistenza del fatto (giuridico) contestato al lavoratore*, concernente il caso di un lavoratore che non era stato in grado di giustificare la propria assenza in ragione di una patologia psichica.

⁷⁷ R. De Luca Tamajo, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche...*, cit., pag. 280; M. Magnani, *Correzioni e persistenti aporie*, cit., pag. 6; E. Ghera, *I primi decreti attuativi del Jobs Act 2*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, pag. 12; P. Curzio, *Il licenziamento ingiustificato*, in AA.VV., *La riforma del lavoro (c.d. Jobs Act)*, cit., col. 248; L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore...*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *op. cit.*, pag. 117; P. Sordi, *Il Licenziamento Disciplinare*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma “Jobs Act”*, cit.; F. Chietera, *Il fatto nel licenziamento disciplinare tra legge Fornero e Jobs Act 2*, *ivi*, pag. 133.

⁷⁸ C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele...*, cit., pagg. 30 e 32, che esclude sia l’ipotesi che l’abbia commesso un altro, sia quella “in cui non sia qualificabile come inadempimento e/o non sia un inadempimento imputabile (artt. 1218, 112, 1256 cod.civ.)”; F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti...*, cit., pag. 10; E. Barraco, *op. cit.*, pag. 129; A. Vallebona, *op. ult. cit.*, pag. 89, che prevede la reintegra per i casi in cui il lavoratore non l’abbia commesso o fosse incapace di intendere e di volere; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti...*, cit., pag. 34.

⁷⁹ M. Marazza, *op. ult. cit.*, pag. 324, laddove l’A. precisa che l’interpretazione si rende necessaria, nonostante la lettera del decreto sia «chiaramente incentrata sulla materialità oggettiva del fatto piuttosto che sulla sua qualificazione», anche al fine di non «alimentare un pericoloso ed imprevedibile percorso di dilatazione della fattispecie del licenziamento nullo».

⁸⁰ F. Carinci, *Un contratto alla ricerca...*, cit., pag. 78, ad avviso del quale (forse provocatoriamente), l’espressa qualificazione come “materiale” nell’art. 3 del decreto potrebbe indurre a ritenere che il “fatto” di cui all’art. 18, comma 4 S.L. debba di certo intendersi come “giuridico”; S. Giubboni, *Profili costituzionali...*, cit., pag. 18, secondo il quale la disposizione sarebbe manifestamente irragionevole, essendo ontologicamente immanente al sistema disciplinare la valutazione della proporzionalità tra infrazione e sanzione espulsiva; G. Mimmo, *op. cit.*, pag. 8; M. Lai, *Brevi note sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in *Bollettino ADAPT*, n. 5/2015.

pari la *querelle* tra “fatto giuridico” e “fatto materiale” all’interno del giudizio relativo a quest’ultimo⁸¹.

Del resto, una diversa, “estrema” interpretazione del fatto materiale nella sua componente empirica porterebbe ad escludere la sussistenza del fatto contestato al lavoratore (e, di conseguenza, la tutela reintegratoria) anche in ipotesi di inadempimento lievissimo⁸², se non, addirittura, della contestazione relativa ad una condotta integrante un corretto adempimento dell’obbligazione lavorativa⁸³. Eppure, se nel parere reso dalla Commissione Lavoro della Camera dei Deputati sulla bozza di decreto del dicembre 2014⁸⁴ si era suggerito di assicurare la tutela reintegratoria anche nei casi di «evidente sproporzione tra la sanzione del licenziamento e l’addebito disciplinare contestato», si potrebbe avere la tentazione di credere che, dietro al mancato accoglimento della proposta (e pure al “silenzio” sul motivo illecito nell’art. 2, d.lgs. n. 23/2015), non vi fosse che la ferma volontà del legislatore di ridurre a tal punto lo spazio per la tutela ripristinatoria da consentire una lettura del “fatto materiale contestato” alla stregua di qualunque fatto concretamente oggetto di contestazione.

Ove tale interpretazione, qui non necessariamente condivisa, del fatto materiale nella sua versione “empiricamente pura” dovesse prevalere, rimarrebbero molti dubbi sulla compatibilità sistemica di una previsione che non commini la sanzione massima, o, specularmente, non riconosca la massima tutela a chi venga licenziato per un “fatto”, sì sussistente, ma al limite dell’irrelevante (ad esempi, per il mancato saluto mattutino al superiore gerarchico): si imporrebbe, allora, come suggerito in dottrina, la necessità di trovare un contemperamento nei confronti di un evidente esempio di “ingiustizia sostanziale”⁸⁵, se non di fugare dubbi di costituzionalità dell’art. 3, comma 2, d.lgs. 23/2015 per contrasto con la dignità del cittadino/lavoratore, avente un preciso referente costituzionale agli artt. 2 e 4 della Carta⁸⁶. Così, in ipotesi di licenziamento per asserite ragioni disciplinari, in caso di fatti «manifestamente insufficienti a giustificare il

⁸¹ Cfr. S. Sambati, *La qualificazione del “fatto” nell’interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del “dialogo” aperto dal legislatore delegato*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *op. cit.*, pag. 187.

⁸² A. Mari, *op. cit.*, pag. 5 del dattiloscritto, che però dubita della compatibilità della disposizione con i vincoli costituzionali e sovranazionali.

⁸³ Oltretutto, si prevede all’art. 3 d.lgs. 23/2015 che l’insussistenza del fatto materiale debba essere “direttamente dimostrata in giudizio”. A prima vista, ne risulterebbe un iato tra la ripartizione dell’onere probatorio nella prima e nella seconda “fase” del giudizio sul licenziamento (rispettivamente, ex art. 5 l. 604/1966 ed art. 3 d.lgs. 23/2015: così M. Marazza, *op. ult. cit.*, pag. 327; M. Persiani, *Noterelle...*, cit., pag. 397, L. de Angelis, *op.cit.*, pag. 12; G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti*, cit., pagg. 76 e 77), a meno di non accedere ad una lettura del tutto riduttiva dell’avverbio “direttamente” (C. Pisani, *Il nuovo regime di tutele...*, cit., pag. 37; E. Barraco, *op. cit.*, pag. 130). Vi sarebbe poi il problema della prova diretta di un fatto negativo, che parrebbe escludere la possibilità di ricorrere alle presunzioni (A. Mari, *op. cit.*, pag. 4 del dattiloscritto), tanto da porre “un onere della prova al limite del possibile sulle spalle del lavoratore” (F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all’indomani...*, cit., pag. 10).

⁸⁴ Commissione Lavoro della Camera dei Deputati 17 febbraio 2015, *Parere sullo schema di d.lgs. n. 134/2015*.

⁸⁵ R. Rivero, *I licenziamenti disciplinari tra Jobs Act e riforma Fornero. (Basta un poco di fatto materiale e la reintegra va giù?)*, in www.questionegiustizia.it, 23 febbraio 2015, pag. 3 del dattiloscritto.

⁸⁶ Così G. Vidiri, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti...*, cit., pag. 364, il quale propone, per i casi di licenziamento intimato a fronte di inadempienze di scarsa importanza, l’applicazione del rimedio di cui all’art. 2 d.lgs. n. 23/2015, salvaguardando così il principio, giudicato di carattere imperativo, di proporzionalità tra inadempimento e sanzione.

licenziamento»⁸⁷ (e, a maggior ragione, ove la contestazione avesse ad oggetto un fatto lecito, quale un taglio di capelli fuori moda) si potrebbe evocare, al di fuori dei casi di discriminazione⁸⁸, il motivo illecito, allorquando le circostanze del caso inducano a ritenere, mediante il ricorso a presunzioni, che il recesso sia stato intimato pretestuosamente⁸⁹, o, tipicamente, quale rappresaglia datoriale a fronte di una specifica azione o rivendicazione da parte del lavoratore⁹⁰. Ancora, potrebbe essere invocata la frode alla legge⁹¹ ex art. 1344 c.c., ove il datore di lavoro intimi un licenziamento disciplinare per un fatto (materialmente sussistente ma) dalla rilevanza disciplinare risibile, se non nulla, confidando nella possibilità, garantita dal nuovo regime, di eludere la tutela reale oggi prevista unicamente in ipotesi di «insussistenza del fatto materiale contestato».

Va da sé che in entrambe le ipotesi da ultimo vagliate, al fine di giungere alla dichiarazione della nullità del recesso ed alla conseguente applicazione della tutela reintegratoria ex art. 2, d.lgs. n. 23/2015, verrebbe richiesto uno scrutinio dell'*animus* datoriale, il che, nonostante l'eventuale ricorso alle presunzioni, potrebbe apparire meno tutelante nei confronti del lavoratore rispetto all'alterativa rappresentata da un'interpretazione del "fatto materiale" tale da avvicinare quest'ultimo al "fatto-giuridico". In conclusione, sembra che tutto continui a ruotare attorno al (giudizio sul) "fatto": quanto più "materiale" e meno "giuridico" esso verrà inteso, tanto più sarà auspicabile, al fine di offrire una lettura sistematica (e costituzionalmente orientata: v. *infra*) delle nuove disposizioni, il ricorso al "chiavistello" del diritto civile, al fine di evitare che, come in un esempio di sovente proposto, un ritardo di qualche minuto possa consentire al datore di lavoro di liberarsi definitivamente di *qualunque* lavoratore in cambio di una mera indennità crescente con l'anzianità di servizio⁹².

⁸⁷ Si pensi, come suggerito da A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, cit., pagg. 89 e 90, ad un ritardo non abituale di pochi minuti.

⁸⁸ Sul punto insiste G. Prosperetti, *op. cit.*, pag. 254: "la rilevanza del comportamento datoriale va valutata in ordine al suo eventuale intento discriminatorio; se infatti si è voluto accusare il lavoratore di un fatto inesistente il problema va visto alla luce della concreta volontà del datore di lavoro...il datore può aver agito in buona o malafede ma solo in quest'ultimo caso è rilevante il suo intento discriminatorio".

⁸⁹ B. Caruso, *op. cit.*, pagg. 18 e 19, laddove l'A. si riferisce al caso del licenziamento disciplinare intimato "per ragione capricciosa o evidentemente cavillosa e risibile".

⁹⁰ Quest'ultima non dovrà essere legata ai fattori di discriminazione "tipici": altrimenti, si ricadrebbe nell'area di tutela del diritto antidiscriminatorio: v. *retro*.

⁹¹ Cfr. V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato...*, cit., pag. 30, ad avviso del quale la contestazione di un fatto lecito o privo di qualsiasi rilievo disciplinare «sarebbe diretto a bypassare il controllo sulla giustificazione dell'atto di recesso – prescindendo da comportamenti riconducibili a giusta causa o giustificato motivo soggettivo – e ad evitare comunque la sanzione reintegratoria (perché il comportamento addebitato al lavoratore effettivamente esiste)", in quanto, "nonostante il mezzo impiegato sia lecito, è illecito il risultato che attraverso l'abuso del mezzo e la distorsione della sua funzione ordinaria si vuole in concreto realizzare».

⁹² Si legga in proposito quanto osservato da F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all'indomani...*, cit., pag. 8: «a fronte del paradosso che il fatto contestato risulta sussistente pur nel 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».

3. ... e per dichiarate ragioni oggettive

L'art. 18, comma 7 S.L. prevede l'applicazione della "tutela reintegratoria debole", in luogo della "tutela indennitaria forte", nei soli casi di: a) «difetto di giustificazione del licenziamento intimato...per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore»; b) «violazione dell'art. 2110, comma 2 cod.civ.»; c) «manifesta insussistenza del fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo».

Nel rimandare al prossimo paragrafo l'esame delle prime due ipotesi, merita di essere ricordato che pure con riferimento al licenziamento per ragioni economiche ci si era chiesti se il «fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo» andasse inteso quale "fatto materiale" o quale "fatto giuridico", il che peraltro non incideva sulla complessa qualificazione dell'insussistenza dello stesso quale "manifesta" (o meno)⁹³.

Secondo l'orientamento prevalente⁹⁴, la "manifesta insussistenza del fatto" (ovvero del giustificato motivo oggettivo dedotto) avrebbe dovuto essere apprezzata sotto il profilo probatorio⁹⁵, come nei casi in cui il Giudice giunga a ritenere il recesso ingiustificato senza il bisogno di espletare alcuna (o, comunque, un'approfondita⁹⁶) attività istruttoria⁹⁷ (tipicamente, in ipotesi di contumacia del datore di lavoro)⁹⁸.

Di certo, accogliendo la lettura in parola, alla tutela reintegratoria ("debole") sembrava attribuito, nel regime statutario "post-Fornero", uno spazio assai ridotto nel licenziamento per ragioni economiche, venendo la stessa relegata a quei soli casi "grossolani"⁹⁹ di decisioni "infondate o pretestuose"¹⁰⁰ nei quali si poteva quasi "percepire" (sul piano valutativo) il *fumus* di un motivo illecito o discriminatorio¹⁰¹ non dedotto o, comunque, non compiutamente dimostrato dal lavoratore in giudizio¹⁰², tanto da indurre autorevole dottrina ad osservare come l'interpretazione prevalsa in giurisprudenza abbia reso la reintegra in ipotesi di licenziamento economico ingiustificato "un'ipotesi di scuola"¹⁰³, addirittura preclusa in ipotesi di mancato

⁹³ Per un riepilogo delle posizioni in dottrina, L. Nogler, G. Bolego, *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, 2, pag. 401 e segg.

⁹⁴ Per un completo ed efficace riepilogo, G. Pacchiana Parravicini, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2014, 2, pag. 413-415.

⁹⁵ F. Carinci, *Ripensando il "nuovo"*, cit., pag. 333; L. Nogler, *op. cit.*, pag. 685; L. Nogler, G. Bolego, *op. ult. cit.*, pag. 403; M. Biasi, *The Effect of the Global Crisis on the Labor Market: Report on Italy*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2014, 35, 3, pag. 380.

⁹⁶ Da ultimo, Trib. Trento 28 aprile 2014, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 2, pag. 481, con nota adesiva di C. Cristofolini, *Fatto e manifesta insussistenza nel licenziamento per motivi economici tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria*.

⁹⁷ C. Ponterio, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, pag. 81.

⁹⁸ Trib. Milano 11 marzo 2013 e Trib. Latina 29 gennaio 2013.

⁹⁹ A. Topo, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero etc.*, cit., pag. 67.

¹⁰⁰ Secondo P. Tosi, *op. cit.*, pag. 834, si tratterebbe di situazioni "in cui dal comportamento del datore di lavoro risulti inequivocabilmente, per tabulas, contraddetto il motivo addotto", o, ancora, ad avviso di A. Vallebona, *L'ingiustificata qualificazione del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 3, pag. 624, di ipotesi di "torto marcio" del datore di lavoro.

¹⁰¹ Sulla complessità della distinzione in concreto tra l'ipotesi di "manifesta insussistenza" ed i casi di licenziamento per motivo illecito o discriminatorio, O. Mazzotta, *op. cit.*, pag. 251.

¹⁰² Viceversa, ove tale prova fosse stata fornita dal lavoratore, anche per mezzo di strumenti di carattere indiziario, si sarebbe rientrati nell'area della "tutela reintegratoria piena" ex art. 18, comma 1 l. 20 maggio 1970, n. 300, su cui v. *retro*.

¹⁰³ R. Pessi, *Prime riflessioni...*, cit., pag. 11.

espletamento dell'obbligo di *repêchage*¹⁰⁴.

Proseguendo su questa stessa linea, il Legislatore delegato, nel prevedere che la tutela reintegratoria si applichi, oltre al licenziamento nullo di cui all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, «...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...», sembrerebbe aver inteso eliminare alla radice ogni spazio per tale rimedio nelle ipotesi di ingiustificatezza – quand'anche “manifesta” – del licenziamento per ragioni oggettive, portando a compimento il progetto solo accarezzato dalla l. n. 92/2012¹⁰⁵.

Se può dunque dirsi “sparita” (*pro futuro*) l'ipotesi della “manifesta insussistenza” del giustificato motivo oggettivo, ci si potrebbe però tutt'ora chiedere cosa rappresentasse quest'ultima, nella sua *ratio*, se non il tentativo di punire con la sanzione massima i licenziamenti la cui natura pretestuosa apparisse a tal punto chiaramente da non richiedere al Giudice alcun ulteriore approfondimento.

E così, tra i primi commentatori, da un lato, è stata proposta, per una condivisibile finalità di «correttivo in termini di equità», l'estensione del concetto di discriminazione verso «tutte le ipotesi in cui il licenziamento abbia come unico scopo non già quello di colpire una condotta disciplinarmente rilevante ovvero di soddisfare esigenze organizzative dell'impresa, bensì quello di colpire aspetti afferenti la persona del lavoratore»¹⁰⁶.

Dall'altro lato, scorgendo nell'opzione interpretativa appena menzionata una “forzatura” della lettera della legge, si è condivisibilmente prospettato il richiamo alle categorie civilistiche dell'abuso del diritto e del negozio in frode alla legge, al fine di contrastare i casi più evidenti di esercizio pretestuoso del potere di licenziare per ragioni economiche¹⁰⁷. Ed allora, così come per il licenziamento disciplinare, pare potersi sostenere che anche nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo possano, a certi condizioni, aprirsi spazi per il ricorso, oltre che alla tutela avverso il licenziamento discriminatorio¹⁰⁸, ai rimedi civilistici¹⁰⁹.

In prima battuta, sembra potersi ravvisare un'ipotesi di nullità del licenziamento per motivo illecito determinante¹¹⁰ qualora, come in un caso risolto dal Tribunale di Latina nel previgente regime, venisse dedotta una «continua crisi dell'attività e sensibile calo delle vendite» da parte di una società, la quale risultasse all'esito di un'istruttoria assai sommaria versare in condizioni economiche e finanziarie ben solide, anche se, nel

¹⁰⁴ Trib. Milano 20 novembre 2012; Trib. Milano 29 marzo 2013; Trib. Roma 8 agosto 2013; Trib. Varese 4 settembre 2013, secondo cui l'obbligo (o onere) di *repêchage* sarebbe una “conseguenza” del giustificato motivo oggettivo e risulterebbe pertanto sottratto all'ambito del “fatto” di cui all'art. 18, comma 7 S.L.; *contra*, Trib. Reggio Calabria 3.6.2013, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, 4, pag. 229, con nota di A. Vallebona, *L'inutilizzabilità aliunde fa parte del «fatto»*; Trib. Foggia 1 aprile 2014. Per una completa disamina degli orientamenti in tema, M.V. Ballestrero, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Una rilettura...*, cit., pag. 577 e segg.

¹⁰⁵ F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, pagg. 529 e segg.; R. Pessi, *I licenziamenti per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 4/5, pag. 765.

¹⁰⁶ G. Mimmo, *op. cit.*, pag. 16.

¹⁰⁷ G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti*, cit., pagg. 80 e 81.

¹⁰⁸ B. Caruso, *op.cit.*, pag. 15.

¹⁰⁹ A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti...*, cit., pag. 43; di diverso avviso L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore...*, cit., pag. 111.

¹¹⁰ Si veda l'apertura da parte di A. Terzi, *Jobs act, le modifiche all'art. 18 dello Statuto: le vere ragioni, le conseguenze concrete*, www.questionegiustizia.it, 19 dicembre 2014, pag. 5 del dattiloscritto.

giudizio in parola, si è ritenuto che si versasse in ipotesi di “manifesta insussistenza” del dedotto giustificato motivo oggettivo¹¹¹ e non di nullità. Alla stessa conclusione si era giunti in un altro caso, all’attenzione del Tribunale di Arezzo, di dedotta chiusura del punto vendita e di dichiarata insussistenza di alternative occupazionali, seguita dalla pubblicazione di un annuncio per l’assunzione in mansioni analoghe a quelle svolte dalla lavoratrice licenziata¹¹². Tuttavia, nel vigore del regime attuale il lavoratore dovrà comunque dimostrare la ricorrenza del motivo illecito determinante ed esclusivo al fine di avere accesso alla tutela reale (in questo caso, “piena”, e non “dimidiata”, come in ipotesi di manifesta insussistenza del dedotto giustificato motivo oggettivo ai sensi dell’art. 18, comma 7 S.L.) *ex art. 2, d.lgs. 23/2015*¹¹³.

Né, poi, raccogliendo alcune suggestioni avanzate in dottrina, andrebbe esclusa nel nuovo regime l’invocabilità della frode alla legge, nel caso in cui il datore di lavoro ricorra al licenziamento per ragioni oggettive in luogo di quello disciplinare, al solo scopo di vedere accertato il diritto alla reintegra in ragione della «insussistenza del fatto materiale contestato»¹¹⁴.

Per non scontrarsi con la volontà del legislatore, il ricorso ai rimedi civilistici in ipotesi di licenziamento per ragioni oggettive dovrà però essere quanto mai prudente, ma non per questo non in grado di scongiurare che quest’ultimo diventi un *passpartout* per liberarsi di un lavoratore sgradito per motivi sostanzialmente abietti, se non addirittura “emulativi”¹¹⁵; anche perché, diversamente dall’ipotesi della “manifesta insussistenza”

¹¹¹ Trib. Latina 21 gennaio 2013, cit.

¹¹² Trib. Arezzo 29 ottobre 2013 (menzionata da L. Nogler, G. Bolego, *op.cit.*, pag. 407), ove pure è stata accertata la “manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo dedotto”.

¹¹³ È forse questa la ragione per cui, nei due casi sopra menzionati, il Giudice ha applicato (o *potuto* applicare) il rimedio della reintegrazione (attenuata), senza addentrarsi nel complesso accertamento circa il motivo illecito, sul quale il lavoratore non aveva peraltro insistito. Va però segnalato come, in una pronuncia resa dal Tribunale di Milano sull’art. 18 S.L. “post-Fornero”, il Giudice non si sia “fermato” all’accertamento a fronte dell’accertamento della “manifesta insussistenza” del motivo oggettivo dedotto (la drastica riduzione dei ricavi e la conseguente soppressione della posizione lavorativa, entrambe smentite – o non suffragate – in sede processuale), ravvisando, mediante il ricorso ad una serie di presunzioni (legate, in particolare, alla concomitanza temporale tra il rifiuto della lavoratrice, appena rientrata dalla maternità, ad una modifica delle mansioni, ed il licenziamento) un’ipotesi di recesso determinato da motivo illecito, così da disporre la tutela reintegratoria “piena”: v. Trib. Milano 27 giugno 2014, est. Di Lorenzo, in www.wikilabour.it, ove però – al solito, verrebbe da dire – il Giudice ha dichiarato il licenziamento “discriminatorio, in quanto determinato esclusivamente da motivo illecito, e dunque nullo”. Si veda altresì Trib. Bari 3 aprile 2015, est. Paziienza, in www.wikilabour.it, in cui, nel rilevare un’ipotesi di manifesta insussistenza delle esigenze obiettive dedotte (ragioni di riorganizzazione al fine di contenere i costi), il Giudice, tenendo conto dei pregressi rapporti tra le parti (in particolare, di una vertenza promossa dalla lavoratrice ed accolta nei riguardi di un ordine di trasferimento da Triggiano a Como) e scorgendo attraverso l’esame del quadro probatorio «un mosaico incline a scolpire una strategia aziendale volta ad eliminare dalla organizzazione societaria una dipendente non più gradita», ha ravvisato il «carattere punitivo, per ritorsione rispetto alle iniziative giudiziarie della ricorrente» del recesso *de quo*, comminando la sanzione prevista all’art. 18, comma 1 S.L. per il licenziamento per motivo illecito.

¹¹⁴ Cfr. V. Speziale, *Il contratto...*, cit., pag. 40, secondo cui, in un simile caso, vi sarebbe la “distorsione” della funzione ordinaria di un istituto utilizzato al fine di perseguire un risultato “illecito”, ossia quello di evitare in ogni caso il regime sanzionatorio più sfavorevole applicabile nel caso di recesso per giusta causa o giustificato motivo soggettivo; un’apertura in tal senso anche in C. Cester, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in F. Carinci, C. Cester (a cura di), *op. cit.*, pag. 115, il quale riconosce comunque come si tratti di «una strada non facile da percorrere».

¹¹⁵ Così L. Mengoni, *La stabilità dell’impiego nel diritto italiano*, in AA.VV., *La stabilità dell’impiego nel diritto dei Paesi membri della Ceca*, Lussemburgo, 1958, pag. 236, a proposito della rilevanza del motivo illecito nel giudizio sul licenziamento.

di cui all'art. 18, comma 7 S.L., non si tratterebbe più di sindacare la scelta organizzativa datoriale (o, in altri termini, il “fatto”), bensì il motivo alla base della stessa, il quale, per poter condurre alla sanzione reintegratoria (piena), nell'un caso, dovrà risultare determinante ed esclusivo, oltre che illecito, nell'altro caso, ossia di frode alla legge, dovrà inserirsi in una più vasta operazione economica posta in essere al fine di eludere un divieto legislativo¹¹⁶.

4. Il caso del licenziamento per carenza dell'inidoneità psicofisica del lavoratore dedotta dal datore di lavoro

Come anticipato, in ipotesi di «difetto di giustificazione del licenziamento intimato [...] per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore», così come di «violazione dell'art. 2110, comma 2 cod.civ.», la tutela riconosciuta dall'art. 18, comma 7, S.L. era (ed è) quella reintegratoria c.d. “debole”¹¹⁷.

Il d.lgs. n. 23/2015 è parso collocarsi in una diversa prospettiva, in parte addirittura maggiormente protettiva rispetto al suo predecessore: ai sensi del quarto e ultimo comma dell'art. 2 del decreto, infatti, 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», viene ora prevista l'applicazione della tutela reale “piena”, la stessa, come visto, garantita nei casi di licenziamento nullo.

Ci si è subito chiesti quale fosse la ragione di una simile parificazione delle tutele e, soprattutto, quali fossero gli esatti contorni della fattispecie in dottrina ricondotta al “licenziamento dei disabili”¹¹⁸. A tal proposito, si è sostenuto nel Parere del Senato sulla bozza del Decreto in parola che l'ipotesi menzionata rientri ora, “ratione materiae”, nell'alveo delle protezioni avverso la discriminazione. Tuttavia, tale assimilazione non pare convincente sul piano qualificatorio, posto che è il legislatore stesso ad individuare nel recesso in esame un'ipotesi di “difetto di giustificazione”, escludendo così il suo assorbimento all'interno della discriminazione, a prescindere dal fatto che il rimedio prescelto sia il medesimo¹¹⁹.

Al contrario, risulta assai più convincente la spiegazione che insiste sulla volontà del legislatore di porsi in linea di continuità con l. 92/2012 nel garantire la protezione massima (i.e. la tutela reintegratoria) in favore di un soggetto in condizione di particolare debolezza e vittima di un licenziamento senz'altro odioso (ma non per

¹¹⁶ G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Milano, 2011, pag. 220.

¹¹⁷ In tema, A. Topo, *Il licenziamento del lavoratore malato e del lavoratore disabile*, in M. Persiani (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti nel primo anno di applicazione della legge n. 92/2012*, in *Giur. It.*, 2014, 2, pag. 436 e segg. e, da ultimo, D. Garofalo, *Il giustificato motivo oggettivo nella riforma Renzi: le fattispecie controverse*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di); *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, cit., pag. 139.

¹¹⁸ A. Riccardi, *Il licenziamento per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di); *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, cit., pag. 103.

¹¹⁹ Cfr. E. Pasqualetto, pag. 65, la quale, condivisibilmente, osserva come «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». A proposito della diversità tra i relativi regimi probatori, v. A. Riccardi, *op. cit.*, pag. 111.

questo discriminatorio *in re ipsa*) come quello intimato in spregio di – almeno: v. *infra* – due specifiche previsioni: a) l’articolo 4, comma 4 l. n. 68/1999, che impone l’obbligo al datore di lavoro di adibire a mansioni equivalenti (o anche inferiori) i lavoratori «che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia...se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell’inadempimento da parte del datore di lavoro...delle norme in materia di sicurezza e igiene sul lavoro»; b) l’art. 10, comma 3, l. n. 68/1999, ove viene stabilito che, nel caso di aggravamento delle condizioni di salute dei disabili rientranti nel novero delle assunzioni obbligatorie, ovvero di significative variazioni dell’organizzazione del lavoro, il rapporto di lavoro possa essere risolto solo ove un’apposita commissione accerti «la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all’interno dell’azienda»¹²⁰. Circa il riferimento alle disposizioni da ultimo richiamate, ci si è poi chiesti se le due ipotesi costituiscano mere esemplificazioni dei casi in cui il giudice, accertando il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, debba disporre la tutela massima, ovvero se si tratti di mere esemplificazioni. Quest’ultima lettura, che si fa preferire sul piano testuale, nel conferire valore all’inserimento, evidentemente non casuale, della congiunzione “anche”, implicherebbe l’assoggettabilità al regime in parola di ogni ipotesi di licenziamento intimato in carenza della giustificazione riferita alla dedotta inidoneità fisica o psichica, a prescindere dunque da ogni requisito dimensionale¹²¹.

A questo punto, però, ci si potrebbe interrogare sulla sorte del licenziamento per scadenza del periodo di comporto (ovviamente, in caso di carenza dei relativi requisiti) nell’ambito del contratto a tutele crescenti, nel silenzio del legislatore delegato sul punto.

Secondo una prima lettura, il licenziamento per scadenza del periodo di comporto potrebbe rappresentare un’ipotesi equiparabile alla “disabilità in senso atecnico”¹²², ovvero all’inidoneità psico-fisica del lavoratore ai sensi dell’art. 2, comma 4 d.lgs. 23/2015¹²³, con la conseguente applicazione della tutela reintegratoria di cui al comma 2 del Decreto stesso.

Una seconda linea interpretativa, che pare la più coerente con la “specialità” del licenziamento per scadenza del periodo di comporto ai sensi dell’art. 2110 c.c., individua nel caso in esame un’ipotesi «di nullità per contrasto con una norma imperativa», con l’effetto di assoggettare il recesso intimato in violazione di quest’ultima, attraverso una «interpretazione estensiva costituzionalmente orientata, alla disciplina dell’art. 2 del d.lgs. 23/2015»¹²⁴.

¹²⁰ In tema, S. Giubboni, *Il licenziamento del lavoratore disabile tra disciplina speciale e tutela antidiscriminatoria*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2008, 67; E. Pasqualetto, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili: prime osservazioni*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, 1, pag. 93 e segg.

¹²¹ S. Giubboni, *Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità alla mansione dopo la legge Fornero e il Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 261, pag. 12; R. Voza, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2015, 248; D. Garofalo, *op. ult. cit.*, pag. 143.

¹²² 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, pag. 5.

¹²³ D. Garofalo, *op. ult. cit.*, pag. 144; A. Riccardi, *op. cit.*, pag. 113.

¹²⁴ V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato...*, cit., pag. 26; analogamente, M. Marazza, *op. ult. cit.*, pag. 335; L. Fiorillo, *La tutela del lavoratore...*, cit., pag. 112; D. Carbone, *op. cit.*, col. 240; S. Giubboni, *Profili costituzionali...*, cit., pag. 8; R. Voza, *op. cit.*, pag. 13, il quale, però, ritiene applicabile

Un terzo filone esegetico, nel valorizzare, tanto la mancata menzione all'art. 2, comma 4 d.lgs. n. 23/2015 del recesso intimato in violazione dell'art. 2110, comma 2 cod.civ., quanto l'espressa qualificazione del licenziamento del lavoratore disabile come "oggettivo"¹²⁵, escluderebbe l'estensione della tutela reintegratoria al licenziamento per scadenza del periodo di comporta, con la conseguente applicazione della mera sanzione indennitaria. Peraltro, anche aderendo a questa lettura, si potrebbe forse aprire lo spazio per un intervento "di chiusura" del diritto civile: ove, ad esempio e nella consapevolezza che si tratti probabilmente di un caso di scuola, il licenziamento venisse intimato molto prima della scadenza del periodo di comporta, il lavoratore potrebbe dimostrare, sempre avvalendosi delle presunzioni, la sussistenza di un motivo illecito determinante ovvero di ragioni discriminatorie, ottenendo l'accesso alla tutela prevista per il licenziamento nullo¹²⁶.

Conclusioni

Nel volgere verso le riflessioni conclusive, ci si potrebbe domandare quali siano state ragioni che hanno spinto chi scrive a cercare di sondare, nell'interpretazione delle nuove disposizioni, lo spazio offerto dal diritto antidiscriminatorio e, ancor più, dal diritto civile, a fronte della chiara *intentio* del legislatore di restringere il campo di applicazione di questi ultimi, o, meglio, della tutela (ripristinatoria) loro connessa. Non si è trattato, è bene precisarlo, del frutto di un'opzione valoriale (se non, addirittura, "politica") fondata sulla preferibilità della reintegrazione in senso assoluto, quanto, piuttosto, della consapevolezza circa l'importanza di quest'ultima in chiave sistemica, ben oltre la materia del recesso. Come è stato infatti messo debitamente in luce nei primi commenti alla più recente novella, «l'articolo 18 ha poco a che vedere con i livelli occupazionali e con gli scenari macroeconomici, e molto a che vedere, invece, con la distribuzione dei poteri all'interno dei luoghi di lavoro»¹²⁷: in altri termini, la volontà del Legislatore si sarebbe indirizzata verso l'obiettivo di rendere "docile" e "malleabile" la forza lavoro¹²⁸ e non già di aprire ad una stagione di licenziamenti "a catena", la quale si porrebbe in stridente quanto evidente contrasto con le dichiarate intenzioni di promuovere l'occupazione, oltretutto "di qualità".

È al tempo stesso vero, però, che non offrire un'adeguata tutela contro l'abuso nell'esercizio dei poteri datoriali (ed in particolare quello di recedere dal rapporto) a fronte della – possibile – rivendicazione da parte di un lavoratore di un diritto equivale a privare quest'ultimo del suo contenuto essenziale¹²⁹. Ed allora, nella consapevolezza della complessità e dell'ampiezza del tema, che meriterebbe ben altro grado di

come rimedio la nullità di diritto comune (così anche M. Tremolada, *op. ult. cit.*, pag. 28), o, in alternativa, la reintegrazione *ex art. 18*, commi 1-3 S.L., in questo caso, anche per i "neo-assunti".

¹²⁵ F. Carinci, *Un contratto alla ricerca...*, cit., pag. 71; G. Mimmo, *op. cit.*, pag. 11.

¹²⁶ E. Massi, *Il licenziamento per superamento del periodo di comporta per i nuovi assunti*, www.dottorinalavoro.it.

¹²⁷ A. Tursi, *L'articolo 18 e il "contratto..."*, cit., pag. 926.

¹²⁸ F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare...*, cit., pag. 12. Ancora, in termini di «effetto domino sull'intera dimensione attuativa della relazione intersoggettiva, tutto a vantaggio dell'autorità dell'impresa nell'amministrazione del rapporto», A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti...*, cit., pag. 6.

¹²⁹ V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato...*, cit., pag. 15; F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti...*, cit., pag. 3. Sul tema, ampiamente, P. Albi, *Garanzia dei diritti e stabilità del rapporto di lavoro*, Milano, 2013, *passim*.

approfondimento, non si possono non richiamare sul punto i sempre attuali insegnamenti dei Maestri¹³⁰ nelle cui pagine cristalline veniva tracciato l'indissolubile legame tra la stabilità del rapporto e l'esercizio dei diritti nascenti sul posto di lavoro, insito nella struttura e nella *ratio* dell'articolo 18 originario¹³¹. Quest'ultimo, giova ribadire (oggi più che mai) aveva tutt'altra finalità che quella di assoggettare il posto di lavoro alla *property rule* di un lavoratore, magari – si passi il termine – “fannullone”, ovvero improduttivo¹³²: era, infatti, la possibilità di far valere il diritto alla reintegrazione a consentire al lavoratore il libero esercizio dei propri diritti (individuali e collettivi), restando così secondario che, come ampiamente noto, all'effettiva reintegra non si arrivasse di fatto praticamente mai¹³³.

Né è allora un caso che la discussione sull'utilizzo delle categorie del diritto civile (motivo illecito, *in primis*) si fosse concentrata anche, in dottrina, nel periodo di libera recedibilità successivo all'entrata in vigore della Costituzione, a codice civile “immutato”, ma nel corso di una fase di continui progressi nella legislazione protettiva, sino, appunto, allo Statuto dei lavoratori¹³⁴. Del resto, persino in un sistema come quello statunitense, basato storicamente sulla libera recedibilità (c.d. “*employment at-will*”)¹³⁵, nel momento in cui, a partire dagli anni '70, si è assistito all'espansione della legislazione protettiva federale (ed alla contestuale contrazione dell'attività contrattuale collettiva) verso un novero sempre più ampio di materie (dalla sicurezza sul lavoro all'introduzione di regole procedurali in ipotesi di licenziamenti collettivi¹³⁶), l'originaria assolutezza dell'*employment-at-will*, che aveva reso il contratto di lavoro «uno strumento legale volto a garantire l'esercizio unilaterale del potere manageriale»¹³⁷, ha trovato alcuni significativi contemperamenti: tra questi, oltre alla

¹³⁰ Su tutti, M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Padova, 1979, pag. 67, di recente ripreso da B. Caruso, *op. cit.*, pag. 7 e da A. Zoppoli, *Legittimità costituzionale...*, cit., pag. 4, nel sostenere, quest'ultimo A., come la tutela reale sia, in qualche modo – e, dunque, non in senso assoluto – costituzionalmente necessaria.

¹³¹ Si tratta di un'opinione peraltro condivisa dalla stessa Corte Costituzionale, nelle sue fondamentali pronunce sulla materia di decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto (si rinvia sul punto al contributo di G. Casiello, *Contratto a tutele crescenti e regime della prescrizione*, in G. Zilio Grandi, M. Biasi (a cura di), *Commentario Breve alla Riforma “Jobs Act”*, cit.), ma anche nella motivazione della fondamentale pronuncia del 1965, sia pure di rigetto, della questione di costituzionalità dell'art. 2118 nei riguardi dell'art. 4 Cost. (Corte Cost. 26 maggio 1965, n. 45, in *Foro It.*, 1965, I, col. 1118).

¹³² Cfr. P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori, relazione al Convegno nazionale del Centro Studi “Domenico Napoletano” su “Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro”*, Pescara 11-12 maggio 2012, www.pietroichino.it, nonché Id., *La fine del regime di Job Property*, *ibidem* (entrambi consultati il 20 agosto 2015).

¹³³ Per tutti, M.V. Ballestrero, *Il valore e il costo della stabilità*, in *Lav. Dir.*, 2007, 3, pag. 402.

¹³⁴ Per una sintesi del dibattito, G. Pera, *Sindacabilità dei motivi del licenziamento in sede giurisdizionale* (1966), in *Scritti di Giuseppe Pera*, Milano, 2007, I, pag. 125-131, cui si rinvia anche per i riferimenti dottrinali.

¹³⁵ C.W. Summers, *Employment At Will in the United States: The Divine Right of Employers*, in *University of Pennsylvania Journal of Labor & Employment Law*, 2001, 3, pag. 65 e segg.; J.M. Feinman, *The Development of the Employment at Will Rule*, in *The American Journal of Legal History*, 1976, 20, 2, pag. 118 e segg.

¹³⁶ V. *Occupational Safety and Health Act* (“OSHA”) del 1970 e *Workers' Adjustment and Retraining Notification Act* (“WARN”) del 1988. Tra gli altri esempi di legislazione protettiva a livello federale, si ricordano: l'*Employee Retirement Income Security Act* (“ERISA”) del 1974, l'*Equal Pay Act* del 1963, oltre al fondamentale *Fair Labor Standards Act* (“FLSA”) del 1938 (in materia di salario minimo e orario di lavoro massimo): in tema, diffusamente, K.G. Da.Schmidt, R.N. Covington, M.W. Finkin, *Legal Protection for the Individual Employee*, 2011, *passim*.

¹³⁷ P. Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, New York, 1967, pag. 135 (trad. mia).

lettura estensiva della protezione offerta dal celebre *Title VII* del *Civil Rights Act* del 1964 avverso le diverse forme di discriminazione nell'impiego¹³⁸, va ricordata la tutela nei confronti del “wrongful discharge in violation of public policy”, operante quando il recesso avvenga a fronte dell'esercizio da parte del lavoratore dei diritti garantiti dalla legge, o della denuncia della loro violazione¹³⁹.

Pur nella volontà di evitare semplicistici e affrettati confronti, data l'eterogeneità tra i due sistemi, non si possono non ricollegare le istanze protettive sorte in ambito statunitense a matrici almeno in parte comuni ad un ordinamento del lavoro, come quello italiano, che, come si è visto in apertura, ha intrapreso un percorso opposto, di sostanziale arretramento delle tutele nei confronti del licenziamento¹⁴⁰, ma che non per questo (ed anzi, proprio alla luce di questo), si ritiene possa fare a meno di offrire al lavoratore la massima protezione in alcune, specifiche ipotesi, sulle quali è opportuno riflettere, anche a prescindere dalla chiara volontà del legislatore di limitarne la portata. Del resto, merita di essere ricordato come i progetti antecedenti al d.lgs. n. 23/2015 prevedessero, sulla scorta delle esperienze straniere afferenti all'idea di “contratto unico”¹⁴¹, misure di tutela rafforzate – tipicamente, l'applicazione della disciplina “finale”, assente nel d.lgs. n. 23/2015, avendo quest'ultimo proposto un contratto a tutele crescenti in senso quantitativo, ma non qualitativo – nel caso di licenziamento «del quale il giudice ravvisi un motivo determinante discriminatorio ovvero un motivo futile totalmente estraneo alle esigenze proprie del processo produttivo»¹⁴². Né, ancora, paiono estranee alla lettura qui proposta esigenze di tutela della dignità della persona del lavoratore, che trovano un preciso addentellato costituzionale al capoverso dell'art. 41 della Carta, nel momento in cui si tratti di comminare la sanzione (o, specularmente, di riconoscere la protezione) massima, oltre ai casi di discriminazione, in ipotesi di licenziamento intimato per fatti “materiali” dalla rilevanza disciplinare minima o per ragioni obiettive palesemente fasulle o pretestuose¹⁴³, senza per questo scardinare (a mo' di grimaldello, appunto) la costruzione – peraltro non solidissima – eretta dal

¹³⁸ O, più correttamente, a tutela della “*equal employment opportunity*”: in tema, per tutti, J. Donohue III, Peter Siegelman, *The Changing Nature of Employment Discrimination Litigation*, in *Stanford Law Review*, 1991, 43, pag. 983 e segg.

¹³⁹ Da ultimo, K.V.W. Stone, *Revisiting the At-Will Employment Doctrine: Imposed Terms, Implied Terms, and the Normative World of the Workplace*, in *Industrial Law Journal*, 2007, 36, 1, pag. 84 e segg.; M. Kittner, T.C. Kohler, *Conditioning Expectations: The Protection of the Employment Bond in German and American Law*, in *CLL&PJ*, 2000, 1, pag. 21 e segg., nonché, in generale, R.A. Bales, J.M. Hirsch, P.M. Secunda, *Understanding Employment Law*, San Francisco, 2007, 64-75. È interessante notare come le forme di protezione sopra menzionate si basino tutte sul rimedio ripristinatorio (*reinstatement*) e insieme risarcitorio (*backpay*), con l'aggiunta, in taluni casi (tipicamente, in ipotesi di discriminazione), dei *punitive damages*. Si tratta, a tutta evidenza, di tutele ben lontane dalla modesta indennità, per quanto (lentamente) “*crescente*”, garantita in ipotesi di licenziamento ingiustificato dal d.lgs. 23/2015, ed assai più vicina a quelle prevista per il licenziamento nullo, tanto all'art. 18, commi 1-3 S.L., quanto all'art. 2 d.lgs. 23/2015.

¹⁴⁰ In termini di “*itinerario regressivo*”, avuto riguardo alla l. 183/2014, L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, cit., pag. 14.

¹⁴¹ Ci si riferisce qui in particolare al “*Contrat Nouvelle Embauche*” francese, che, durante il c.d. “periodo di consolidamento”, manteneva ferma la possibilità per il lavoratore di impugnare il licenziamento discriminatorio, integrante un “abus de droit” o intimato in violazione di una libertà fondamentale: sul punto, G. Centamore, *I licenziamenti in Francia*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti...*, cit., pag. 86.

¹⁴² Art. 4 d.d.l. n. 2000 del 5 febbraio 2010, cit.

¹⁴³ Cfr. G. Zilio Grandi, *Anche la dignità umana ha un prezzo: licenziamento legittimo e art. 41, 2° comma, Cost.*, in *Giur. It.*, 1991, 2, pag. 84.

Legislatore delegato.

In conclusione, potrebbe forse apparire per certi versi curioso che lo strumento principale cui ricorrere per sigillare – alla stregua di un chiavistello – e garantire la tenuta del nuovo sistema possa essere il diritto civile, dal quale il diritto del lavoro si era nel tempo affrancato per costruire la propria identità: eppure, la capacità del primo di esprimere un «linguaggio universale fatto di segni, significati e valori»¹⁴⁴ sembra poter oggi poter rappresentare un argine sicuro nei confronti della deriva (o dello snaturamento) in corso dell'ordinamento del lavoro in favore di altre “scienze”, non sempre esatte.

¹⁴⁴ F. Carinci, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Torino, 2007, pag. 103.