

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*

di Carlo Cester

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

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

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

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

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

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

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

² Cfr. F. CARINCI, *op. cit.*, 9.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ Così L. FIORILLO, *op. cit.*, 112.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Il “falso” licenziamento per ragioni oggettive

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²² Ancora C. ZOLI, *op. cit.*, 94.

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