

## Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori\*

Valerio Speciale

1. «Rigidità» delle regole sui licenziamenti e riflessi sull'occupazione.	532
2. Le innovazioni introdotte dalla legge n. 92 del 2012 ed i vincoli costituzionali nazionali ed europei.	536
3. Le differenze funzionali tra reintegrazione e risarcimento del danno.	541
4. Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970: profili generali.	544
5. Le ragioni sostanziali del licenziamento e l'onere della prova.	547
6. La giusta causa ed il giustificato motivo dopo la riforma.	550
7. Segue. La giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo: le causali.	553
8. Il giustificato motivo oggettivo per inidoneità fisica o psichica o per violazione dell'art. 2110 c.c.	558
9. Il licenziamento individuale illegittimo per ragioni economiche.	561
10. La reintegrazione «facoltativa» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo: profili di incostituzionalità.	566
11. Il regime sanzionatorio nel licenziamento illegittimo che non risolve il rapporto di lavoro.	569
12. Gli effetti del licenziamento illegittimo che estingue il rapporto di lavoro.	572
13. Conclusioni.	575
Riferimenti bibliografici.	576

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 165/2012

### 1. «Rigidità» delle regole sui licenziamenti e riflessi sull'occupazione.

La riforma dei licenziamenti individuali intende incrementare la «flessibilità in uscita» e si pone precisi obiettivi economici. Essi sono stati individuati nella volontà di «incrementare l'occupazione» (TATARELLI, 2012, 445), ridurre il dualismo nel mercato del lavoro tra *insiders* ed *outsiders* (ICHINO, 2012, 3; GALANTINO, 2012, 231), attrarre gli investimenti esteri (ICHINO, 2012, 5), migliorare la «qualità» dei contratti di lavoro (evitando, con la riduzione della rigidità nella disciplina in materia, la fuga dal lavoro standard e l'incremento dei contratti precari) (MARESCA, 2012, 416 – 417), adeguare il sistema italiano ai modelli di *flexicurity* europei (TREU, 2012a, 23; ID., 2012b, 15; PELLACANI, 2012, 3). Questi obiettivi sono stati in verità enunciati anche dal Premier Monti (SPEZIALE, 2012, 322; PELLACANI, 2012, 3 - 4, 8) e occorre verificare se, in base alle riflessioni teoriche ed ai dati empirici a nostra disposizione, tali finalità possono essere effettivamente raggiunte. Ho già analizzato questi aspetti (SPEZIALE, 2012, 321 ss.), che sono approfonditamente esaminati in altra parte di questo volume (v. *retro* PERAGINE, FABRIZI, RAITANO, cap. II, Introduzione). Tuttavia qualche riflessione sul punto merita di essere effettuata.

Il governo ha inteso rispondere alle pressanti sollecitazioni della Banca Centrale Europea (BCE), espresse nella famosa lettera inviata nell'estate 2011, con la quale si chiedeva «una profonda revisione della disciplina relativa alle assunzioni ed ai licenziamenti»<sup>1729</sup>. La comunicazione esprime una opinione che la BCE sostiene da tempo e che è stata fatta propria da grandi istituzioni economiche (Ocse, Fondo Monetario Internazionale, Banca d'Italia, Commissione Europea)<sup>1730</sup>.

Tuttavia, la correlazione tra «rigidità» delle regole in tema di licenziamenti e tassi di occupazione o disoccupazione è fortemente contestabile e questa conclusione ha trovato recente conferma anche nell'Ocse, che ne era stata la principale sostenitrice<sup>1731</sup>. Inoltre vi sono numerosi studi teorici che negano la correlazione tra la «protezione» garantita dalla disciplina in materia di lavoro (licenziamenti inclusi) e livelli di disoccupazione<sup>1732</sup>. Una conclusione recentemente condivisa anche da Pietro Ichino, che è tra coloro che hanno maggiormente sottolineato la incidenza negativa della *Employment Protection Legislation* sul mercato del lavoro<sup>1733</sup>. D'altra parte, l'indice di rigidità della disciplina del lavoro elaborato dall'OCSE – modificato nel 2004 con l'eliminazione del tfr dai costi del licenziamento e che gode «di un'ampia e riconosciuta reputazione tra gli studiosi

<sup>1729</sup> Cfr. SPEZIALE, 2012, 523; FERRARESI, 2012, 256; F. CARINCI, 2012b, 531; ORLANDINI, 2012, 653; M. T. CARINCI, 2012a, 542 – 543. Sul contenuto di questa lettera e sul contesto politico sociale in cui è nata v. PERULLI, SPEZIALE, 2011, 7 ss.; SPEZIALE, 2012, 523.

<sup>1730</sup> Per le indicazioni su queste tesi e sugli atti ufficiali in cui esse sono espresse v. SPEZIALE, 2012, 525 ss.; ICHINO, 2012, 5; ORLANDINI, 2012, 651, nt. 18; M. T. CARINCI, 2012a, 536 ss.

<sup>1731</sup> «Complessivamente le analisi teoriche non forniscono una risposta ben delineata sugli effetti della legislazione in materia di licenziamenti sui livelli complessivi di occupazione o disoccupazione» (OECD, 2004, 80). L'Organizzazione afferma che la disciplina dei licenziamenti potrebbe avere effetti negativi sulla occupazione di alcuni gruppi di lavoratori (donne, giovani) (63), sostenendo come questa tesi sia affermata da «alcuni studi» (senza, dunque, trovare conforto in tutti gli studiosi).

<sup>1732</sup> Per l'indicazione degli studi in materia si rinvia a PERULLI, SPEZIALE, 2012, 14 ss. Si vedano anche ARTONI, D'ANTONI, DEL CONTE, LIEBMAN, 2006, 3 ss. e REYNERI, 2011, 137; PERAGINE, FABRIZI, RAITANO, cap. II, Introduzione (a cui si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>1733</sup> ICHINO, 2012, 5. L'autore sottolinea che «la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l'«equilibrio mediterraneo» (n.d.r. caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti) determini di per sé tassi di *disoccupazione* più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei Paesi nord europei o a quello di tipo statunitense».

di economia (DELL'ARINGA, 2012, 44) – classifica l'Italia solo al 18° posto (su 28 paesi) per i licenziamenti individuali sin dagli anni '80, includendo il nostro paese tra quelli più flessibili<sup>1734</sup>. Inoltre, il *ranking* complessivo dell'Italia – inclusivo dei licenziamenti collettivi e dei contratti temporanei e che ci colloca al 5° posto tra i paesi più industrializzati - è ancora elevato (2,58%) esclusivamente per i costi connessi alla procedura di consultazione sindacale e all'indennità di mobilità<sup>1735</sup>. La reintegrazione «pesa» «solo per un quindicesimo del totale dell'indice di protezione del licenziamento individuale»<sup>1736</sup> ed ha una influenza modestissima sulla posizione in graduatoria dell'Italia<sup>1737</sup>. Una riprova ulteriore del carattere fortemente «ideologico» del dibattito relativo alla rigidità dell'art. 18 anche alla luce della «ortodossia» delle valutazioni dell'OCSE.

La infondatezza della tesi criticata trova conferma nel *turn over* italiano (in sostanza la mobilità in entrata ed uscita dal mercato del lavoro e la creazione/distruzione di occupazione), che è «tra i più elevati in Europa»<sup>1738</sup>. Una recente ricerca effettuata dal Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Fondazione Brodolini conferma queste conclusioni. Dopo aver rilevato la costante «precarizzazione» della nostra occupazione, il rapporto sottolinea come «il mercato del lavoro italiano sembra caratterizzato da una sorta di "liquidità"..."» e da elevata mobilità «piuttosto che da una semplice segmentazione tra *insiders* e *outsiders*... »<sup>1739</sup>. Sempre in questo ambito, d'altra parte, non vi sono evidenze empiriche di un *turn-over* superiore nelle imprese soggette alla tutela obbligatoria ai sensi dell'art. 8 della l. 604/1966, dove il licenziamento illegittimo è sanzionato soltanto con una modesta indennità risarcitoria e nelle quali è occupata una quota consistente di lavoratori. Anzi, un recente studio sugli effetti della l. n. 108 del 1990, che ha eliminato quasi integralmente il recesso *ad nutum* ed ha incrementato i costi da licenziamento nelle imprese con meno di 15 dipendenti, ha sottolineato il contrario. In questo contesto, l'aumento del *firing cost* ha prodotto effetti assai ridotti su accessi ed uscite nelle imprese «con un impatto insignificante sull'occupazione netta»<sup>1740</sup>.

<sup>1734</sup> I dati Ocse, aggiornati al settembre 2010, sono reperibili in <http://www.oecd.org>. Si vedano, sul punto le osservazioni di REYNERI, 2011, 131 – 132; PERAGINE, FABRIZI, RAITANO, cap. II, Introduzione (che sottolineano come l'Italia, nell'indice aggregato di rigidità, è al di sotto della «maggioranza dei paesi europei»).

<sup>1735</sup> I dati sono reperibili nel sito indicato nella nt. 6. In particolare, nella parte relativa al *OECD Indicators of Employment Protection*, vengono spiegati i criteri di formazione dell'Indice, che nascono dalla ponderazione di tre indici parziali (licenziamenti individuali, collettivi e contratti temporanei). Su tali aspetti cfr. anche PERAGINE, FABRIZI, RAITANO, cit.

<sup>1736</sup> LEONARDI, 2012, 1. Anche DELL'ARINGA rileva come la riforma dell'art. 18, proprio in relazione agli indicatori Ocse, potrebbe migliorare la nostra posizione «nella classifica internazionale della flessibilità dei lavori a tempo indeterminato», anche se «il miglioramento non sarebbe poi così importante e decisivo» (2012, 43). Si vedano anche le considerazioni critiche di NOGLER, 2012, 666 – 667.

<sup>1737</sup> La reintegrazione è uno degli elementi considerati in uno dei tre sub indici del recesso individuale. «Il reintegro conta per un quinto della sezione «difficoltà di licenziamento»» (LEONARDI, 2012, 1). Le altre «sezioni» (o indici) sono gli oneri procedurali (I) ed il periodo di preavviso e le indennità economiche in caso di licenziamento illegittimo (II). Le riduzioni di personale ed i contratti temporanei sono considerati a parte, quali fattori ulteriori che determinano il risultato complessivo (2,58), con la percentuale molto elevata (4,88%) per i licenziamenti collettivi.

<sup>1738</sup> REYNERI, 2006, 2. Questa opinione è sostenuta anche dal CNEL, 2005, 113 ss., che rileva la presenza di studi che confermano la tesi (CONTINI, TRIVELLATO, 2005).

<sup>1739</sup> DIPARTIMENTO DEL TESORO – FONDAZIONE G. BRODOLINI, 2012, 8 (dattiloscritto). Su questa ricerca si veda anche l'approfondita analisi di PERAGINE, FABRIZI, RAITANO, cit., che sottolineano come «l'evidenza empirica appare quindi più complessa di quanto facilmente semplificabile attraverso l'immagine di mero *apartheid* messo in atto dagli *insiders* (gli anziani) per penalizzare gli *outsiders* (i giovani)».

<sup>1740</sup> KUGLER, PICA, 2008, 94.

La opinione secondo cui l'incremento della "flessibilità in uscita" dovrebbe incidere sulla «qualità dell'occupazione», scoraggiando il lavoro irregolare e la diffusione di contratti flessibili e rendendo più attrattivi i contratti standard (MARESCA, 2012, 416 ss.), non trova conferme empiriche. Infatti, per quanto attiene alla «fuga» dal lavoro stabile, si è recentemente affermato che tutte le riforme finalizzate a flessibilizzare il mercato del lavoro con l'arricchimento delle tipologie contrattuali (come, ad es., il d.lgs. 276/2003) non hanno «avuto alcun effetto significativo nell'assorbire il lavoro irregolare in Italia: i datori di lavoro che assumevano in nero, continuano a farlo; i datori di lavoro che assumevano nel mercato irregolare prima della riforma, dopo la sua entrata in vigore, preferiscono assumere i lavoratori con contratto a tempo determinato piuttosto che con un contratto permanente»<sup>1741</sup>. Una riprova, tra l'altro, che l'incremento dei contratti flessibili ha soltanto redistribuito l'occupazione esistente in favore di rapporti di lavoro non stabili. D'altra parte, anche nell'ambito delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria vi è una utilizzazione assai ampia di contratti diversi da quelli standard<sup>1742</sup>. La grande diffusione, secondo i dati Istat, di rapporti di lavoro autonomo nelle imprese con meno di 15 dipendenti (dove non si applica l'art. 18), suggerisce inoltre che l'assenza di una tutela forte contro il licenziamento non esclude il ricorso a forme contrattuali diverse dalla subordinazione. Ed anche chi interpreta queste statistiche in modo diverso (proponendone correzioni al ribasso)<sup>1743</sup>, è costretto poi ad ammettere che i dati esistenti «non basterebbero certo per considerare *dimostrato* che l'articolo 18 dello statuto dei lavoratori sia una causa del maggior ricorso a forme di lavoro dipendente atipiche, ma ne costituirebbe un pesante indizio»<sup>1744</sup>. Ancora una volta, dunque, si pretende di portare argomenti a favore di una riforma che incide pesantemente sui diritti dei lavoratori in base ad elementi... indiziari ed oltretutto tali da non smentire le altre numerose «prove contrarie» desumibili dai dati e dagli studi già descritti.

In un recente saggio P. Ichino ha sottolineato che l'originaria formulazione dell'art. 18 anteriore alla riforma avrebbe causato una certa «vischiosità» (Id., 2012, 5) del mercato del lavoro italiano. Tuttavia anche questa affermazione mi sembra più una supposizione che una realtà suffragata da evidenze empiriche. L'analisi approfondita effettuata da questo autore mette in evidenza dati in buona parte noti (elevata creazione di posti di lavoro, prevalenza di quelli precari, tempi relativamente lunghi per la ricerca di una nuova occupazione, alto numero di lavoratori «scoraggiati», ecc.)<sup>1745</sup>. Tuttavia questi risultati non consentono di collegare le caratteristiche sopra descritte alla disciplina dei licenziamenti. Ciascuna di esse, infatti, può trovare una spiegazione del tutto autonoma dall'art. 18 dello statuto, a cui francamente si imputa... troppo (DELL'ARINGA, 2012, 42 ss.). Tra queste, ad esempio, la bassa efficienza dei sistemi di incontro tra domanda ed offerta di lavoro, l'incapacità dei lavoratori di essere utilmente riqualificati, la loro scarsa capacità profes-

<sup>1741</sup> TEALDI, 2012, 3.

<sup>1742</sup> DELL'ARINGA, 2011, 1.

<sup>1743</sup> ICHINO, 2011a, 64 ss.

<sup>1744</sup> ICHINO, 2011b, 3.

<sup>1745</sup> ICHINO, 2012, 2 ss. Si vedano, sul punto, anche i risultati della ricerca indicata nella precedente nt. 11.

sionale, la «eterogeneità dell'offerta di lavoro, per cui alcune fasce deboli sarebbero meno 'occupabili' e quindi destinate a restare più a lungo in cerca di occupazione»<sup>1746</sup>. Inoltre, per confermare la tesi *insiders/outsiders* (smentita dalla ricerca del Dipartimento del Tesoro già citata) e per attribuire alla disciplina dei licenziamenti effetti indimostrati, Ichino è costretto a ricorrere alla suggestiva argomentazione secondo la quale le inefficienze del mercato del lavoro prima descritte derivano da una valutazione estremamente negativa della perdita del posto di lavoro, che determina «una maggiore severità dei giudici nel valutare la giustificazione del licenziamento»<sup>1747</sup>. Queste affermazioni, peraltro, non sono suffragate da dati empirici (perché non esiste alcuna seria analisi «sul campo», certamente non semplice da realizzare). Esse, dunque, esprimono un giudizio personale, sicuramente rispettabile ma certo insufficiente a fondare una conclusione così assiomatica. Rilevo, inoltre, che esistono spiegazioni molto diverse sulle ragioni di un mercato del lavoro caratterizzato da elevata mobilità e da una permanenza più lunga nello stato di disoccupazione, con l'elaborazione di tesi che prescindono dalle regole giuridiche sul recesso del datore di lavoro<sup>1748</sup>.

Per quanto riguarda il rapporto tra disciplina dei licenziamenti e capacità di attrarre investimenti esteri, si è sostenuto che «nessun nesso causale è stato dimostrato», anche se una «qualche correlazione inversa tra grado di vischiosità del mercato del lavoro e attrattività del Paese per gli investimenti diretti esteri è abbastanza evidente»<sup>1749</sup>. Quest'ultima affermazione, in chiara contraddizione con la prima, non è confermata dagli elementi in nostro possesso. Vi sono infatti *Reports*, elaborati da grandi istituzioni internazionali fedeli al pensiero economico ortodosso, che collocano nei primi posti delle graduatorie in tema di competitività paesi considerati molto rigidi nella disciplina in tema di licenziamenti, mentre l'Italia è ben lontana da queste realtà economiche per ragioni assai diverse dalle regole giuridiche in materia<sup>1750</sup>.

Si può concludere, dunque, che il governo Monti si è adeguato al «mantra» espresso dall'OCSE e dalle altre istituzioni economiche internazionali (M. T. CARINCI, 2012a, 536), che costituisce una sorta di "pensiero unico" (SPEZIALE, 2012, 525 ss.) in larga parte smentito da studi e dati concreti o, in altre ipotesi, tale da condurre a conclusioni molto controverse, che si prestano a letture diverse e certo non univoche. Va anche detto, peraltro, che la particolare situazione in cui si trovava l'Italia nel novembre 2011 ha imposto una sorta di «commissariamento» (F. CARINCI, 2012b, 531) del nostro paese e, dopo la lettera della BCE, la riforma dei licenziamenti era inevitabile,

<sup>1746</sup> REYNERI, 2011, 196.

<sup>1747</sup> ICHINO, 2012, 3.

<sup>1748</sup> REYNERI, 2011, 103 ss., 167 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>1749</sup> ICHINO, 2012, 5.

<sup>1750</sup> Si vedano, ad esempio, i *The Global Competitiveness Report 2011/2012* e *2010/2011*, reperibili sul sito del *World Economic Forum* ([http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GCR\\_Report\\_2011-12.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GCR_Report_2011-12.pdf)). Essi mostrano come le *restrictive labour regulations* non sono, per l'Italia, tra i «fattori critici» di competitività più importanti (al contrario di altri, quali la inefficienza burocratica, il livello di tassazione, l'accesso al credito e così via). Nel *Country Profile Highlights* del Rapporto 2011/2012 si sottolinea inoltre la rigidità del mercato del lavoro tedesco, dove «una mancanza di flessibilità nei livelli salariali e l'alto costo del licenziamento costituiscono un ostacolo alla creazione di occupazione» (2). Eppure la Germania, nel 2012, è classificata al 6° posto su 183 paesi. Analoghe considerazioni possono trarsi dal Rapporto *Doing Business* nel quale la disciplina in materia di lavoro non è considerata ai fini del *ranking* (2011 o 2012). Oppure, quando è utilizzata (2010), vi sono paesi come Finlandia, Germania o Francia con un tasso di rigidità in tema di licenziamenti identico o simile a quello italiano, ma con una posizione in classifica nettamente migliore del nostro paese, collocato solo al 78° posto.

anche se erano sicuramente percorribili strade diverse<sup>1751</sup>. A parte queste considerazioni, è comunque lecito dubitare che gli obiettivi perseguiti dalla riforma (superamento del dualismo *insiders/outsiders*, maggiore propensione all'assunzione con contratti stabili, riduzione della precarietà) saranno raggiunti ed è comunque «difficile sostenere che la riforma darà un contributo importante allo sviluppo economico e alla creazione di posti di lavoro» (DELL'ARINGA, 2012, 42). Senza dimenticare che il mutamento nella disciplina dei licenziamenti dovrebbe essere considerato in una dimensione non solo economica, ma in una prospettiva più ampia, connessa agli interessi giuridici ed alla stessa «agibilità» di diritti fondamentali del lavoratore.

## 2. Le innovazioni introdotte dalla legge n. 92 del 2012 ed i vincoli costituzionali nazionali ed europei.

La nuova legge, nel modificare l'art. 18, esclude che la reintegrazione costituisca la sanzione unica del licenziamento illegittimo/inefficace nell'ambito delle imprese soggette alla stabilità reale. L'innovazione non contrasta con la Costituzione alla luce dei plurimi interventi della Corte costituzionale, la quale ha rilevato che la legge fondamentale vieta il recesso *ad nutum*, ma rimette alla discrezionalità del legislatore «la scelta dei rimedi conseguenti alle patologie dell'atto di licenziamento» (M. T. CARINCI, 2012a, 549, nt. 101)<sup>1752</sup>.

Il quadro delle fonti sovranazionali (art. 30 della Carta di Nizza, art. 24 della Carta Sociale Europea, Convenzione OIL n. 158/1982), anche alla luce delle interpretazioni fornite da soggetti istituzionali (come il Comitato della Carta Sociale) e da organi giurisdizionali (Tribunale della Funzione Pubblica della UE, Corte di Giustizia europea), conferma la necessaria causalità del recesso (ORLANDINI, 2012, 625 ss.; M. T. CARINCI, 2012a, 549 ss.). Anzi, senza dubbio il diritto alla «giustificatezza» del licenziamento può essere considerato come un vero e proprio «diritto fondamentale» del lavoratore (ORLANDINI, 2012, 625 ss.; M. T. CARINCI, 2012a, 549 ss.). In questo contesto, non è sicuramente possibile prevedere un diritto al recesso del datore di lavoro sottratto al controllo giudiziale e *in ogni caso* soggetto ad un indennizzo economico, secondo la proposta di P. Ichino, recentemente ribadita per il licenziamento economico (ID., 2012, 18 – 19). In verità questo autore propone un ritorno al recesso *ad nutum*, con l'introduzione di una somma di denaro compensativa dell'interruzione del contratto ed *a prescindere* dalle sue ragioni giustificative. Tuttavia questo obiettivo non è in primo luogo coerente con la Costituzione italiana che, secondo la Corte costituzionale, prevede il principio della «necessaria giustificazione del licenziamento» (C. Cost. 7.2.2000 n. 46, cit., 4). Inoltre, le fonti sovranazionali sono state comunemente interpretate come impositive del recesso "causale", che attribuisca al lavoratore «che ritiene di essere stato oggetto di una misura di licenziamento ingiustificata.... il diritto di fare ricorso contro tale misura davanti

<sup>1751</sup> Penso, ad esempio, alla velocizzazione dei tempi processuali - in effetti poi realizzata -, ad una migliore tipizzazione delle causali di recesso - per evitare alcune controverse interpretazioni giurisprudenziali - alla diversa graduazione delle sanzioni per i vizi formali. Tutte queste modifiche avrebbero consentito un notevole miglioramento della situazione senza necessità di intaccare la tutela reintegratoria.

<sup>1752</sup> C. Cost. 6.3.1974, n. 55, *FI*, 1974, I, 959; C. Cost. 19.6.1975, n. 152, *MGL*, 1975, 299; C. Cost. 14.1.1986 n. 2, *FI*, 1986, I, 1184; C. Cost. 23.2.1996 n. 44, *MGL*, 1996, 151; C. Cost. 3.2.2000 n. 46, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 1 ss. La mancanza di un fondamento costituzionale della reintegrazione è sostenuta da numerosi autori (tra gli altri VALLEBONA, 2012, 55, 60; GALANTINO, 2012, 235; ICHINO, 2012, 24; MARESCA, 2012, 423; M. T. CARINCI, 2012a, 549; ORLANDINI, 2012).

ad un organismo imparziale quale un tribunale, un tribunale del lavoro, una commissione arbitrale o un arbitro» (art. 8 Convenzione OIL n. 158/1982)<sup>1753</sup>. Questa disposizione, contenuta peraltro in un atto normativo non ratificato dall'Italia, rende evidente che il licenziamento deve poter essere sindacato nei suoi presupposti giustificativi, perché non si vede quale possa essere la ragione di un ricorso ad un giudice se il recesso è *di per sé* legittimo e non richiede alcuna giustificazione. Infine, anche l'art. 24 della Carta Sociale Europea, recepita nel ns. ordinamento dalla l. n. 30/1999, distingue nettamente il «valido motivo» di recesso (lettera a) dal diritto «ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione in caso di sua assenza» (lettera b). Dunque, la "causale" è sempre necessaria ed il risarcimento del danno richiede la mancanza della giustificazione<sup>1754</sup>.

Tuttavia, anche le fonti europee ed internazionali non impongono la reintegrazione come "sanzione obbligata" in caso di licenziamento illegittimo. Questa conclusione è fatta propria anche da chi respinge la «lettura riduttiva» dell'art. 30 della Carta di Nizza (ORLANDINI, 2012, 626) ed in verità ritiene che i principi giuridici a livello sovranazionale siano tali da far ritenere la reintegrazione come regola ed il risarcimento del danno come eccezione (ID., 2012, 630, 639, 642). In ogni caso, l'indennizzo monetario, in coerenza con quanto stabilito dalla giurisprudenza europea in tema di licenziamenti collettivi e discriminatori oltre che di contratto a termine, deve essere «adeguato, effettivo e dissuasivo» (ORLANDINI, 2012, 639), in modo da costituire «*efficace deterrente per il datore e proporzionato risarcimento del danno sofferto dalla vittima*» (M.T. CARINCI, 2012b, 33).

In questo contesto, mi sembra innanzitutto che la violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza sia evidente per la sanzione risarcitoria prevista per i vizi procedurali nel caso di licenziamento per ragioni soggettive (v. *retro* D'ONGHIA, in questa Sezione). La esiguità della indennità economica, oltre a non essere «ragionevole» (ORLANDINI, 2012, 646), è tale da evitare qualsiasi effetto di deterrenza o dissuasivo ed anzi stimola comportamenti opportunistici. Questa valutazione si fonda sul valore determinante della procedura di licenziamento secondo la Convenzione OIL n. 158/1982<sup>1755</sup> e sull'importanza del contraddittorio e del diritto alla difesa «riconosciuto come principio fondamentale dall'art. 24 Cost. e destinato, in quanto espressione di "valori di civiltà giuridica", ad operare sempre quando vengano in considerazione poteri punitivi riconosciuti dall'ordinamento» (M. T. CARINCI, 2012a, 559)<sup>1756</sup>. In tale ambito, è la stessa scelta del legislatore - che reprime un vizio così importante con una somma pari alla metà di quanto previsto per l'illegittimità sostanziale del recesso - a rendere evidente la "sproporzione" tra sanzione e violazione. Infatti, il carattere fondamentale del diritto di difesa - certamente di importanza

<sup>1753</sup> Sul contenuto di questa Convenzione, v. ORLANDINI, 2012, 629 ss. (con altri riferimenti bibliografici). A questo a. (Id., 2012, 625 ss.) ed a M. T. Carinci (2012a, 538, 549) si rinvia per l'analisi delle fonti indicate nel testo.

<sup>1754</sup> Sul punto si vedano, sempre alla luce delle fonti sovranazionali, le ulteriori critiche di Orlandini alla tesi di Ichino (ID., 2011, 635, 646).

<sup>1755</sup> L'articolo 7 prevede che «un lavoratore non dovrà essere licenziato per motivi legati alla sua condotta o al suo lavoro prima che gli sia stata offerta la possibilità di difendersi contro le accuse formulate...».

<sup>1756</sup> A questa a. si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza della Corte costituzionale ed Europea. Si vedano le importanti osservazioni (con riferimenti anche alla giurisprudenza costituzionale) di NOGLER, 2007, 603 ss., 607.

uguale rispetto all'assenza di giustificazione - avrebbe richiesto un'indennità risarcitoria di ammontare identico (o di poco ridotto) rispetto a quella dovuta nel caso recesso ingiustificato. Mentre, in questo modo, l'effetto dissuasivo è pressoché inesistente.

Infine, anche in relazione all'art. 24 Cost., la nuova disciplina pone un problema di costituzionalità<sup>1757</sup>, in considerazione del valore che, in base alla sentenza della Corte costituzionale n. 204/1982 sopra citata, è attribuito alla contestazione dell'addebito ed alla replica del lavoratore. La "monetizzazione" del vizio procedurale, che lascia al datore di lavoro la libertà di non consentire al lavoratore una possibile replica, rende... disponibile il diritto di difesa, in chiara violazione della norma costituzionale. In verità, il diritto al contraddittorio del lavoratore, per la sua importanza ed alla luce dell'art. 24 Cost., dovrebbe incidere sulla esistenza stessa del potere di recesso (così come accadeva nella disciplina precedente). Questi profili di incostituzionalità sono estensibili anche al giustificato motivo oggettivo. Infatti, il datore di lavoro, accollandosi il costo economico della mancata attivazione della procedura di conciliazione obbligatoria o della assenza della motivazione del recesso, può evitare di qualificare la causale del licenziamento ed obbliga il lavoratore ad impugnare il provvedimento «al buio» (ALLEVA, 2012, 3). In tal modo, quindi, viene violato non il diritto al contraddittorio nel procedimento di comminazione del licenziamento, ma il diritto di difesa nel processo, perché il lavoratore non può contestare compiutamente le ragioni di un atto unilaterale di cui non conosce... la motivazione.

Un problema di coerenza con fonti sovraordinate alla legge si pone anche per quella parte del comma 4 del nuovo art. 18 della l. n. 300/1970 secondo la quale il risarcimento del danno nel periodo compreso tra il licenziamento e la sentenza che accerta la sua illegittimità «non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto» (v. *infra* § 9). In realtà con riferimento al "tetto" risarcitorio previsto per il contratto a termine, la Corte costituzionale ha stabilito che «"la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale" (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)», particolarmente quando «non v'è stata medio tempore alcuna prestazione lavorativa» (C. Cost. 9.9.2011 n. 303, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 9). Tale principio potrebbe essere esteso anche alla disposizione esaminata. E si potrebbe sostenere che il risarcimento è in questo caso "adeguato", sia perché conforme al limite massimo di 12 mesi previsto dall'art. 32, comma 5, della l. 183/2010 (su cui si è espressa la Corte costituzionale sopra citata), sia in considerazione del "processo celere" introdotto dai commi da 48 a 68 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, che dovrebbe garantire lo svolgimento di vari gradi del giudizio in tempi assai rapidi (anche se l'effettivo rispetto della tempistica prevista dalla legge è tutta da verificare, tendo conto della funzionalità dei nostri uffici giudiziari e dei periodi medi di durata dei processi in Italia).

La questione, peraltro, si pone in modo diverso rispetto all'art. 24 della Carta Sociale Europea (CSE), alla luce dell'interpretazione adottata dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali. Questo organismo, che non ha natura giurisdizionale ma ha carattere tecnico ed è composto da esperti di vari paesi, ha il compito di valutare la conformità delle diverse legislazioni nazionali alla Carta Sociale (M. T. CARINCI, 2012b, 33, nt. 262; ORLANDINI, 2012, 629). In base al «"metodo interpreta-

<sup>1757</sup> ALLEVA, 2012, 5; CESTER, 2012b, 581 (con riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale a cui si è prima rinviato).

tivo consolidato” accolto dalla Corte europea dei Diritti dell’Uomo in materia di diritti fondamentali a partire dal caso *Demir*, l’art. 24 della CSE deve essere letto «non atomisticamente, ma alla luce di tutti gli indicatori presenti nel sistema» (M. T. CARINCI, 2012b, 32; ORLANDINI, 2012, 629). Tra questi sono incluse anche le decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (M. T. CARINCI, 2012b, 33)<sup>1758</sup>, le cui statuizioni, dunque, non sono semplici “opinioni”, ma assumono un carattere assai più vincolante. Tale organismo ha censurato varie normative europee che introducono un limite massimo al risarcimento del licenziamento illegittimo, perché la regola è quella della corresponsione di tutte le retribuzioni fino alla sentenza o all’eventuale reintegra (M. T. CARINCI, 2012b, 33; ORLANDINI, 2012, 640), senza possibilità di riduzioni forfettizzate del danno. Ed è interessante notare che tra le legislazioni europee censurate vi sono quelle di Stati che prevedono un “tetto” di dodici mesi, come nel caso dell’Albania o di Cipro (ed ora dell’Italia)<sup>1759</sup>. In base, dunque, a questa interpretazione dell’art. 24 della Carta Sociale Europea, vincolante per il nostro paese a seguito della sua ratifica, le 12 mensilità di risarcimento previste dal comma 4 del nuovo art. 18 dello statuto non sono legittime (ORLANDINI, 2012, 641, 646).

Numerosi autori, inoltre, hanno rilevato come il “tetto” risarcitorio descritto «sposta sul lavoratore il rischio della lunghezza del processo» (GALANTINO, 2012, 240)<sup>1760</sup>. Una conclusione sicuramente condivisibile (con un possibile danno che si spera sarà depotenziato dalla velocità del processo). In ogni caso il limite dei 12 mesi può essere considerato in contrasto con l’art. 24 della Carta Sociale anche da questo punto di vista. Infatti, il Comitato Europeo ha stabilito che, sempre in base a questa disposizione, la riduzione del risarcimento del danno non può essere giustificata «dall’eccessiva durata del giudizio, che...non può tradursi in un pregiudizio per il lavoratore» (ORLANDINI, 2012, 641)<sup>1761</sup>. Tale situazione si potrebbe verificare anche con la nuova disciplina, nella quale, nonostante l’introduzione di una tutela giurisdizionale accelerata, il processo potrebbe prolungarsi ben oltre l’anno.

La riforma è stata criticata in quanto non sarebbe «in sintonia con i principi di proporzionalità e ragionevolezza» desumibili dalle fonti internazionali e dalla giurisprudenza europea (ORLANDINI, 2012, 646). Questa conclusione troverebbe fondamento nel fatto che le conseguenze del licenziamento illegittimo sarebbero graduabili in relazione alla motivazione addotta o in quanto il datore di lavoro potrebbe condizionare il regime risarcitorio esponendosi «a minori rischi di incorrere nella reintegra» perché potrebbe comminare un licenziamento economico invece che disciplinare. Inoltre la proporzionalità non sarebbe rispettata se il comma 4 dell’art. 18 venisse interpretato nel senso che si intenda «sottrarre alla tutela reale i licenziamenti disciplinari che contravvengano all’art. 2106 cc., ma che non conseguono ad un fatto per il quale i contratti collettivi prevedono una sanzione conservativa» (ORLANDINI, 2012, 646).

In realtà, a parte i profili di incostituzionalità già rilevati, il nuovo regime risarcitorio non dipende esclusivamente dalle motivazioni addotte dal datore di lavoro, perché il lavoratore ha sempre la

<sup>1758</sup> A questa a. si rinvia per l’indicazione della dottrina e della giurisprudenza che confermano l’interpretazione indicata nel testo (particolarmente nelle pagine 32 – 33, nt. da 256 a 262).

<sup>1759</sup> Si vedano le decisioni dell’*European Committee of Social Rights* citate da ORLANDINI, 2012, 640 – 641, nt. 76 e 77.

<sup>1760</sup> In senso analogo VALLEBONA, 2012, 61; CESTER, 2012a, 36; ID., 2012b, 558; SANTINI, 2012, 247 – 248; ORLANDINI, 2012, 646.

<sup>1761</sup> Questo autore cita una recente decisione della *European Committee* riferita alla legge bulgara, censurata in quanto «the compensatory payment for unlawful termination of employment is subject to a maximum of six months’ wages even though judicial proceedings in unfair dismissal cases lasted on average two years» (ID., 641, nt. 77).

possibilità di contestare la tipologia di licenziamento adottato ed in questo caso il giudice deve verificare l'effettiva natura del recesso e l'esistenza delle ragioni sostanziali che lo giustificano (v. *infra* § 5). Inoltre, la violazione dell'art. 2106 è parte integrante del giudizio di proporzionalità che il magistrato è tenuto ad applicare nell'ambito del licenziamento disciplinare (v. *infra* § 7). Comunque, se la reintegra non è l'unica sanzione possibile, nulla impedisce al legislatore di graduare il sistema sanzionatorio in relazione alla gravità della fattispecie e con la previsione di un'indennità risarcitoria. Negare tale possibilità significherebbe "imporre" la reintegrazione quale conseguenza obbligata del recesso illegittimo e non mi sembra che il quadro normativo esistente consenta tale conclusione. Ovviamente, occorre rispettare i principi di adeguatezza, deterrenza e proporzionalità che sono stati enucleati dalla giurisprudenza europea e già in precedenza analizzati.

Tali nozioni hanno, ovviamente, un ampio margine di "elasticità" e di indeterminatezza. Tuttavia, anche alla luce delle elaborazioni teoriche in tema di *astreinte* o di esecuzione indiretta, non vi è dubbio che l'entità del risarcimento deve essere tale da costituire una remora efficace nei confronti del datore di lavoro e una riparazione pecuniaria proporzionale al danno sopportato. Questa valutazione, peraltro, cambia a seconda della prospettiva di analisi utilizzata. Se, ad esempio, il giudizio dovesse basarsi su un quadro comparato o sulla stessa "monetizzazione" del licenziamento connessa all'indennità sostitutiva della reintegra prevista dall'art. 18, si dovrebbe ritenere che il *quantum* stabilito dalla nuova disciplina è adeguato sia per quanto attiene all'effetto di deterrenza sia in relazione all'entità del risarcimento<sup>1762</sup>. D'altra parte, assumendo come base di valutazione 18 mesi di retribuzione - che costituiscono la media tra il minimo (12) ed il massimo (24) previsti dalla legge -, l'effetto deterrente sarebbe sicuramente esistente per le imprese di piccole e medie dimensioni, mentre sarebbe molto più ridotto per le grandi aziende o, comunque, per quelle con notevole redditività. Infine, sotto il profilo della effettiva proporzionalità al danno subito, i 18 mesi sono vicini ai 20 a cui il lavoratore aveva diritto in base alla disciplina previgente, qualora avesse optato per l'indennità sostitutiva della reintegra (con una regola applicabile oggi in questo ammontare economico predefinito soltanto per il licenziamento discriminatorio). Tuttavia, particolarmente nelle aree economiche del paese meno sviluppate, 18 mensilità di retribuzione non sono certo tali da garantire un risarcimento proporzionato al pregiudizio, in considerazione della scarsa possibilità di reperire nuova occupazione.

Come si vede, dunque, il giudizio alla luce dei parametri individuati dalla giurisprudenza europea è a "geometria variabile" in relazione a fattori diversi (dimensione delle imprese, potenzialità economica delle aziende, situazione del mercato del lavoro locale, comparazione con altri paesi europei). È difficile dunque esprimere un giudizio conclusivo sulla legittimità o meno della nuova disciplina alla luce delle regole di origine giurisprudenziale sopra descritte.

L'analisi dei possibili profili di incostituzionalità della nuova normativa non può prescindere dalla reintegrazione "facoltativa" prevista in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

<sup>1762</sup> In Germania, l'indennità sostitutiva della reintegra (che va erogata quando il giudice accerti che non è più possibile la proficua collaborazione tra le parti) oscilla tra i 12 e i 18 mesi di retribuzione. In Francia, il risarcimento, fissato nella misura minima di sei mesi, è di norma tra i 12 ed i 24 mesi. In Spagna, l'indennizzo è di 33 giorni per ogni anno di anzianità di servizio fino a un massimo di 24 mesi. In Svezia, in alternativa alla reintegra, il datore di lavoro è condannato ad un risarcimento che varia in base all'anzianità di servizio, partendo da 16 mesi per un'anzianità minore o uguale a 5 anni sino a 32 mesi per un'anzianità uguale o superiore a 10 anni (oltre al pagamento di una penale di circa € 13.000). In altri paesi la reintegra è obbligatoria o il risarcimento è fissato in misura inferiore. Sull'analisi delle varie discipline in Europa cfr. DIRITTO & LAVORO, 2012, 1 ss.

Tuttavia, in considerazione della peculiarità della questione, essa verrà analizzata successivamente (v. *infra* § 10).

### 3. Le differenze funzionali tra reintegrazione e risarcimento del danno.

La modifica dell'art. 18 della l. 300/1970 introdotta dal Governo MONTI non esclude la reintegrazione nel posto di lavoro ma ne ridimensiona il ruolo, prevedendo anche una indennità risarcitoria come strumento sanzionatorio nell'ambito di applicazione della stabilità reale, che viene così «attenuata». Nel commentare la nuova disposizione, si è sottolineato come la reintegrazione sia ascrivibile alla *property rule*, che di solito «viene riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto assoluto della persona». L'indennizzo, invece, è una *liability rule*, in genere applicata quando «sia in gioco soltanto un interesse economico e professionale del lavoratore...»<sup>1763</sup>. Entrambe le regole sono utilizzabili anche nei rapporti contrattuali, con una scelta rimessa al legislatore. Nella riforma MONTI la *property rule* sarebbe circoscritta a casi eccezionali, quando è coinvolta «l'onorabilità della persona» (licenziamento disciplinare per un fatto insussistente) o quando il recesso economico sia palesemente pretestuoso (e, quindi, lasci pensare ad un motivo illecito o discriminatorio). In tutte le altre ipotesi, invece, la ingiustificatezza del recesso dovrebbe comportare solo la liquidazione del danno<sup>1764</sup>. L'approccio prescelto, come si vede, è quello tipico della *law and economics*, in coerenza della quale l'idea secondo cui la perdita del posto di lavoro «lede sempre il diritto fondamentale al lavoro... corrisponde a una concezione del rapporto di lavoro ispirata all'idea della *job property*, che mal si concilia con il principio della insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo»<sup>1765</sup>.

Una prima obiezione a questa impostazione è che essa trascura l'*essenzialità* della reintegrazione in molti altri Stati della UE (NOGLER, 2012, 684 ss.). La ricostituzione del rapporto di lavoro, dunque, è una tecnica usuale in questo ambito ed è configurata come la forma di tutela «più adeguata nella legislazione della maggioranza dei paesi europei» (ORLANDINI, 2012, 643, nt. 82). È vero che in alcuni di questi ordinamenti giuridici la reintegrazione non è "automatica" in caso di illegittimità del licenziamento, come era invece previsto nella formulazione dell'articolo 18 antecedente alla riforma. Tuttavia, ciò non esclude che il *reinstatement* sia parte integrante della cultura giuridica europea ed una sanzione non certo "anomala" come P. ICHINO sembrerebbe voler sostenere.

Vi sono poi considerazioni ulteriori. L'analisi economica del diritto è uno strumento importante di comprensione della realtà, perché consente una valutazione degli istituti giuridici in chiave di efficienza rispetto al mercato e di studio dei loro effetti pratici. Tuttavia non va dimenticato che, nella sua essenza, essa si ispira a criteri meramente «quantitativi», in una dimensione nella quale «la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria»<sup>1766</sup>. Il diritto, peraltro, non può essere assimilato «ad un sistema mercantile governato dai prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi)»<sup>1767</sup> ed

<sup>1763</sup> ICHINO, 2012, 10 – 11.

<sup>1764</sup> ICHINO, 2012, 10 – 12.

<sup>1765</sup> ICHINO, 2012, 11 – 12.

<sup>1766</sup> PERULLI, 2012a, 3.

<sup>1767</sup> PERULLI, 2012a, 31.

impone un diverso criterio di lettura delle disposizioni giuridiche, che sono dirette a realizzare scopi e funzioni differenti.

Da un'altra visuale, la reintegrazione nel posto di lavoro va considerata come un rimedio ripristinatorio del diritto violato, coerente con la tutela in forma specifica, che supera la logica compensativa dell'indennizzo pecuniario. Questa tecnica ritiene che la lesione di determinati interessi non possa essere soddisfatta dalla mera monetizzazione, ma richiede la *restituito in integrum* della posizione soggettiva, particolarmente quando sono in gioco diritti non esclusivamente economici, come nel rapporto di lavoro. In questo caso, infatti, l'esecuzione della prestazione non è solo l'adempimento di un obbligo contrattuale, ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio di suoi diritti fondamentali<sup>1768</sup>.

Tale impostazione, coerente con una specifica lettura dell'art. 24 Cost. e del diritto all'*effective remedy* espresso in fonti sopranazionali<sup>1769</sup>, è stata accolta da importanti elaborazioni della nostra dottrina processualistica e lavoristica<sup>1770</sup> ed anche dalle Sezioni Unite della Cassazione. La Corte, infatti, rileva come il risarcimento del danno è un rimedio utilizzato anche nel Diritto del lavoro ma non ne costituisce la regola, che va invece identificata nella reintegrazione in forma specifica<sup>1771</sup>. Quest'ultima è una tecnica fondamentale del nostro ordinamento giuridico, che, in coerenza con l'art. 24 Cost., vuole garantire «l'esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario»<sup>1772</sup>. In questo contesto «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». E questo anche in considerazione del fatto che «il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore, ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36»<sup>1773</sup>.

Tale orientamento, ovviamente, non implica l'obbligo della reintegra quale unica sanzione ammessa dall'ordinamento, come si è già spiegato in precedenza (v. *retro* § 2). Non vi è dubbio, peraltro, che le Sezioni Unite si muovono in un'ottica molto lontana dal *severance pay* e dalla ricostruzione degli interessi sottesi al contratto di lavoro in chiave meramente economica<sup>1774</sup>.

<sup>1768</sup> Su tali aspetti, cfr. SPEZIALE, 2004, 88 ss. e, di recente, CANNATI, 2012, 129 ss. Si rinvia anche a NOGLER, 2012, 685.

<sup>1769</sup> CANNATI, 2012, 132 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici e la critica al diverso indirizzo della Corte di Giustizia sull'effettività del rimedio risarcitorio nelle situazioni indicate nel testo.

<sup>1770</sup> Oltre alle citazioni già fatte, con riflessioni talvolta fondate anche sul diritto comune dei contratti, si vedano, per tutti, S. MAZZAMUTO, 2007, 211 ss.; ID., 2004, 23 ss. e nt. 45; PAGNI, 2004, 65 ss.; ID., 2005, 489 ss.; PROTO PISANI, 2004, 40; DI MAIO, 2001, 270 ss.; VERDE, 2001, 60 ss. (ma con qualche precisazione critica rispetto agli altri AA. cit.).

<sup>1771</sup> Si è giustamente sottolineato che «la contrapposizione, cara ad Ichino ed altri cultori dell'analisi economica del diritto, tra *property rule* e *liability rules* rappresenta l'ipostatizzazione dei sistemi di *common law* nei quali l'obbligazione inadempita si trasforma automaticamente in obbligo risarcitorio e non si adatta, quindi, ai sistemi (storicamente esistenti) di *civil law* che assegnano, invece, priorità all'adempimento in forma specifica» (NOGLER, 2012, 669).

<sup>1772</sup> Cass., S.U., 10.1.2006 n. 141, [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it), 7.

<sup>1773</sup> Cass., S.U., 10.1.2006 n. 141, cit., 8. La sentenza segue l'impostazione della dottrina civilistica e lavoristica indicata nelle nt. precedenti ed è stata recentemente confermata nelle sue argomentazioni da Cass. 18.6.2012 n. 9965. Sulla coesistenza, nel Diritto del lavoro, di tecniche risarcitorie e ripristinatorie v. anche PERULLI, 2012a, 5, nt. 13 (con riferimenti bibliografici).

<sup>1774</sup> PERULLI, 2012a, 5.

L'impresa, secondo tale opinione, è il luogo di valorizzazione della persona alla luce di un disegno costituzionale più ampio, che vede nel lavoro l'espressione di un diritto fondamentale<sup>1775</sup>.

In questa diversa ricostruzione del ruolo del lavoro nell'impresa, il ripristino dell'effettività del rapporto garantita dall'art. 18 non è soltanto una diversa sanzione giuridica rispetto alla tutela meramente economica. In verità la reintegrazione consente al giudice una ponderazione tra interessi organizzativi dell'impresa, nella dimensione soggettiva (vincolo fiduciario in rapporto anche ai futuri adempimenti) oltre che oggettiva (esigenze economiche), e l'interesse del lavoratore alla stabilità in quella «formazione sociale» dove si realizza la sua personalità e la sua esigenza di continuità di reddito. Se è vero, infatti, che le nozioni di giusta causa e giustificato motivo sono esterne alla disciplina della stabilità reale (che attiene al profilo sanzionatorio), è altresì vero che la possibilità di ricostituire *ab origine* il vincolo contrattuale impone al magistrato una diversa valutazione dell'assetto contrattuale e lo obbliga ad un sindacato sulla razionalità e proporzionalità del recesso alla luce degli interessi in gioco e dei valori enucleati dall'ordinamento costituzionale ed europeo<sup>1776</sup>.

Al contrario, l'indennizzo economico rispecchia un approccio di *law and economics* che consente la esatta predeterminazione del costo del recesso e la possibilità di un immediato «aggiustamento degli organici»<sup>1777</sup>. Il risarcimento pecuniario, peraltro, determina di fatto la insindacabilità delle ragioni del licenziamento, che coincidono con le scelte puramente soggettive dell'impresa senza alcun bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti. In questo caso l'intento è quello di escludere qualsiasi controllo sulla «adeguatezza causale» del recesso e sul temperamento tra «diversi valori e razionalità sociali», così come espressi dalla legge e dalla giurisprudenza (anche costituzionale). L'indennizzo, in sostanza, «conduce alla mera monetizzazione (del licenziamento) come se il bene lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo» ed assorbe «ogni valutazione, di ordine extra economico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio della tutela della persona e della sua dignità»<sup>1778</sup>.

Infatti, la scelta organizzativa «a monte» del recesso non è mai realmente contestabile, perché il licenziamento ha in ogni caso effetto risolutivo del contratto. Le ragioni dell'impresa sono quindi sempre prevalenti sulla tutela alla stabilità ed alla continuità del lavoro. Il controllo del giudice opera solo «a valle», con una valutazione che, senza toccare la «sostanza» della volontà imprenditoriale, incide soltanto sulle convenienze economiche. Vi è, quindi, una monetizzazione degli interessi del lavoratore, che non hanno una «forza di resistenza» tale da incidere sul potere organizzativo del datore di lavoro, di fatto sempre liberamente esercitabile (seppure, in assenza di g. causa o g. motivo, a costi superiori).

Non va dimenticato, poi, un altro aspetto essenziale, sempre trascurato dall'analisi economica del diritto perché estraneo alla logica di una predeterminazione del «valore economico» del posto di lavoro. Una solida protezione contro il licenziamento è una sorta di "norma di chiusura" dell'in-

<sup>1775</sup> Non è un caso che la Corte cost. abbia affermato che il diritto al lavoro è «un fondamentale diritto della persona umana»: C. Cost. 31.3.1994 n. 108, <http://www.dejure.giuffrè.it>, 3 (con richiamo alla sentenza n. 45 del 1965 della stessa Corte).

<sup>1776</sup> Sulla proporzionalità e razionalità come strumenti essenziali di analisi ed interpretazione v. PERULLI, 2005, 6 ss.

<sup>1777</sup> ICHINO, 2011a, 110.

<sup>1778</sup> PERULLI, 2012a, 3 e 4.

tero Diritto del lavoro. La mancanza di una efficace regolamentazione contro il recesso ingiustificato e la minaccia di una possibile interruzione del rapporto a costi contenuti e senza obblighi ripristinatori del contratto rendono di fatto "inagibili" molti diritti essenziali del lavoratore durante il rapporto (retribuzione, professionalità, privacy, sicurezza, ecc.). Il dipendente, infatti, per timore di perdere il posto di lavoro, non eserciterà le sue prerogative. L'esperienza delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria, dove solo dopo l'estinzione del contratto vi sono contenziosi che attengono a diritti fondamentali del lavoratore, è, da questo punto di vista, estremamente significativa. La «deterrenza» della reintegrazione è quindi qualcosa che va ben al di là della mera protezione in caso di licenziamento ingiustificato.

In realtà adottare il punto di vista del «pensiero unico» e dell'analisi economica del diritto (che di quel pensiero rappresenta il «braccio operativo» sul piano normativo) significa accettare una lettura efficientistica delle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, od ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici e produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (coincidente con la protezione dei diritti fondamentali della persona). Eppure il diritto in generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come sistema di valori che completa quelli economici e mercantili. La sua funzione fondamentale è quella – essenziale nelle società complesse e pluralistiche – di «arbitraggio» tra valori, per organizzare la coesistenza e la coordinazione tra diverse razionalità (il fiume di «razionalità particolari» di cui parla G. Teubner)<sup>1779</sup>. Il «pensiero unico» prima descritto non si muove certo in questa prospettiva. Anzi, con uno straordinario rovesciamento di prospettiva, subordina integralmente la razionalità giuridica a quella economica, valutando i diritti solo nella prospettiva dell'efficienza e dei costi<sup>1780</sup>. Una scelta che tra l'altro si muove all'interno delle interpretazioni dell'analisi neoclassica standard, smentita dai dati empirici e da altre scuole di pensiero<sup>1781</sup>. I suoi assiomi, al contrario, sono presentati come verità indiscutibili e trasformate in una vera e propria ortodossia, dotata di una sua intrinseca razionalità che non ammette obiezioni, in quanto fondata su (presunte) ragioni oggettive di carattere economico.

#### 4. Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970: profili generali.

La nuova versione della disciplina della stabilità reale introduce novità di grande rilievo. La reintegrazione, nell'ambito dei requisiti dimensionali previsti dalla legge, costituiva una sanzione unica applicabile al licenziamento inefficace, annullabile o nullo e, in linea generale, a tutte le ipotesi di recesso *contra legem*, anche per fattispecie non espressamente previste dalla norma statutaria (efficacia «espansiva» della tutela reale). La riforma, invece, gradua il regime sanzionatorio e modula con diversi contenuti l'art. 18. Vi sono ipotesi di regolazione pressoché identica a quella oggi esistente (licenziamento nullo per varie ragioni, compresa la discriminazione ed il motivo illecito di cui all'art. 1345 c.c.) e che operano «quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro» (art. 18, c. 1). In altri casi, l'illegittimità del recesso determina sempre la reintegra ed il risarcimento del danno, ma con un «tetto» risarcitorio (art. 18, comma 4). In altre fattispecie la reintegra è solo facoltativa (art. 18, comma 7, secondo periodo, per il g. motivo

<sup>1779</sup> TEUBNER, 1999.

<sup>1780</sup> Su tali aspetti cfr. PERULLI, SPEZIALE, 2011, 20 ss.

<sup>1781</sup> Si pensi alle teorie che, al contrario, seguono approcci completamente diversi, fondati su valori quali equità, libertà, felicità, eguaglianza, sviluppo compatibile assai lontani dalla «religione neoclassica». Si veda, sul punto, PERULLI, SPEZIALE, 2011, 23 (con ulteriori indicazioni bibliografiche nella nt. 66).

oggettivo). Mentre vi sono ulteriori situazioni nelle quali la tutela reale diventa... obbligatoria, perché il recesso ha sempre effetto interruttivo del rapporto e la sanzione è una indennità economica onnicomprensiva definita entro limiti minimi e massimi (art. 18, comma 5), anche in relazione a violazioni formali e procedurali (art. 18, comma 6).

Si è parlato di 4 regimi di tutela, variamente denominati<sup>1782</sup>. Rinviando ad altra parte di questo volume l'analisi degli effetti del licenziamento discriminatorio (v. *retro* CHIECO, in questa Sezione) o dei vizi formali e procedurali del recesso (v. *infra* DONGHIA, in questa Sezione; SPEZIALE, 2012, 539 ss.; F. CARINCI, 2012a, 72 ss.), mi occuperò in primo luogo della disciplina prevista nel caso di licenziamento ingiustificato che non estingue il rapporto di lavoro e mantiene la reintegra come sanzione obbligatoria o facoltativa. Successivamente analizzerò le regole in tema di recesso per g. causa e g. motivo che hanno effetto risolutivo del contratto e stabiliscono, in caso di illegittimità, soltanto una tutela risarcitoria.

La graduazione dei regimi sanzionatori è stata salutata positivamente da chi ha sottolineato come la normativa preesistente prevedeva un'unica disciplina degli effetti del licenziamento illegittimo/inefficace, equiparando comportamenti del datore di lavoro con un «disvalore» diverso (ad es. ponendo sullo stesso piano vizi procedurali ed il licenziamento «per ritorsione») (MARESCA, 2012, 425 ss.). La critica è, almeno in parte, condivisibile. La necessità, ad esempio, di evitare le "trappole" delle regole formali, quando licenziamenti pienamente giustificati per fatti gravi magari erano dichiarati invalidi dopo molti anni semplicemente per lo smarrimento di una raccomandata postale o a causa del superamento di un termine perentorio per un solo giorno, è sicuramente un'esigenza reale che doveva essere affrontata. Tuttavia, la graduazione del regime sanzionatorio avrebbe dovuto innanzitutto distinguere tra irregolarità formali (ad es., un disguido postale) e regole procedurali, che, al contrario, sono state totalmente depotenziate, con evidenti profili di incostituzionalità (v. *retro* § 2). Inoltre, pur potendo modulare gli effetti sul piano risarcitorio (come in realtà si è fatto), non si doveva eliminare la tutela reale in una serie di ipotesi e prevedere soltanto l'indennizzo economico. In verità questa obiezione non ha senso perché l'intento del legislatore (riuscito solo in parte, come si vedrà) era quello di "marginalizzare" la reintegrazione a fatto del tutto eccezionale. È evidente però che in questo caso non si è inteso razionalizzare la materia prevedendo sanzioni diverse per comportamenti differenti, ma si è voluto soltanto flessibilizzare la disciplina esistente per soddisfare le richieste provenienti dalla BCE e da altre istituzioni europee (v. *retro* § 1).

Il testo della disposizione è alquanto complesso. L'impostazione originaria (la reintegra solo per il licenziamento discriminatorio, il risarcimento in tutti gli altri casi) era più lineare e avrebbe sicuramente comportato minori problemi interpretativi, anche se sollevava delicate questioni di coerenza con il nostro ordinamento, soprattutto sotto il profilo del principio di uguaglianza. Tuttavia, la volontà iniziale del Governo è stata modificata per effetto di comprensibili opposte esigenze politiche e sindacali, con il raggiungimento di un difficile compromesso finale, che certamente consente diverse possibili letture della normativa.

<sup>1782</sup> Si veda, ad es., la distinzione tra «tutela reintegratoria piena», «tutela reintegratoria attenuata», «tutela indennitaria forte», «dimittiata» utilizzata da M. T. CARINCI, 2012a, 550 ss. Diverse classificazioni nominali, che non cambiano la sostanza, sono proposte da MARESCA, 2012, 428 ss., da MARAZZA, 2012, 613 – 614 e da CESTER, 2012b, 550, 554 ss. La distinzione tra i vari regimi sanzionatori è riconosciuta anche da ICHINO, 2012, 10; TREMOLADA, 2012, 50; TREU, 2012a, 33; MAGNANI, 2012a, 10; GALANTINO, 2012, 234; TATARELLI, 2012, 449; CESTER, 2012a, 31, 33; NOGLER, 2012, 686; PERULLI, 2012b, 2; TREU, 2012b, 48.

A me sembra indiscutibile peraltro che la nuova disciplina introduca nuovi spazi alla «flessibilità in uscita», perché prevede, in determinate ipotesi, la idoneità del recesso a risolvere comunque il contratto di lavoro e la mera monetizzazione del licenziamento. Essa, inoltre, amplia in misura rilevante la discrezionalità del giudice. E questo non (solo) perché vi sono formulazioni ambigue nella legge (peraltro inevitabili, se si considera la necessità di dover conciliare opzioni di politica del diritto antitetiche). Ma soprattutto perché, in alcune ipotesi, è lo stesso art. 18 ad attribuire al magistrato il compito di valutare le specifiche situazioni a lui sottoposte, al fine di graduare la sanzione. Dunque il giudice, oltre a dover considerare la sussistenza o meno dei presupposti sostanziali del recesso (ad es. il carattere discriminatorio, l'assenza o meno della giusta causa o del g. motivo), dovrà svolgere un'indagine ulteriore che influenzerà l'applicazione del regime di tutela reale (più o meno «piena») o di quella obbligatoria (anch'essa prevista in forme diverse). L'opera di razionalizzazione richiesta alla giurisprudenza sarà determinante ed è facile immaginare che, per un periodo più o meno lungo, vi saranno diverse interpretazioni, che renderanno il sistema incerto.

Nelle prime analisi della nuova disciplina vi sono state, come è naturale, letture diverse. Si è detto, ad esempio, che vi sarà «la reintegrazione per *tutte* le ipotesi di illegittimità di un licenziamento disciplinare (potremmo essere smentiti, ma non riusciamo ad immaginarle altre)»<sup>1783</sup>. Oppure si è di fatto ampliata in misura considerevole la portata della reintegrazione prevista dal c. 1 dell'art. 18 per il licenziamento nullo, estendendola anche ad ipotesi di recesso prive di giustificazione (oggi considerato annullabile)<sup>1784</sup>. Si è parlato, al contrario, di «un primo tentativo di sgretolamento (del) principio (della reintegrazione)» destinato ad estendersi ulteriormente<sup>1785</sup> e di «progressiva emarginazione della reintegra»<sup>1786</sup>, che sarebbe applicabile ad «alcuni vizi – pochi e molto rari» del licenziamento<sup>1787</sup>. Infine, si è sottolineato che «l'indennità risarcitoria rappresenta la regola, mentre la reintegra è destinata ad entrare in funzione in via residuale»<sup>1788</sup>.

È importante osservare che la tesi della indennità risarcitoria come «regola», oltre a costituire un notevole cambiamento dell'intero sistema, incrementerebbe il «dualismo» tra grandi imprese e quelle medio piccole. Le prime, infatti, sarebbero in condizioni di affrontare assai più agevolmente i costi del licenziamento, non solo con l'esatta predeterminazione del *firing cost*, ma utilizzando la media tra il minimo (12) e massimo (24) risarcitorio per offrire al lavoratore una base di possibile transazione (18 mesi), su cui discutere e risolvere l'eventuale contenzioso<sup>1789</sup>. Per esse, inoltre, la «deterrenza» del regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo sarebbe fortemente depotenziato, rendendo assai più agevole programmare i licenziamenti come «andamento fisio-

<sup>1783</sup> MAGRINI, 2012, 536.

<sup>1784</sup> M. T. CARINCI, 2012a, 554, 556 – 557 ss.

<sup>1785</sup> MAGNANI, 2012b, 12.

<sup>1786</sup> F. CARINCI, 2012b, 543.

<sup>1787</sup> ALLEVA, 2012, 2. Anche CESTER, 2012b, 552 ritiene che la reintegra opererà in situazioni «tutto sommato limitate».

<sup>1788</sup> MARESCA, 2012, 437. In senso analogo ICHINO, 2012, 9 ss.; MARAZZA, 2012, 615, nt. 3 e 621 ss.; TREMOLADA, 2012, 53; SANTINI, 2012, 242; TREU, 2012b, 53.

<sup>1789</sup> La tutela giurisdizionale, infatti, difficilmente potrebbe garantire, salvo casi eccezionali, un importo diverso da quello medio. E su tale somma si aprirebbe la trattativa.

logico» dell'impresa a prescindere dalla effettiva sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso. Invece, le imprese con minore potenzialità economica (soggette ovviamente al nuovo art. 18) si troverebbero in una situazione non uguale a quella prima esistente, ma comunque non potrebbero certamente permettersi di licenziare «con facilità» e la stessa possibile soluzione conciliativa costituirebbe un costo non irrilevante<sup>1790</sup>.

Non vi è dubbio, comunque, che l'interpretazione della nuova normativa debba essere effettuata alla luce degli ordinari parametri previsti dalla legge (formulazione letterale, intenzione del legislatore, analisi sistematica ecc.)<sup>1791</sup>. In questo ambito, tra l'altro, non bisogna dimenticare che l'art. 18, nella sua nuova formulazione, va letto all'interno di un contesto normativo rimasto immutato, che non può non essere preso in considerazione ai fini della sua corretta ricostruzione ermeneutica.

### 5. Le ragioni sostanziali del licenziamento e l'onere della prova.

La scelta fra le diverse forme di tutela «non dipende dalla giustificazione formalmente adotta dal datore di lavoro a fondamento del proprio atto di recesso, ma dalla giustificazione effettiva che, sulla base della domanda del lavoratore, il giudice è chiamato ad accertare» (M. T. CARINCI, 2012a, 553)<sup>1792</sup>. Vi sono certamente elementi testuali che depongono in tale senso<sup>1793</sup>. In ogni caso questa indagine è resa indispensabile proprio dalla esistenza di vari regimi sanzionatori, con effetti assai differenti, connessi alle diverse tipologie di recesso (discriminatorio, ingiustificato, viziato solo nella forma o nelle procedure ecc.). Essi, quindi, non rendono irrilevante la individuazione della sua concreta natura ed anzi l'impongono, se non si vuole violare la legge. Pertanto, su richiesta del lavoratore che contesti la qualificazione del licenziamento, il giudice dovrà verificare se, ad es., il recesso economico non sia in verità disciplinare o se al contrario una g. causa non nasconda un g. motivo oggettivo (TREMOLADA, 2012, 52, 57, 59; CESTER, 2012a, 32; ID., 2012b, 552).

D'altra parte è la nuova formulazione del comma 6 dell'art. 18 a prevedere che, qualora il recesso sia comunicato per iscritto, ma senza motivazione o rispetto di regole procedurali, il lavoratore possa chiedere al giudice di accertare «anche il difetto di giustificazione del licenziamento», con applicazione, in questo caso, delle tutele «di cui ai commi quarto, quinto e settimo» della disposizione (in relazione al licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo). Inoltre, nel caso di recesso per ragioni economiche, la legge prevede che, «nel corso del giudizio» e «su domanda del lavoratore», il magistrato possa verificare se «il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie», con applicazione delle tutele previste per questa forma di recesso (art. 18, comma 7) (M. T. CARINCI, 2012a, 553; TREMOLADA, 2012, 52, 59). Non vi è dubbio, dunque, che la legge privilegi il profilo *sostanziale* dell'atto interruttivo del rapporto e la motivazione adottata (quando esista) costituisce soltanto un punto di partenza dell'indagine concreta demandata al

<sup>1790</sup> MAGRINI, 2012, 536, che rileva come la misura massima dell'indennità risarcitoria «potrà funzionare verosimilmente come parametro per le incentivazioni alla risoluzione consensuale dei rapporti di lavoro (un parametro probabilmente appetibile per le grandi imprese, ma – per quanto costa – non certo per le medie-piccole)». A me sembra che, in realtà, il «parametro» sarà costituito dai 18 mesi indicati nel testo, per le ragioni già spiegate (conf. FERRARESI, 2012, 262).

<sup>1791</sup> Mi permetto, sul punto, di rinviare a SPEZIALE, 2008, 613 ss.

<sup>1792</sup> In senso analogo MARESCA, 2012, 441 ss.; CESTER, 2012b, 551, 582. *Contra* MARAZZA, 2012, 623, 626 – 627.

<sup>1793</sup> Essi sono puntualmente ricostruiti da M. T. CARINCI, 2012a, 553, a cui rinvio.

giudice. Il magistrato quindi, su richiesta del lavoratore ma anche a seguito dell'istruttoria, può «accertare che le ragioni effettive del licenziamento sono diverse da quelle manifestate, donde la possibile riqualificazione del vizio» (CESTER, 2012a, 32).

Tuttavia, alla luce delle innovazioni oggi introdotte, la riqualificazione del recesso non può essere sempre realizzata d'ufficio dal giudice, come afferma invece la giurisprudenza oggi esistente<sup>1794</sup>. Infatti, in coerenza con quanto previsto dal nuovo articolo 18, il magistrato potrà sicuramente definire una giusta causa come un giustificato motivo soggettivo o trasformare un licenziamento disciplinare in uno economico. Mentre, sia nel caso di violazioni formali o procedurali, sia nell'ipotesi di licenziamento economico "occulto" - che ne nasconde uno discriminatorio o disciplinare - occorrerà un'espressa domanda del lavoratore, secondo la formulazione letterale dei commi 6 e 7 della disposizione. Questo risultato è l'effetto della deroga introdotta espressamente dalla legge al potere di riqualificazione del licenziamento definito dal "diritto vivente" giurisprudenziale in materia.

La riforma non ha modificato la disciplina in tema di onere della prova sulla giusta causa o sul giustificato motivo che, ai sensi dell'art. 5 della l. 604/1966, spetta al datore di lavoro. Non esaminerò il problema in relazione al licenziamento discriminatorio (v. *retro* CHIECO, in questa Sezione, § 6). Un'analisi specifica, invece, deve essere compiuta sul recesso illegittimo, in conseguenza delle modifiche introdotte nell'art. 18 dello statuto dei lavoratori.

In linea generale, spetta al lavoratore la prova della esistenza del licenziamento ed al datore di lavoro la dimostrazione della sua giustificazione (SANTINI, 2012, 251). Inoltre, non è possibile distinguere il regime probatorio in base alla distinzione tra "fatto materiale" posto a base del recesso e sua qualificazione giuridica ai fini della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento. Questa distinzione verrà analizzata in seguito (v. *infra* § 6). In ogni caso, il "fatto" disciplinare o economico è elemento determinante del recesso, la cui legittimità è condizionata alla sua esistenza ed alla sua idoneità (sotto il profilo della gravità) a giustificare l'interruzione del rapporto. La scissione tra concreta esistenza dell'evento e sua qualificazione non può quindi incidere sull'onere probatorio, che necessariamente attiene ad entrambi gli elementi e deve essere dimostrato, per scelta legislativa, dal datore di lavoro<sup>1795</sup>.

Si è affermato che occorre distinguere tra «ingiustificatezza semplice», che deve essere provata dal datore di lavoro, e «ingiustificatezza qualificata», con onere a carico del lavoratore. Quest'ultimo dovrebbe dimostrare... praticamente tutto (tipizzazioni previste nei contratti collettivi o nel codice disciplinare, insussistenza o manifesta insussistenza del fatto, ecc.) (VALLEBONA, 2012, 59). In realtà, questa interpretazione presuppone... l'abrogazione dell'art. 5 della l. 604/1966 di cui nella legge non vi è traccia. Tale disposizione continua ad essere vigente e richiede che tutti i caratteri costitutivi della giusta causa e del giustificato motivo (fatti materiali e loro gravità) siano

<sup>1794</sup> Infatti, da tempo si è consolidato l'orientamento secondo il quale il giudice, anche d'ufficio e senza domanda del lavoratore, può modificare la natura del licenziamento, qualificando una giusta causa come un giustificato motivo soggettivo od oggettivo (Cass. 14.6.2005 n. 12781; Cass. 27.2.2004 n. 4050; Cass. 3.11.2008 n. 26379; Cass. 17.1.2008 n. 837; Cass. 10.8.2007 n. 17604 e molte altre).

<sup>1795</sup> Anche l'autore che ha introdotto la distinzione tra "fatto materiale" e sua qualificazione ritiene che la prova del primo spetti sempre al datore di lavoro: MARESCA, 2012, 441. In senso analogo, SANTINI, 2012, 251; GALANTINO, 2012, 243.

dimostrati dal datore di lavoro, senza possibilità di introdurre artificiose distinzioni interne negli elementi che compongono la ragione giustificativa del recesso. Anche prima della riforma era teoricamente possibile (anche se molto difficile sul piano concreto) distinguere tra comportamenti individuali o ragioni economiche considerate nella loro dimensione oggettiva e l'intensità o gravità degli stessi ai fini della legittimità del recesso. Tuttavia nessuno ha mai dubitato che tutti questi elementi dovevano essere provati dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 5. Non si comprende come oggi si possa giungere a conclusioni opposte in mancanza di innovazioni normative sul tema<sup>1796</sup>.

La questione si pone in modo particolare nelle ipotesi previste dai commi 6 e 7 della nuova formulazione dell'art. 18. I primi commenti, in verità, hanno posto l'onere probatorio a carico del lavoratore nei casi previsti dal comma 7 (licenziamento discriminatorio o disciplinare invece che economico) (TREMOLADA, 2012, 60; MARESCA, 2012, 442; MARAZZA, 2012, 629)<sup>1797</sup>. Per quanto riguarda, invece, il sesto comma (mancanza delle ragioni sostanziali di giustificazione del recesso), molti studiosi hanno ritenuto che la prova debba essere fornita dal datore di lavoro (F. CARINCI, 2012a, 72; TATARELLI, 2012, 454; MARESCA, 2012, 632 – 633). Tra l'altro, in relazione al licenziamento economico, tali interpretazioni condurrebbero al «paradosso» che il lavoratore dovrebbe provare «il suo inadempimento», affermando la natura disciplinare del recesso (MARAZZA, 2012, 629; TREMOLADA, 2012, 60). Queste conseguenze dovrebbero far riflettere sulla sostenibilità di una simile tesi.

In base alle regole generali in tema di onere della prova (art. 2697 c. c.), nel caso di licenziamento in forma scritta ma senza motivazioni o in violazione delle regole procedurali, il lavoratore che impugna il recesso dovrebbe dimostrare i fatti costitutivi della domanda (assenza di motivi, violazioni procedurali, mancanza di giustificazione sostanziale del recesso). Tuttavia la legge, derogando al principio generale, pone a carico del datore di lavoro «l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo» (art. 5 l. 604/1966). Pertanto, nelle ipotesi previste dal comma 6 dell'art. 18, al lavoratore basterà dimostrare l'esistenza del licenziamento e delle violazioni procedurali, mentre il titolare del contratto di lavoro dovrà provare l'effettivo e corretto adempimento degli oneri formali e procedurali, oltre alla presenza della giusta causa o del giustificato motivo in caso di loro contestazione.

La situazione è parzialmente diversa nell'ipotesi in cui, a fronte di un licenziamento economico, il lavoratore affermi la sua natura discriminatoria o disciplinare. Nel primo caso, non regolato dall'art. 5 della l. 604/1966, la prova sarà carico del lavoratore, con il regime particolare di presunzioni previste dalla legge (v. *retro* CHIECO, in questa Sezione, § 6). Nel licenziamento disciplinare, il lavoratore dovrà in effetti dimostrare che il recesso è determinato da *altre* ragioni di carattere non economico. Infatti, si è in presenza di un fatto costitutivo della sua domanda e l'art. 5 della l. 604/1966 non regola questa ipotesi che non attiene al contenuto sostanziale della giustificazione del licenziamento, bensì alla sua diversa qualificazione (CHIECO, in questa Sezione, §

<sup>1796</sup> La vigenza delle regole previste dall'art. 5 della l. 604/1966 è confermata anche da M. T. CARINCI, 2012a, 561).

<sup>1797</sup> Più in generale si è affermato che, quando il lavoratore deduca la sussistenza di una causale differente da «quella addotta nella motivazione scritta, l'onere della prova della diversa ragione che ha determinato il licenziamento graverà sul lavoratore» (SANTINI, 2012, 251).

6). Tuttavia il lavoratore deve solo provare l'esistenza di eventi che lascino presumere il carattere disciplinare del recesso (come, ad es. di aver avuto un contrasto con l'impresa per ragioni connesse all'esecuzione del suo lavoro). Se riesce a fornire questa prova, spetterà al datore di lavoro dimostrare che il comportamento del lavoratore configura una giusta causa e/o un giustificato motivo soggettivo. In questo caso, infatti, ritorna ad essere in vigore l'art. 5, perché si tratta della sussistenza delle causali stabilite dalla legge e, quindi, il lavoratore non deve dimostrare «il suo inadempimento»<sup>1798</sup>. Tra l'altro, aver comminato un licenziamento per gmo che “occulti” motivi disciplinari lascia presumere che la g. causa o il g. motivo soggettivo non erano esistenti, perché altrimenti, a fronte di comportamenti personali del lavoratore che erano tali da consentire l'interruzione del contratto, il datore di lavoro avrebbe licenziato per questa ragione e non per altre di carattere economico<sup>1799</sup>.

#### 6. La giusta causa ed il giustificato motivo dopo la riforma.

La attuale formulazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori differenzia il regime delle sanzioni introducendo nuove formulazioni. Nell'ambito della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo si distingue tra diverse situazioni. Quando il giudice accerta la «insussistenza del fatto contestato» o che esso «rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro», con applicazione della disciplina in tema di risarcimento del danno prevista dal comma 4 della disposizione (v. *infra* § 11). Invece «nelle altre ipotesi» in cui accerta la illegittimità del recesso, condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria (v. *infra* § 12). Nel caso di licenziamento economico, se il magistrato verifica «la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» «può» disporre la reintegrazione. «Nelle altre ipotesi» di mancanza di g. motivo oggettivo applica il regime risarcitorio previsto dal comma 5 dell'art. 18.

Questi concetti saranno analizzati più approfonditamente in seguito (v. *infra* §§ 7- 9). La riforma non muta le nozioni sostanziali di giusta causa e giustificato motivo previste dall'art. 2119 c. c. e dall'art. 3 della l. n. 604/1966<sup>1800</sup>. Tuttavia prevede una graduazione delle sanzioni in ragione della gravità dei fatti alla base del licenziamento, che «indirettamente» influenza anche le causali del recesso (CESTER, 2012b, 552 – 553).

Questo aspetto deve essere analizzato. Si può sostenere, infatti, che la riforma impone una graduazione dell'importanza del fatto (e degli altri elementi soggettivi ed oggettivi) che connotano il licenziamento ai fini esclusivi dell'applicazione delle sanzioni previste dalla legge e senza incidere

<sup>1798</sup> In questo caso, dunque, al datore di lavoro non si chiede di «provare la *non* sussistenza di fatti dai quali consegue la qualificazione prospettata dal lavoratore (in ipotesi la non sussistenza di fatti - inadempimento ascrivibili nel prospettato licenziamento disciplinare).» (CHIECO, § 4, nt. 21, *retro* in questa Sezione). Il titolare del contratto dovrà dimostrare, oltre alla dinamica effettiva degli eventi dedotti e di cui il lavoratore dimostra l'esistenza, anche che essi siano tali, dal punto di vista disciplinare, da configurare una giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

<sup>1799</sup> Ovviamente si tratta solo di una presunzione. Nulla impedisce al datore di lavoro di dimostrare che esistevano sia ragioni disciplinari, sia ragioni organizzative tali da giustificare il recesso. Tuttavia l'atteggiamento imprenditoriale qualche sospetto lo fa sorgere.

<sup>1800</sup> In tal senso VALLEBONA, 2012, 56; SANTINI, 2012, 240; FERRARESI, 2012, 257; GALANTINO, 2012, 234; MARESCA, 2012, 439; MARAZZA, 2012, 622; M. T. CARINCI, 2012a, 548, nt. 98; PERULLI, 2012b, 1 ss.; TREU, 2012b, 49.

sul contenuto sostanziale delle ipotesi di recesso. Ad esempio, la giusta causa deve sempre coincidere con la «grave negazione» del vincolo fiduciario (Cass. 10.10.2012 n. 17257; Cass. 8.10.2012 n. 17086; Cass. 17.10.2011 n. 21437) ed il giustificato motivo soggettivo si distingue dalla prima solo dal punto di vista quantitativo e non qualitativo (Cass. 13.4.2011 n. 8456; Cass. 25.7.1990 n. 7520)<sup>1801</sup>. Queste nozioni non mutano e certamente non si può sostenere che un fatto non particolarmente grave – meritevole di una multa o di una sospensione – possa giustificare il recesso. L'art. 18 dello Statuto, tra l'altro, come si vedrà (v. *infra* § 7), conferma tale aspetto proprio in rapporto alle sanzioni conservative. In definitiva, in relazione esclusivamente alla alternativa tra reintegrazione con danno e sola indennità risarcitoria, la legge introduce una ulteriore graduazione interna nella giusta causa e nel giustificato motivo soggettivo. Tuttavia, “lo standard minimo” di gravità dei comportamenti che legittimano il licenziamento non viene ridotto ma solo ulteriormente articolato all'interno delle ipotesi previste dalla legge. Anche nel giustificato motivo oggettivo, rispetto al quale si è parlato di una «surrettizia riscrittura del concetto normativo» (PERULLI, 2012b, 22), il nuovo art. 18 disciplina la sanzione in relazione alla “serietà ed importanza” della ragione economica od organizzativa. Tuttavia, se si è al di sotto di un “livello minimo” di consistenza dei fatti a fondamento del recesso e di rilevanza degli stessi, il licenziamento sarà invalido e si applicherà la sanzione più severa (la reintegrazione nel posto di lavoro) (v. *infra* § 9). Dunque l'influenza «indiretta» della riforma sulle ipotesi di giusta causa e giustificato motivo può essere ammessa solo nei limiti descritti, senza incidere sul “nucleo essenziale” delle nozioni previste dalla legge.

Nei primi commenti, è stata proposta una interpretazione particolare della nuova disciplina. Si è affermato che l'art. 18 impone oggi una duplice distinta valutazione: l'esistenza o meno del «fatto materiale», privo di qualsiasi connotato soggettivo (e, quindi inteso come azione materiale o evento concreto) e «la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo». Il primo controllo dovrebbe essere condotto «senza margini per valutazioni discrezionali, ma in base alla elementare distinzione tra l'essere ed il non essere». Il secondo giudizio dovrebbe comportare, invece, la considerazione della gravità del comportamento del lavoratore o della ragione aziendale, operando «con le modalità fin qui praticate dalla giurisprudenza anche perché le causali che legittimano il licenziamento non hanno subito alcuna variazione, quindi, al riguardo non si registrano novità di rilievo». Soltanto nel caso dell'accertamento della insussistenza (o manifesta) insussistenza del fatto opererebbe la reintegrazione. In tutte le altre ipotesi si procederebbe o ad accertare la legittimità del licenziamento, o a sancirne l'assenza di giusta causa e giustificato motivo, applicando la sola sanzione risarcitoria (MARESCA, 2012, 435 ss.).

Questa tesi, accolta da alcuni studiosi (TREMOLADA, 2012, 54; FERRARESI, 2012, 264; TOPO, 2012, 69 – 70; TATARELLI, 2012, 450; MARAZZA, 2012, 623 ss.; GALANTINO, 2012, 243; TREU, 2012b, 51 ss.), ha come effetto immediato quello di rendere la reintegrazione quale sanzione del tutto eccezionale

<sup>1801</sup> Ovviamente mi riferisco ai concetti enucleati dalla giurisprudenza. Non è possibile, in questa sede, neanche accennare alle innumerevoli questioni teoriche connesse alle nozioni di giusta causa e giustificato motivo, che hanno impegnato un'elaborazione dottrina molto risalente nel tempo o più recente e di elevato livello qualitativo.

(MARESCA, 2012, 437) e si pone, quindi, l'evidente obiettivo di politica del diritto di "marginalizzare" la reintegra<sup>1802</sup>. Tuttavia si possono sollevare numerose obiezioni. In primo luogo occorre verificare se la distinzione tra "fatto" e sua qualificazione – in alcuni casi possibile ma in altri difficilmente realizzabile – sia stata accolta dal legislatore. La mia opinione è che l'opzione prescelta dalla legge non sia questa (v. *infra* § 7 e 9). Comunque, per la g. causa ed al g. motivo soggettivo si è sottolineato la estrema difficoltà di distinguere all'interno del "fatto" gli elementi essenziali da quelli secondari «sì da rendere assai più problematico di quanto appaia decidere se quelli contestati siano o meno sussistenti» (F. CARINCI, 2012b, 546 – 547; ID., 2012c, 3)<sup>1803</sup>, anche perché «il fatto rilevato può essere più di uno ed è comunque collegato ad elementi valutativi» (GALANTINO, 2012, 241)<sup>1804</sup>. Senza dimenticare che «le varie componenti strutturali della gc e del gm soggettivo ed oggettivo altro non sono che angoli visuali che permettono al giudice il controllo di un fenomeno concettualmente unitario e, dunque, non scomponibile al suo interno» (M. T. CARINCI, 2012a, 565).

In questo contesto si possono fare ulteriori osservazioni. La prima è che la tesi qui criticata, se portata alle estreme conseguenze, potrebbe far ritenere che un "fatto lecito" (ad esempio non aver salutato il datore di lavoro) dovrebbe necessariamente determinare, a fronte della palese ingiustificatezza del licenziamento, *esclusivamente* la sanzione risarcitoria. Qui il "fatto sussiste" e, quindi, nonostante la evidente illegittimità del comportamento aziendale, altro non si potrebbe fare che liquidare il danno, riconoscendo al recesso valore risolutivo del contratto, con conseguenze evidentemente assurde<sup>1805</sup>. Inoltre, in una recente sentenza, si è affermato che «la fattispecie inerente la c.d. "insussistenza del fatto contestato"» va interpretata come «fatto giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo». D'altra parte, «l'insussistenza» non può essere letta come se essa «facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza e volontà dell'azione»<sup>1806</sup>. Si è poi giustamente osservato che, nel

<sup>1802</sup> Ed è questo stesso autore a confermare tale eccezionalità, quando afferma che «quale datore di lavoro licenzerebbe un dipendente per un fatto inesistente o se per tale fatto fosse prevista espressamente dal contratto collettivo l'applicazione della sanzione disciplinare conservativa? E se ciò avvenisse chi non condividerebbe – sul piano della opportunità – la scelta di applicare la sanzione più rigorosa: quella della reintegrazione?» (ID., 2012, 438).

<sup>1803</sup> In senso conforme CESTER, 2012b, 570.

<sup>1804</sup> Per risolvere il problema, si è proposto di «considerare i profili fattuali avendo riguardo al rilievo attribuito ad essi dal datore di lavoro al fine della intimazione del licenziamento, selezionando quindi i fatti o le circostanze di fatto che sono stati determinanti a quel fine, posto che solo per questi può rilevare la particolare gravità della colpa del datore di lavoro riferita alla fase dell'accertamento» (TREMOLADA, 2012, 54). Una selezione, questa, che mi sembra altamente problematica tenendo conto che la scomposizione del fatto, anche dal punto di vista materiale, può essere assai difficile, e comunque, in moltissimi casi, il "fatto" è intriso di valutazioni.

<sup>1805</sup> L'argomentazione del "fatto lecito" è stata espressa da Michele De Luca, Presidente titolare della Sezione Lavoro della Cassazione, nel suo intervento orale al Convegno nazionale AGI (*Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro: competizione versus garanzie?*), svoltosi in Ancona nei giorni 26 e 27 Ottobre.

<sup>1806</sup> T. Bologna 15.10.2012 (proc. n. 2631/2012, Catalano Piero c. Atla Srl – Giudice Marchesini), inedita, p. 3. Nel commentare la sentenza, si è sottolineato come essa dimostri «la artificialità della soluzione legislativa, tale da risultare addirittura controproducente rispetto alla finalità perseguita» (F. CARINCI, 2012c, 7).

sistema giuridico, «il “fatto” nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi... Ragionare diversamente significa dimenticare che l'elemento del *fatto* si collega necessariamente con l'elemento formale, qualificativo, che promana dalla norma e che del fatto media il *valore*» (PERULLI, 2012b, 17). Si tratta di osservazioni certamente condivisibili.

In relazione al giustificato motivo oggettivo mi sembra indiscutibile che il «fatto posto a base del licenziamento» si identifica con la ragione economica organizzativa che ne è a fondamento<sup>1807</sup>. Il recesso, infatti, è giustificato da ragioni concrete tali da corrispondere al contenuto dell'art. 3 della l. 604/1966 (crisi economica, innovazione tecnologica, razionalizzazione organizzativa ecc.). Inoltre, anche se teoricamente non impossibile, mi sembra molto difficile distinguere la realtà storica (la sussistenza concreta della causale addotta) dalla sua qualificazione giuridica, che sono in una «inestricabile relazione e simbiosi»<sup>1808</sup>. Per fare un esempio la “mancanza di commesse” (che si traduce in una riduzione di attività che rende necessaria la soppressione del posto di lavoro) è sia un “fatto materiale” (accertabile nella sua concreta esistenza) sia la «ragione inerent(e) all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» (art. 3 l. 604/1966). I due aspetti, scindibili sul piano concettuale, sono difficilmente separabili sul piano giuridico.

Si può quindi concludere che l'interpretazione proposta da MARESCA ed accolta da una parte della dottrina non sia condivisibile. Pertanto lo «sdoppiamento sul piano funzionale (non su quello applicativo)» (MARESCA, 2012, 438) dei due elementi non è possibile (PERULLI, 2012b, 23, 25; F. CARINCI, 2012c, 6).

### 7. Segue. La giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo: le causali.

A questo punto è possibile procedere ad un'analisi più approfondita del regime sanzionatorio previsto per la giusta causa ed il giustificato motivo soggettivo.

Il tentativo, operato da un'autorevole dottrina (M. T. CARINCI, 2012a, 554 ss.) di identificare, salvo ipotesi particolari, il licenziamento illegittimo con quello nullo per ragioni discriminatorie non può essere accolto. Questa interpretazione si presta ad obiezioni logiche e giuridiche difficilmente superabili (v. *retro* CHIECO, in questa Sezione; SPEZIALE, 2012, 544 ss.) e non è stata accolta dalla maggior parte della dottrina (CESTER, 2012a, 32, nt. 37; ID., 2012b, 567, nt. 19; GALANTINO, 2012, 237, nt. 17; NOGLER, 2012, 683; TOPO, 2012, 71; ALLEVA, 2012, 1 – 2; F. CARINCI, 2012b, 546 ss.; ICHINO, 2012, 9 ss.; MARESCA, 2012, 429; MARAZZA, 2012, 613 ss., 619 ss.; TREU, 2012b, 56).

La legge, inoltre, accoglie la tesi del carattere “ontologicamente” disciplinare del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo. In tal senso depone l'ultima parte del comma 7 dell'art. 18, quando si afferma che, in caso di recesso economico, è possibile, su domanda del lavoratore, far emergere «ragioni discriminatorie o disciplinari», «dove quest'ultima espressione sembra voler riassumere tutte le ragioni soggettive indicate nel comma 4» (CESTER, 2012b, 569).

<sup>1807</sup> In senso analogo, PERULLI, 2012a, 25; ID., 2012b, 16; M.T. CARINCI, 2012a, 563 ss., pur nella prospettiva secondo cui il g.m.o., come la g. causa e il giustificato motivo soggettivo, sono la «causa» del licenziamento; TATARELLI, 2012, 455. *Contra* FERRARESI, 2012, 264; TOPO, 2012, 69 – 70.

<sup>1808</sup> CESTER, 2012b, 576. Conf. M.T. CARINCI, 2012a, 564 – 565; GALANTINO, 2012, 248; PERULLI, 2012b, 16.

Vi sono, poi, altre indicazioni formali nel nuovo art. 18 che legano recesso illegittimo per comportamenti individuali e procedura di cui all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (TREMOLADA, 2012, 49). Pertanto, può ritenersi superata la distinzione, di origine giurisprudenziale, tra «licenziamento punitivo» e «quello meramente risolutivo del rapporto a causa dell'inadempimento del lavoratore» (TREMOLADA, 2012, 49) e tutti i recessi per ragioni soggettive sono disciplinari<sup>1809</sup>, senza necessità, tra l'altro, che i contratti collettivi li includano espressamente tra le sanzioni irrogabili (TREMOLADA, 2012, 49).

Come si è detto, la «insussistenza del fatto contestato» o la sua riconducibilità ad una sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo determinano la reintegrazione. Nelle «altre ipotesi» vi è solo il risarcimento del danno (v. *retro* § 6). Si è già sottolineato come vi sono letture «minimizzanti», che limitano la reintegra a situazioni residuali, quando il licenziamento è «pretestuoso»<sup>1810</sup> o in caso di «radicale insussistenza del fatto contestato»<sup>1811</sup>. Mi sembra, tuttavia, che siano possibili anche conclusioni diverse (SPEZIALE, 2012, 552 ss.).

Il termine «fatto» (a cui fa riferimento il c. 4 dell'art. 18) può essere letto in un duplice modo: a) quale «fatto materiale» considerato nei suoi elementi oggettivi (azione/omissione, nesso di causalità, evento) e privo di qualsiasi connotazione legata alla condotta (intenzionalità, grado della colpa, ecc.); b) come «fatto» inclusivo *anche* degli aspetti connessi al comportamento del lavoratore sotto il profilo dell'elemento soggettivo (dolo, colpa, intensità di entrambi, ecc.) (v. *retro* § 6). Questa seconda interpretazione è confermata dalle specifiche ragioni in precedenza analizzate e messe in evidenza anche dalla ordinanza del Tribunale di Bologna già esaminata (v. *retro* § 6). Tra l'altro, il comma 4 dell'art. 18 introduce un collegamento tra assenza di giustificazione e fatto contestato. Non qualsiasi comportamento va preso in considerazione, bensì quello la cui «insussistenza» determina la mancanza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Quindi bisogna verificare la presenza o l'assenza di un'azione del lavoratore qualificata da una specifica volontà e finalità, tale da poter configurare una causa legittima di licenziamento. Pertanto è necessaria un'azione/omissione caratterizzata da una certa gravità anche sotto il profilo degli intenti perseguiti<sup>1812</sup>.

Inoltre, la interpretazione meno restrittiva - il fatto va considerato sia nella sua consistenza materiale (azione/omissione), sia sotto il profilo dell'elemento soggettivo - trova conferma nella seconda parte del primo periodo del c. 4 del nuovo art. 18. In essa si stabilisce che la reintegra opera *anche* quando «il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili». Al magistrato, dunque, non si chiede di valutare soltanto la esistenza o inesistenza del fatto materiale, ma anche la

<sup>1809</sup> La tesi indicata nel testo è stata espressa anche da SANTINI, 2012, 252 – 253; GALANTINO, 2012, 254.

<sup>1810</sup> MARESCA, 2012, 437.

<sup>1811</sup> ICHINO, 2012, 12. Si veda anche MARAZZA (2012), secondo il quale la reintegra costituisce l'eccezione ed il risarcimento del danno la regola (615, nt. 3 e 621 ss.); TREMOLADA, 2012, 53 e gli altri autori citati nella nt. 60. CESTER ritiene che la reintegrazione si applicherà soltanto nei casi in cui è stata lesa la onorabilità del lavoratore (2012b, 570), in ambito quindi «ristretto», anche se non relegabile a «casi di scuola» (2012b, 573).

<sup>1812</sup> È questa ad esempio l'opinione di chi ritiene che per «fatto» debba intendersi non una qualunque condotta attiva od omissiva posta in essere dal lavoratore ma un comportamento qualificabile come inadempimento contrattuale (M.T. CARINCI, 2012a, 564).

sua gravità, perché se esso è considerato come tale da comportare una sanzione conservativa non vi è un licenziamento giustificato ed occorre reintegrare il dipendente.

Si potrebbe obiettare che questa verifica va compiuta solo rispetto alle sanzioni conservative previste dai contratti collettivi e dai codici disciplinari, assegnando al giudice il compito esclusivo dell'«accertamento materiale» di quanto ivi previsto, senza alcuna valutazione. Se il comportamento addebitato rientra tra quelli non puniti con il licenziamento dall'autonomia collettiva o dal codice disciplinare, il giudice accerta la legittimità del recesso e ordina la reintegra. Altrimenti non può fare altro che qualificare il licenziamento come legittimo (e quindi conferma l'effetto risolutivo) o *contra legem*, ma prevedendo soltanto la condanna al risarcimento del danno<sup>1813</sup>. In verità, durante l'iter di approvazione della riforma, è stato eliminato il riferimento alla «legge» precedentemente contenuto nel testo presentato il 23 marzo 2012 al Consiglio dei ministri. Alcuni commentatori<sup>1814</sup> avevano subito notato che il richiamo alla legge avrebbe aperto la strada a possibili valutazioni della gravità del fatto ai sensi dell'art. 2106 c.c., consentendo l'utilizzazione del criterio di proporzionalità tra infrazione e sanzione ivi previsto. In questo modo, si è affermato, «ogni volta che il giudice, applicando tale criterio, ritenga che il fatto posto a base del licenziamento meriti una sanzione meramente conservativa, procederà alla reintegra del lavoratore»<sup>1815</sup>.

Tuttavia, si è già osservato che l'eliminazione dal comma 4 della parola «legge» non avrebbe consentito di bypassare il giudizio di proporzionalità, connaturato all'esercizio del potere disciplinare ed espressamente previsto dall'art. 2106 c.c., non abrogato né implicitamente, né esplicitamente<sup>1816</sup>. Un'opinione sicuramente condivisibile, ricordando, tra l'altro, come le sanzioni conservative - con l'individuazione di «tetti» massimi - sono legificate anche dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori. Pertanto, in presenza di queste disposizioni che sono vigenti e vincolano la valutazione del magistrato, il giudice dovrà in ogni caso verificare che il fatto, oltre ad essere esistente, non abbia un contenuto tale da poter determinare una sanzione conservativa alla luce del contratto collettivo (o del codice disciplinare) e della legge. Inoltre, qualora egli giunga a tali conclusioni, dovrà dichiarare l'illegittimità del recesso e disporre la reintegra<sup>1817</sup>.

La tesi qui proposta si basa su diversi elementi. In primo luogo, sulla presenza delle norme di legge sopra indicate e sulle altre argomentazioni già espresse. Poi sulla previsione, da parte del nuovo art. 18, dell'obbligo di reintegra quando un fatto comporta l'applicazione di una sanzione conservativa per il contratto collettivo o il codice disciplinare. Il giudizio di proporzionalità, dunque, è confermato come elemento essenziale dell'accertamento del giudice, seppure delegato ad atti

<sup>1813</sup> In tal senso, ad es., MARAZZA, 2012, 624; TREMOLADA, 2012, 53 – 56; VALLEBONA, 2012, 57 – 58; TREU, 2012b, 53, 55. CESTER (2012b, 57) sembra attribuire al giudice una valutazione della proporzionalità della sanzione solo in rapporto a quelle predisposte unilateralmente dal datore di lavoro nel codice disciplinare. Questo a., peraltro, ritiene che il licenziamento comminato nelle ipotesi repressive con sanzioni conservative previste dalla contrattazione collettiva o dal codice disciplinare comporti la reintegra.

<sup>1814</sup> MARESCA, DE LUCA TAMAJO, 2012; ICHINO, 2012, 12, nt. 15.

<sup>1815</sup> MARESCA, DE LUCA TAMAJO, 2012, 1.

<sup>1816</sup> F. CARINCI, 2012b, 547; ID., 2012c, 6. In senso conforme MARAZZA, 2012, 624, che sottolinea la necessità del giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106. *Contra*, TREMOLADA, 2012, 53 – 54; SANTINI, 2012, 244 (questa a. fonda la sua tesi sull'eliminazione del riferimento alla «legge» contenuto nel testo originario); TREU, 2012b, 49.

<sup>1817</sup> *Contra* MARAZZA, 2012, 624, che ritiene applicabile la reintegrazione solo nel caso in cui «il fatto compiuto sia espressamente sanzionato con una sospensione...» da parte della contrattazione collettiva o del codice disciplinare. In senso analogo CESTER, 2012b, 570 ss.; TREMOLADA, 2012, 53 – 56; VALLEBONA, 2012, 57 – 58; SANTINI, 2012, 241 – 242; GALANTINO, 2012, 243; TATARELLI, 2012, 450; TREU, 2012b, 53, 55. Una tesi a mio giudizio non condivisibile per le ragioni spiegate nel testo. Si è anche parlato di possibili «interpretazioni estensive ed anche analogiche» (F. CARINCI, 2012b, 547) dei codici disciplinari.

esterni, contrattuali o unilateralmente predisposti dal datore di lavoro. Tra l'altro, in molti casi i contratti collettivi non prevedono espressamente che ad un fatto corrisponda una specifica sanzione, ma si limitano a delegare all'interprete quale provvedimento disciplinare va applicato per le medesime condotte ed in proporzione alla gravità del comportamento (MAGNANI, 2012a, 12; MARAZZA, 2012, 625; TREMOLADA, 2012, 55; GALANTINO, 2012, 241; F. CARINCI, 2012c, 6). Una dimostrazione, quest'ultima, della impossibilità di scindere "fatto" e sua valutazione e di come la qualificazione del comportamento sotto il profilo della sua intensità sia parte integrante del controllo giudiziale.

Tale interpretazione, infine, trova fondamento, nella necessità che questa valutazione di proporzionalità - alla luce del quadro normativo legale sull'esercizio del potere disciplinare - venga applicata nelle diverse ipotesi in cui autonomia collettiva o codici disciplinari non prevedono nulla. E questo sia perché è impossibile non considerare le fonti normative in materia (che esistono e obbligano il giudice a tenerne conto), sia per evitare una irrazionale disparità di trattamento, con violazione del principio di uguaglianza. In caso contrario, infatti, si creerebbe una non omogeneità di disciplina tra comportamenti non gravi, puniti con sanzioni conservative dal contratto collettivo e dal codice (con diritto alla reintegrazione), e fatti non contemplati da questi atti negoziali o unilaterali ma che tuttavia hanno la medesima gravità. Questi ultimi, infatti, nonostante non potrebbero essere sanzionati con il licenziamento ai sensi dell'art. 2106 c.c., non attribuirebbero al lavoratore il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro. Senza dimenticare che la legge attribuisce a contratti collettivi e codici carattere vincolante, ma non elimina, per i casi non previsti, il potere del giudice di valutare la gravità dell'infrazione in base alla legge<sup>1818</sup>.

La riforma, come si vede, valorizza direttamente le sanzioni conservative previste dall'autonomia collettiva, che diventano obbligatorie per il giudice. Il magistrato, inoltre, dovrà in molti casi esprimere il giudizio di proporzionalità già descritto<sup>1819</sup>. In senso contrario si è affermato che il riferimento al contratto collettivo contenuto nel comma 4 dell'art. 18 non potrà essere applicato quando «il collegamento tra mancanze e relative sanzioni debba essere effettuato in base ad un criterio di proporzionalità» (TREMOLADA, 2012, 55). Mi sembra che questa interpretazione, oltre ad esporsi alle obiezioni già descritte, si ponga in contrasto con la formulazione letterale della legge. Quest'ultima rinvia al contratto collettivo in senso generale, senza poter distinguere i casi in cui vi è l'espressa individuazione del comportamento e della relativa sanzione da quelli nei quali vi è la semplice inclusione del comportamento tra i provvedimenti disciplinari conservativi applicabili in base alla loro gravità. Inoltre, il rinvio all'autonomia collettiva anche quando non vi è una esemplificazione diretta del fatto e del provvedimento disciplinare ha comunque un senso. Infatti, il magistrato troverà in ogni caso nel contratto un parametro di riferimento per comprendere quali comportamenti sono astrattamente riconducibili ad una multa o ad una sospensione e sarà quindi facilitato nella sua valutazione (pur dovendo "graduare" la sanzione). In questo contesto,

<sup>1818</sup> È come se, fermo restando le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo, la legge, ai fini della legittimità del licenziamento, obbligasse il giudice a considerare le causali previste dai contratti collettivi in tema di recesso (che sono oggi soltanto un parametro di riferimento ai sensi dell'art. 30, comma 3, della l. 183/2010). In queste situazioni il magistrato dovrebbe applicare le fattispecie contrattuali, senza verificarne la coerenza, sotto il profilo della gravità, con quanto previsto dalla legge. Ma, in tutti i casi non contemplati, dovrebbe sempre valutare se il fatto contestato sia riconducibile o meno all'art. 2119 c.c. o all'art. 3 della l. 604/1966.

<sup>1819</sup> MARAZZA, 2012, 625. Questo accade, ad es., nel caso del ccnl edili 2008 (art. 99), che gradua le sanzioni per i medesimi fatti ed in rapporto alla loro gravità.

infine, le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo ivi contenute saranno un punto di riferimento, ma non diventeranno vincolanti, in coerenza con quanto previsto dall'art. 30, comma 3, della l. 183/2010 (che impone solo di «tenerne conto»).

In conclusione, tutti gli elementi prima descritti confermano che il giudice dovrà analizzare il «fatto» sia nella sua struttura materiale (azione/omissione, nesso di causalità, evento), sia nella sua componente soggettiva. Quando il «fatto sussiste» e non si può applicare una sanzione diversa dal licenziamento in base al contratto collettivo, al codice disciplinare o al giudizio di proporzionalità ai sensi dell'art. 2106 c.c., vi saranno due possibilità. Il magistrato potrà ritenere che il comportamento contestato configura una giusta causa o giustificato motivo di recesso e quindi confermerà il licenziamento. Oppure potrà ritenere che la condotta abbia una gravità «intermedia» tra quella che richiederebbe, ad esempio, una multa od una sospensione e quella che invece legittimerebbe il recesso. In tale situazione, il giudice dichiarerà l'insussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, ma accerterà l'effetto risolutivo del rapporto e condannerà al risarcimento del danno. In quest'ultimo caso applicherà il comma 5 del nuovo art. 18, trattandosi di una delle «altre ipotesi» di licenziamento ingiustificato<sup>1820</sup>.

Un esempio può rendere più chiaro quanto si sta sostenendo. Si pensi al caso in cui venga contestato al lavoratore un danneggiamento volontario di beni aziendali. Se, all'esito dell'istruttoria (anche sommaria), si accerti che non vi è stata un'azione dannosa o che essa, pur esistente, è stata compiuta da un altro lavoratore, il licenziamento sarà illegittimo e il dipendente dovrà essere reintegrato<sup>1821</sup>. Le medesime conseguenze si verificheranno se il danneggiamento volontario è punito dal contratto collettivo o dal codice disciplinare con una sanzione conservativa<sup>1822</sup>. Oppure se, in assenza di una regolazione espressa da parte degli atti indicati, il magistrato ritiene che, ai sensi dell'art. 2106 c.c. ed alla luce della valutazione complessiva della condotta (elemento soggettivo, circostanze "attenuanti", danno prodotto ecc.), non vi sia proporzione tra fatto e sanzione. Si immagini, ad esempio, che il danneggiamento sia stato solo colposo o sia conseguenza anche di anomalie tecniche e così via. Al contrario, se l'azione dannosa è stata compiuta dal lavoratore con sua specifica responsabilità ed il giudice ritiene che si tratti di un'ipotesi di tale gravità da poter costituire giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, il magistrato confermerà la legittimità del recesso (magari utilizzando il contratto collettivo di riferimento come parametro di giudizio)<sup>1823</sup>. Può accadere che, invece, il giudice, sempre in base alla considerazione di tutti gli elementi già descritti, qualifichi il comportamento come più grave di quello punibile con una san-

<sup>1820</sup> Una parte assai consistente della dottrina ritiene, al contrario, che la reintegra opererà soltanto nel caso di insussistenza del «fatto» (inteso nella sua componente oggettiva già descritta e senza alcuna valutazione connessa alla componente soggettiva) e qualora il contratto collettivo o il codice disciplinare preveda che il comportamento vada punito con una sanzione conservativa (cfr. *retro* gli a. citati nel § 6 e nelle note precedenti). Una tesi che, a mio giudizio, non può essere accolta per le ragioni indicate nel testo.

<sup>1821</sup> In questo caso l'insussistenza del fatto verrà individuata sotto il profilo "oggettivo" della assenza dell'azione/omissione, del nesso di causalità o dell'evento.

<sup>1822</sup> In verità, molti ccnl considerano il danneggiamento volontario quale ipotesi di giusta causa di licenziamento. È questo il caso del contratto metalmeccanico (industria 2008, art. 10), edili (industria 2008, art. 100), commercio (Confcommercio 2008, art. 229), chimica farmaceutica (industria 2006, art. 52).

<sup>1823</sup> Ad es. il ccnl metalmeccanico (2008) ritiene che il «sensibile danneggiamento colposo» consenta il licenziamento con preavviso, mentre il danneggiamento volontario è una giusta causa (art. 10).

zione conservativa ma non così rilevante da legittimare il recesso. Si pensi, ad es., ad un danneggiamento volontario in parte giustificabile per ragioni organizzative e che ha prodotto danni di modesta entità. In questo caso accerterà che il licenziamento è ingiustificato, ma condannerà soltanto al pagamento dell'indennità risarcitoria che graduerà nei limiti definiti dalla legge e tenendo conto dei parametri previsti dal comma 5 dell'art. 18<sup>1824</sup>. Le stesse conclusioni possono essere raggiunte per il furto di modico valore<sup>1825</sup>. Molti contratti collettivi, infatti, prevedono queste ipotesi come giusta causa di recesso<sup>1826</sup> senza alcun riferimento all'entità del danno prodotto all'azienda. Il magistrato, quindi, potrà ritenere che, alla luce di tutti gli elementi di valutazione sulla causale del licenziamento, questa fattispecie è più grave di quelle punibili solo con la sospensione ma – per le conseguenze economiche prodotte – non ha un rilievo tale da legittimare il recesso e condannerà il datore di lavoro al pagamento del risarcimento del danno.

Il giudice, come si vede, è chiamato ad una valutazione non semplice, probabilmente più complessa di quella attuale e che certamente non riduce l'ambito della sua discrezionalità (se non nelle ipotesi previste dal contratto collettivo o dal codice disciplinare quando vi è l'esatta individuazione del comportamento punito con la sanzione conservativa). In ogni caso, la riforma gli consente di graduare l'apparato sanzionatorio, eliminando l'alternativa «secca» tra reintegra e conferma della legittimità del licenziamento. Il sistema delineato è certamente più flessibile per le imprese ma non nei termini indicati in alcuni primi commenti. La reintegrazione, infatti, non sembra essere così residuale come si è al contrario affermato.

#### 8. Il giustificato motivo oggettivo per inidoneità fisica o psichica o per violazione dell'art. 2110 c.c.

La reintegrazione (ed il risarcimento del danno regolato dal comma 4 dell'art. 18) è prevista nel caso in cui il giudice «accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore...» ovvero nella ipotesi di «violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile» (art. 18, comma 7, primo periodo). In questi casi, dunque, la ricostituzione del rapporto di lavoro è obbligatoria, «senza alcuna possibilità per il giudice di optare per la sanzione meramente indennitaria» (MARAZZA, 2012, 630) ed il regime più favorevole si spiega perché «si tratta di situazioni di particolare debolezza del lavoratore» (MARAZZA, 2012, 630).

La norma, anche in questo caso, non muta le nozioni sostanziali di licenziamento ingiustificato e consente di rinviare alla elaborazione giurisprudenziale e dottrina in materia, che, ovviamente, non possono essere esaminati in questa sede<sup>1827</sup>. L'utilizzazione del termine «anche» consente di affermare che sono regolate dalla disposizione tutte le ipotesi di inidoneità e di impossibilità sopravvenuta della prestazione riconducibili alla persona del dipendente (FERRARESI, 2012, 266), visto che i richiami normativi (incluso quello dell'art. 2110) sono effettuati «a titolo esemplificativo» (GALANTINO, 2012, 245). Tra queste è ricompresa l'inidoneità sopravvenuta «anche di soggetti non

<sup>1824</sup> SPEZIALE, 2012, 556 – 557. Conf. TATARELLI, 2012, 451 – 452.

<sup>1825</sup> LISO, 2012, 3; TREU, 2012b, 52.

<sup>1826</sup> Ccnl chimica farmaceutica (industria 2006, art. 52); ccnl commercio (Confcommercio 2008, 229).

<sup>1827</sup> Cfr., da ultimo, CALCATERRA, 2009, con riferimento specifico a giustificato motivo oggettivo ed impossibilità sopravvenuta (19 ss.).

assunti come disabili, ma, si badi, pur sempre nell'ambito di una inidoneità fisica o psichica» (CESTER, 2012b, 574). La legge, dunque, richiama nozioni da tempo enucleate dalla giurisprudenza che ha ricondotto al giustificato motivo oggettivo i casi di impossibilità della prestazione per eventi connessi alla capacità lavorativa, con individuazione dell'obbligo di verificare se il licenziamento non sia evitabile tramite l'adibizione a mansioni equivalenti o inferiori<sup>1828</sup>.

La reintegrazione è prevista anche nel caso di recesso «motivato con l'asserito superamento del periodo di comportamento» che in realtà non è stato superato (FERRARESI, 2012, 268; CESTER, 2012b, 574). La formulazione letterale della legge, che usa il termine «ovvero», dimostra che questo tipo di licenziamento è considerato come un'ipotesi distinta dal giustificato motivo oggettivo, ma ad esso equiparata dal punto di vista giuridico (FERRARESI, 2012, 267; CESTER, 2012b, 575), in coerenza con quanto da tempo stabilito dalla giurisprudenza<sup>1829</sup>.

Si è osservato, peraltro, che la riforma ha escluso «altre ipotesi d'impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta a provvedimento dell'autorità» che non sono oggetto di discipline speciali (come, ad esempio, la carcerazione) (NOGLER, 2012, 684). La osservazione è condivisibile ed impone una possibile soluzione del problema. Tra le fattispecie non prese in considerazione vanno ricordate, oltre alla detenzione in carcere, il caso di sequestro di un cantiere a seguito di provvedimento dell'autorità amministrativa o giurisdizionale, la revoca della autorizzazione allo svolgimento di una determinata attività produttiva, la cessazione di efficacia di una patente di guida per un autista o la perdita del porto d'armi. Si tratta di vicende tutte riconducibili all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, a volte per fatti riconducibili al lavoratore, altre volte all'impresa, sempre considerate dalla giurisprudenza nell'ambito del giustificato motivo oggettivo<sup>1830</sup>.

La «capacità espansiva» del primo periodo del comma 7 dell'art. 18 non consente di includere in questa disposizione situazioni non dovute ad inidoneità personale (compresa la malattia) come quelle descritte, dove non è in gioco la capacità fisica o psichica di svolgere il lavoro ma situazioni impeditive diverse. Tuttavia mi sembra che sia possibile estendere analogicamente questa disposizione a tutte le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione dipendenti da vicende che riguardano esclusivamente il lavoratore. Infatti, oltre alla esistenza di una «lacuna» normativa da colmare, vi sarebbe la identità di *ratio* che ne consente l'estensione ai casi non regolati (BOBBIO, 1968, 603; GUASTINI, 2004, 156)<sup>1831</sup>. La finalità della disposizione, infatti, è quella di garantire una

<sup>1828</sup> Cass. 26.4.2012 n. 6501, con indicazioni in motivazione dei principi in materia e di numerosi riferimenti giurisprudenziali. Cfr. anche Cass. 29.3.2010 n. 7531; Cass. 5.3.2003 n. 3245. In relazione alle innovazioni apportate dalla riforma su tali aspetti v. FERRARESI, 2012, 267 ss.; CESTER, 2012b, 574. In generale sul tema (ovviamente prima della l. 92/2012) si veda CALCATERRA, 2009, 5 ss., 15 ss., 202 ss.

<sup>1829</sup> Cass. 25.11.2010 n. 23920; Cass. 26.5.2005 n. 11092; Cass. 31.1.2012 n. 1404; Cass. 28.1.2010 n. 1861; Cass. 6.9.2005 n. 17780; Cass. 23.4.2004 n. 7713. La giurisprudenza, tra l'altro, esclude che in questi casi sia necessario fornire la prova del *repechage* (Cass. 31.1.2012 n. 1404; Cass. 28.1.2010 n. 1861; Cass. 6.9.2005 n. 17780; Cass. 23.4.2004 n. 7713). In tal senso anche FERRARESI, 2012, 267.

<sup>1830</sup> Sulla carcerazione quale motivo oggettivo di recesso cfr. Cass. 1.6.2009 n. 12721 (con indicazione, in motivazione, di altre sentenze); Cass. 1.9.1999 n. 9239; Cass. 11.1.1995 n. 266. In relazione al temporaneo ritiro dell'autorizzazione all'accesso ad una area aeroportuale v. Cass. 14.4.2005 n. 7726; Cass. 19.8.1996 n. 7638; Cass. 26.1.1996 n. 603; Cass. 10.9.1993 n. 9453. Per quanto attiene alla perdita della patente di guida estera v. Cass. 19.12.1998 n. 12719. In rapporto alla revoca del porto d'armi v. Cass. 24.10.2000 n. 13986; Cass. 8.11.2005 n. 21672.

<sup>1831</sup> Sui principi in materia di interpretazione analogica v. Cass. 10.5.1951 n. 1121; Cass. 19.4.1961 n. 863; Cass. 11.4.1962 n. 699; Cass. 23.11.1965 n. 2404; C. Stato, sez. VI, 12.3.1982 n. 112 e molte altre.

disciplina degli effetti del licenziamento ingiustificato (con la reintegra) per situazioni di impedimento personale fisico o psichico del dipendente che incidono sulla stessa possibilità dell'esecuzione del lavoro o lo rendono inesigibile alla luce di altri valori giuridici (come nel caso del diritto alla salute nella malattia che non sia tale da rendere materialmente impossibile la prestazione). Questa finalità è sicuramente estensibile al recesso per carcerazione preventiva o per la perdita della capacità professionale a seguito della mancanza di licenze od autorizzazioni e per altri casi analoghi. In queste ipotesi, infatti, le prestazioni diventano impossibili sempre per ragioni connesse alla persona del lavoratore e vi è la medesima esigenza di tutela che consente l'applicazione della interpretazione analogica. Sussiste quindi la «somiglianza rilevante» (Bobbio, 1968, 603; CAIANI, 1958, 362 ss.) che giustifica l'analogia<sup>1832</sup>. Tali conclusioni, al contrario, non mi sembrano estensibili alle ipotesi di impossibilità della prestazione conseguente a vicende proprie dell'impresa (revoca dell'autorizzazione a svolgere attività produttiva, sequestro giudiziario o amministrativo dell'impresa). In questo caso, infatti, le fattispecie non sono «simili», perché si tratta di eventi che rendono ineseguibile la prestazione ma estranei alla capacità personale di adempiere del lavoratore o non dipendenti da vicende a lui riferibili. In sostanza, pur trattandosi sempre di ipotesi di impossibilità della prestazione, manca la medesima *ratio* tra fattispecie prevista dalla legge e quella non regolata, che consiste nel garantire la reintegra nei licenziamenti connessi ad eventi legati alla persona del lavoratore e non a qualunque situazione che impedisce il lavoro. In questi casi, dunque, la disciplina applicabile sarà quella prevista per il licenziamento economico dal secondo periodo del comma 7 dell'art. 18.

Un problema particolare è quello del licenziamento per scarso rendimento, che la Cassazione qualifica a volte come giustificato motivo soggettivo<sup>1833</sup> o come oggettivo<sup>1834</sup>, oppure come appartenente ad entrambe le causali<sup>1835</sup>. In realtà, poiché il licenziamento in questo caso si lega all'adempimento del contratto ed alla negligenza nella esecuzione del lavoro, nessun dubbio dovrebbe sussistere sulla sua qualificazione come recesso disciplinare<sup>1836</sup>. Comunque, se si volesse ritenere che si tratta di un gmo, la disciplina non potrebbe essere quella del recesso ingiustificato per inidoneità fisica o psichica, non applicabile né direttamente, né in via analogica per carenza

<sup>1832</sup> *Contra* CESTER, 2012b, 575, in relazione alla inidoneità professionale o alla carcerazione preventiva che, a suo giudizio, sono regolati dal «secondo periodo del settimo comma» (del nuovo art. 18) e cioè dal regime sanzionatorio per il licenziamento economico. Tuttavia, per le ragioni indicate nel testo, non mi sembra che questa tesi sia sostenibile.

<sup>1833</sup> Cass. 22.1.2009 n. 1632, con nota di S. DI STASI, 2009, 862 ss., con ampie indicazioni di altra giurisprudenza di analogo contenuto.

<sup>1834</sup> Cass. 9.10.2003 n. 13194.

<sup>1835</sup> Cass. 5.3.2003 n. 3250. Si veda, sul punto, ICHINO, 2003, 694 ss.; CALCATERRA, 2009, 208 ss.

<sup>1836</sup> In coerenza con l'orientamento prevalente della Cassazione. Cfr, sul punto, S. DI STASI, 2009, 862 ss., a cui si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza. Il fatto poi che l'inadempimento del lavoratore, oltre a ledere il vincolo fiduciario, abbia anche una incidenza sulla funzionalità dell'organizzazione (M. T. CARINCI, 2012a, 556) non significa che lo scarso rendimento debba, solo per questa ragione, essere considerato come un giustificato motivo oggettivo. In tale caso, infatti, tutti i recessi connessi all'esecuzione del lavoro dovrebbero... essere ricondotti alla seconda parte dell'art. 3 della l. 604/1966. Una tesi evidentemente insostenibile. Inoltre, la sopravvenienza di malattie che rendono impossibile un normale rendimento vanno ricondotte all'ipotesi della impossibilità sopravvenuta per inidoneità fisica di cui si è parlato e non certo alla sfera dell'inadempimento. Si veda anche la particolare tesi espressa da CALCATERRA, 2012, 213, che riconduce lo scarso rendimento alla «risoluzione per eccessiva onerosità».

dei presupposti richiesti dall'art. 12, comma 2, preleggi<sup>1837</sup>. Pertanto, il regime sanzionatorio sarebbe quello regolato dalla parte residua del comma 7 dell'art. 18.

### 9. Il licenziamento individuale illegittimo per ragioni economiche.

Il sistema "binario" prima descritto è ribadito anche per il g. motivo oggettivo connesso a ragioni economiche ed organizzative. Se il giudice accerta la «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» può ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro. Invece, «nelle altre ipotesi», condanna solo al risarcimento del danno (art. 18, comma 7, secondo periodo). La discrezionalità del magistrato connessa alla reintegra verrà esaminata in seguito (v. *infra* § 10), così come pure i profili risarcitori (v. *infra* § 11 e 12). In questa sede si analizzeranno i problemi connessi alla differenziazione nei regimi sanzionatori (da me già esaminati: SPEZIALE, 2012, 560 ss.).

Ancora una volta la insussistenza o meno del fatto (che qui deve essere «manifesta») è elemento discriminante per la ricostituzione del rapporto di lavoro. Si tratta evidentemente di un «infortunio linguistico» del legislatore, che richiama la «manifesta» infondatezza del giudizio di costituzionalità, che è ipotesi del tutto diversa<sup>1838</sup>. Si è opportunamente sottolineato che un fatto sussiste o non sussiste<sup>1839</sup> e non è possibile ipotizzare alcuna differenza tra «insussistenza» e «manifesta insussistenza»<sup>1840</sup>. In verità il termine analizzato esprime l'evidenza immediata o meno di un evento (VALLEBONA, 2012, 58) e farebbe pensare alla sua «percezione»<sup>1841</sup>. Quindi dovrebbe operare nell'ambito della prova: alla luce di quanto dimostrato in giudizio è «manifesto» (*rectius* evidente) che manca il gmo (SPEZIALE, 2012, 561; conf. NOGLER, 2012, 690). Non vi è dubbio, dunque, che il valore semantico dell'espressione va molto ridimensionato perché, dal punto di vista sostanziale, ha poco senso. Pertanto o questa formulazione viene letta in chiave esclusivamente processuale (nel senso già indicato) o deve essere espunta dall'analisi interpretativa per evidente... "impossibilità" di avere significato. E non è un caso che uno dei fautori più autorevoli della drastica riduzione dell'ambito di operatività della reintegra è costretto ad affermare che l'aggettivo «manifesta» è «ridondante ed enfatico» (MARESCA, 2012, 443; conf. TREU, 2012a, 34; ID., 2012b, 53), a riprova di quanto si sta qui sostenendo<sup>1842</sup>. Dopo queste premesse, è chiaro, peraltro, che il concetto di insussistenza del fatto deve essere approfondito, perché è il criterio per distinguere alcune fattispecie di licenziamento ingiustificato da altre ai fini dell'applicazione della sanzione (reintegra o risarcimento danni).

<sup>1837</sup> ICHINO, 2012, 20, ritiene non applicabile il primo periodo del comma 7 dell'art. 18 perché si tratta di una «disposizione molto specifica». Alla luce delle osservazioni prima svolte, è evidente che anche in questo caso manca la «somiglianza rilevante» che giustifica l'analogia.

<sup>1838</sup> F. CARINCI, 2012b, 548.

<sup>1839</sup> MARESCA, 2012, 436, 440; F. CARINCI, 2012b, 548; CESTER, 2012b, 577; TREU, 2012b, 53; TATARELLI, 2012, 456. MARAZZA (2012, 625 – 626, nt. 22) ritiene che «la verifica della 'manifesta insussistenza' può essere condotta da un punto di vista quantitativo in ragione della maggiore o minore coincidenza tra fatti provati in giudizio e fatti esposti nella lettera di licenziamento».

<sup>1840</sup> M. T. CARINCI, 2012a, 560. In senso dubitativo, GALANTINO, 2012, 247.

<sup>1841</sup> F. CARINCI, 2012b, 548.

<sup>1842</sup> In tale ambito, MAGRINI (2012, 537) afferma la differenza «impalpabile» tra «insussistenza» e «manifesta insussistenza».

Alcuni autori hanno sostenuto che la reintegra è... l'*extrema ratio*, applicabile solo ad ipotesi eccezionali<sup>1843</sup>, come quando vi è la «*evidente pretestuosità...* del motivo addotto dall'imprenditore» (ICHINO, 2012, 17) e che comunque questa è la volontà evidente della riforma<sup>1844</sup>. Quest'ultima considerazione, probabilmente vicina alla realtà, non esclude che queste tesi e la stessa (possibile) intenzione del legislatore debbano essere verificate alla luce di un'interpretazione complessiva che tenga conto di una pluralità di elementi desumibili dal sistema giuridico. Come si è già spiegato (v. *retro* § 6), anche in questo caso non è possibile distinguere tra "fatto materiale" e sua qualificazione giuridica, che sono tra loro profondamente compenetrati. Inoltre, non è mutata la nozione di giustificato motivo oggettivo prevista dall'art. 3 della l. 604/1966, né il quadro costituzionale di riferimento nel cui ambito essa è stata interpretata<sup>1845</sup>.

Prima di approfondire tali aspetti, occorre prendere in considerazione una tesi che mette in discussione la possibile applicazione della dicotomia tra reintegra/risarcimento prevista dal legislatore per il gmo (PERULLI, 2012b, 9 ss.). L'a. parte dalla impossibilità di distinguere nel g. motivo oggettivo (ma in verità anche nelle altre ipotesi previste dalla legge come causali di recesso) il "fatto" e la sua valutazione giuridica<sup>1846</sup>. Con la conseguenza che «insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del gmo sono giuridicamente la stessa cosa» (ID., 2012b, 19). La impossibilità di distinguere tra "sfera materiale" e "ragione" del licenziamento comporta che tutte le ipotesi di mancanza del gmo (assenza della soppressione del posto di lavoro o della prova di non poter realizzare il *repechage*, volontà di perseguire una mera riduzione dei costi o un incremento dei profitti, ecc.) dovrebbero necessariamente comportare una «manifesta insussistenza del fatto» e, quindi, imporre *sempre* la reintegra, senza alcun spazio per il risarcimento del danno (PERULLI, 2012b, 18 ss.)<sup>1847</sup>.

La inattuabilità della distinzione tra "fatto" e sua qualificazione giuridica è stata già esaminata (v. *retro* § 6). Pertanto, la tesi di PERULLI potrebbe avere un concreto fondamento e dimostra, in ogni caso, la confusione concettuale e terminologica in cui è incorso il legislatore. Tuttavia la sua interpretazione concretamente... rende impossibile l'applicazione della nuova disciplina nella parte in cui prevede un'indennità risarcitoria. Non mi sembra che si possa giungere a tali conclusioni, con una lettura della normativa *contra legem*. In verità, occorre superare queste (fondate) obiezioni e cercare di razionalizzare le nuove disposizioni in modo che abbiano un senso. E quest'ultimo non può che essere individuato nella volontà del legislatore di graduare il sistema sanzionatorio, imponendo la reintegra per le ipotesi più gravi di legittimità del licenziamento economico ed il risarcimento per quelle meno importanti.

A questo punto, nell'ambito del quadro concettuale sopra delineato - che consente di... rendere applicabile la riforma -, è necessario esaminare la nuova disciplina nell'ambito della Costituzione.

<sup>1843</sup> ICHINO, 2012, 16 ss.; MARESCA, 2012, 443; ALLEVA, 2012, 7; VALLEBONA, 2012, 59; TREU, 2012a, 34; ID., 2012b, 53; GALANTINO, 2012, 247 - 248.

<sup>1844</sup> F. CARINCI, 2012b, 548.

<sup>1845</sup> La incidenza "indiretta" della riforma sulle causali di recesso è stata già analizzata: v. *retro* § 6.

<sup>1846</sup> «Il fatto "non gode di un'esistenza autonoma che lo sottragga, sia pure in parte, ai caratteri che ad esso attribuisce l'ordine giuridico"» (PERULLI, 2012b, 15 - 16, che cita le parole di DE GIOVANNI, 1958, 25).

<sup>1847</sup> L'a., peraltro, consapevole della "radicalità" della sua tesi, pone la questione in termini interrogativi, particolarmente in relazione alle ipotesi di gmo indicata nel testo.

Non va dimenticato che il principio di stabilità dell'occupazione ha un suo fondamento costituzionale, quale espressione del bilanciamento tra iniziativa economica (di cui il licenziamento è una manifestazione) ed il c. 2 dell'art. 41 Cost. (con il suo riferimento alla sicurezza, dignità e libertà umana), oltre che del temperamento con quanto previsto dal c. 1 dell'art. 4 della legge fondamentale<sup>1848</sup>. Si è giustamente osservato che «è corretto individuare il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3 l. n. 604 del 1966, contribuisce alla configurazione delle regole del *repechage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento»<sup>1849</sup>. Il necessario temperamento dei valori costituzionali indicati, il coinvolgimento «della personalità umana nella vicenda del licenziamento», la tutela contro il recesso quale espressione della garanzia di non perdere il «sostrato esistenziale» costituito dall'attività lavorativa<sup>1850</sup> spiegano anche il diritto vivente che si è formato in materia. Il licenziamento per g.m.o. è legittimato non dalla sussistenza di una qualsiasi ragione economico organizzativa, ma occorre una crisi non contingente, che determina una soppressione del posto di lavoro non legata al mero incremento di profitti bensì a situazioni sfavorevoli dotate di una certa stabilità, e ferma restando la prova della impossibilità di riadibizione del lavoratore ad altre mansioni<sup>1851</sup>. Senza ormai fornire una motivazione approfondita su tali aspetti, la giurisprudenza concretizza in tali principi la ponderazione tra i diversi valori costituzionali sopra indicati. Tra l'altro, in assenza di modifiche al quadro costituzionale e della stessa nozione legale di gmo, gli orientamenti giurisprudenziali esistenti assumono una importanza decisiva per l'interpretazione del nuovo quadro normativo.

La reintegrazione, come si è detto, non è costituzionalizzata (v. *retro* § 2) e la legge può discrezionalmente individuare il bilanciamento tra art. 4 e 41 Cost. Tuttavia «discrezionalità non significa... libertà totale del legislatore ovvero insindacabilità delle sue scelte regolative»<sup>1852</sup>. In questo contesto, è necessaria dunque una interpretazione costituzionalmente orientata della nuova disciplina, che non può coincidere con la completa «marginalizzazione» del reintegra, come da alcuni ipotizzato, o con la eliminazione del principio di *extrema ratio*<sup>1853</sup>. La graduazione delle tutele del nuovo art. 18 deve dunque tenere conto di queste condizioni, oltre che della volontà legislativa di «flessibilizzare» anche il licenziamento economico.

La «manifesta insussistenza» del g.m.o. si identifica con la carenza della ragione organizzativa o quando essa, pur presente, non ha un rapporto causale con il recesso (GALANTINO, 2012, 248; TATARELLI, 2012, 458). Si immagini che il licenziamento sia intimato per una crisi economica non congiunturale che abbia determinato una riduzione dell'attività produttiva e la necessità di sopprimere il posto di lavoro. Il recesso è ingiustificato, con applicazione della reintegra, in presenza di una situazione di crisi inesistente (TREU, 2012b, 54; GALANTINO, 2012, 248) o di scarsissima consistenza. Ad esempio, l'impresa non ha diminuito le commesse (FERRARESI, 2012, 265; ICHINO, 2012,

<sup>1848</sup> NOGLER, 2007, 602 ss., 611 ss., a cui si rinvia per le ulteriori indicazioni bibliografiche; PERULLI, 2012a, 12 ss.

<sup>1849</sup> NOGLER, 2007, 613.

<sup>1850</sup> NOGLER, 2007, 602, 611 e 614.

<sup>1851</sup> Tra le tante: Cass. 28.9.2011 n. 19616; Cass. 24.2.2012 n. 2874.

<sup>1852</sup> NOGLER, 2007, 671.

<sup>1853</sup> F. CARINCI, 2012b, 548.

16) – o le ha ridotte in modo non significativo -, realizza utili (o ha perdite molto contenute), usa in modo intensivo lo straordinario, ha assunto nuovi lavoratori ecc.<sup>1854</sup>. La reintegrazione sarà inoltre inevitabile nel caso di affermazione della soppressione di un posto di lavoro che in realtà non è stato eliminato (TREU, 2012b, 54; GALANTINO, 2012, 248; FERRARESI, 2012, 265). Questa situazione, ad esempio, si verificherà quando è stato assunto un altro lavoratore che svolge i medesimi compiti (anche se meno costoso), nell'ipotesi di attribuzione della stessa attività professionale ad un altro dipendente, nell'assenza dell'effettiva esternalizzazione delle mansioni sopresse, o se esse non sono state realmente distribuite tra altri lavoratori<sup>1855</sup>. La stessa sanzione si applicherà quando la crisi economica non congiunturale esiste ed è seria, ma non ha nesso causale con il posto eliminato (GALANTINO, 2012, 248).

Il regime sanzionatorio più severo opererà anche nell'ipotesi cui l'impresa non fornisca la prova della impossibilità di *repechage*, nei limiti anche qui enucleati dalla giurisprudenza<sup>1856</sup>. Non va dimenticato, infatti, soprattutto alla luce dei valori costituzionali già descritti, che «la possibilità di continuare ad occupare il lavoratore non consente neppure di prospettare la riconducibilità delle ragioni di un eventuale licenziamento alle evenienze richiamate dall'art. 3 l. n. 604 del 1966»<sup>1857</sup>. Molti autori, in verità hanno ritenuto che in questa ipotesi sarebbe applicabile solo il risarcimento del danno<sup>1858</sup>. Tuttavia è qui possibile sollevare una duplice obiezione. In primo luogo è l'assetto dei principi costituzionali sopra descritti – con il riconoscimento prioritario della stabilità dell'occupazione - ad impedire una tale conclusione. D'altra parte, se il dipendente può ancora lavorare, la soppressione del posto... non c'è, perché il soggetto interessato può ancora essere positivamente utilizzato nel contesto produttivo.

La reintegra opererà anche nell'ipotesi di effettiva eliminazione di un'attività lavorativa svolta da diversi collaboratori tutti fungibili ed omogenei nelle professionalità, quando la giurisprudenza applica i criteri per la scelta dei lavoratori nei licenziamenti collettivi e sanziona la loro violazione con l'applicazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori<sup>1859</sup>. In realtà in questo caso la ragione economica, il nesso di causalità e la soppressione del posto sono esistenti e, dunque, non si potrebbe astrattamente ritenere che vi sia la «manifesta insussistenza» del fatto posto a base del

<sup>1854</sup> Sempre a titolo di esempio, se il licenziamento è stato, invece, giustificato da innovazione tecnologica, il gmo non sussisterà quando il processo innovativo è solo fittizio (perché non sono state introdotte tecnologie *labour saving*, ma quelle che lasciano immutate le esigenze di lavoro) o quando, pur esistendo, non ha comportato la soppressione del posto (e, quindi, in questo caso il giudizio attiene alla veridicità o consistenza del fatto organizzativo ed al suo nesso causale con il posto soppresso).

<sup>1855</sup> La giurisprudenza, infatti, ha da tempo affermato che, ferma restando la necessità di un riassetto organizzativo connesso a situazioni sfavorevoli non meramente contingenti, la soppressione del posto può anche consistere in una mera ripartizione ed attribuzione ad altri lavoratori delle mansioni prima svolte da un solo dipendente (Cass. 1.6.2012 n. 8846; Cass. 21.11.2011 n. 24502; Cass. 24.5.2011 n. 11356; Cass. 2.10.2006 n. 21282 e molte altre). Pertanto, se un lavoratore svolgeva quattro compiti diversi e solo uno di essi è stato assegnato ad un altro collaboratore, mentre gli altri tre fanno capo ad un solo dipendente, non si potrà asserire che vi è stata una vera e propria soppressione del posto di lavoro, ma solo una mera sostituzione di un soggetto con un altro.

<sup>1856</sup> MARAZZA (2012, 628 ss.) ritiene che il principio di *repechage* continui a rappresentare un presupposto di legittimità del licenziamento. Così anche LISO, 2012, 3.

<sup>1857</sup> NOGLER, 2007, 648.

<sup>1858</sup> In tal senso CESTER, 2012b, 628; TREU, 2012b, 54; FERRARESI, 2012, 265; GALANTINO, 2012, 249 – 250; TATARELLI, 2012, 456; MARAZZA, 2012, 629.

<sup>1859</sup> Cass. 28.3.2011 n. 7046; Cass. 11.6.2004 n. 11124; Cass. 21.12.2001 n. 16144 e molte altre. Al contrario FERRARESI (2012, 265) ritiene che in questo caso vi sarà solo il risarcimento del danno. In senso analogo TATARELLI, 2012, 456; GALANTINO, 2012, 252.

licenziamento. Tuttavia è la legge stessa ad affermare che, nella riduzione di personale prevista dalla l. 223/1991, «in caso di violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1, si applica il regime di cui al quarto comma dell'art. 18»<sup>1860</sup>. Pertanto, se in tale ipotesi il legislatore ha scelto la “reintegra attenuata”, non si vede come tale sanzione non si debba necessariamente estendere alla fattispecie analoga enucleata dalla giurisprudenza per il licenziamento individuale.

In relazione all'esempio già fatto di un licenziamento intimato per riduzione dell'attività produttiva, la situazione sarà diversa se invece il posto è stato effettivamente soppresso e si è fornita la dimostrazione della impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse. Tuttavia si accerta che: a) la crisi ha solo carattere congiunturale e non strutturale (FERRARESI, 2012, 265), in quanto si è manifestata solo nel periodo precedente al recesso e non ha, dunque, una consistenza più stabile, secondo il requisito da tempo richiesto dalla giurisprudenza; b) la situazione di difficoltà economica non c'è e si intende solo ridurre il lavoro per aumentare i profitti (anche qui in contrasto con quanto sostiene la Cassazione) o semplicemente per diminuire i costi (FERRARESI, 2012, 258, 265); c) la crisi ha determinato una contrazione della attività, ma non incide sulla redditività dell'impresa, misurata dal margine operativo lordo (MOL) e senza quindi influenzare in modo consistente la dinamica produttiva dell'azienda sotto il profilo dei costi - benefici<sup>1861</sup>; d) in base alla situazione patrimoniale, al volume di affari, ai dati di bilancio, la difficoltà economica dell'impresa non ha quel livello di gravità tale da giustificare la piena legittimità del licenziamento. In queste situazioni, che configurano le «altre ipotesi» previste dal c. 7 del nuovo art. 18, vi sarà soltanto l'indennità risarcitoria liquidata secondo i parametri previsti dalla legge<sup>1862</sup>. Le fattispecie descritte sono tutte accomunate dall'essere ragioni economiche che, alla luce del “diritto vivente” in materia di gmo, si collocano in una posizione intermedia tra quelle che legittimano il licenziamento (quando la crisi ha quei requisiti di gravità e strutturalità a cui fa riferimento la giurisprudenza) e quelle che invece escludono il giustificato motivo ed impongono la reintegrazione. Il risarcimento del danno, comunque, richiede sempre l'effettiva dimostrazione della soppressione del posto e della inattuabilità del *repechage*. Il mancato assolvimento dell'onere probatorio su tali elementi (equivalente all'ipotesi in cui manchi la prova piena e vi siano dubbi su entrambi questi aspetti) implicherà la reintegrazione. In caso contrario si violerebbe quel bilanciamento tra valori economici e tutela del lavoro e della persona che è nella Costituzione.

La riforma non muta il principio secondo il quale il controllo del giudice non può mai estendersi al merito della scelta imprenditoriale, ma deve riguardare la effettività e non pretestuosità della ragione economica ed il nesso causale con il recesso<sup>1863</sup>. Una regola che sembra oggi confermata

<sup>1860</sup> Art. 1, comma 46, della l. 92/2012, modificativo dell'art. 5, comma 3, della l. 223/1991.

<sup>1861</sup> Il margine operativo lordo, come è noto, è uno dei principali indici di redditività dell'impresa che mette in evidenza il reddito di un'azienda basato sulla sua gestione ed al lordo di interessi (gestione finanziaria), imposte (gestione fiscale) e deprezzamento di beni e ammortamenti.

<sup>1862</sup> In senso analogo PERULLI, 2012a, 24 ss. (anche se questo autore successivamente, pur se in termini dubitativi, ritiene che queste ipotesi potrebbero essere una «manifesta insussistenza del fatto» ed imporrebbero quindi la reintegra: ID., 2012b, 18 ss.). Così anche MARAZZA (2012, 628) con riferimento ad una riduzione dei volumi di affari di ridotta entità. Anche se, va precisato che, qualora tale diminuzione sia di quantità così lieve da non rispecchiare una effettiva ragione economica di crisi, si verterà nell'ipotesi di «manifesta insussistenza».

<sup>1863</sup> Il principio è confermato da costante giurisprudenza: Cass. 1.6.2012 n. 8846; Cass. 14.5.2012 n. 7474; Cass. 3.8.2011 n. 16925; Cass. 24.5.2011 n. 11356 e molte altre. In dottrina, oltre agli autori citati nel testo nel periodo successivo a questa nota, tra i commenti

dalla disposizione che qualifica come «violazione di norme di diritto» l'eventuale valutazione della opportunità della scelta imprenditoriale (art. 1, c. 43, l. 92/2012, che modifica l'art. 30, c. 1 della l. 183/2010) (TOPO, 2012, 70; VALLEBONA, 2012, 58, 70 ss.; FERRARESI, 2012, 261; GALANTINO, 2012, 250). Ovviamente questi limiti del controllo giurisdizionale dovranno essere applicati anche nelle ipotesi in precedenza descritte<sup>1864</sup>. Senza dimenticare, peraltro, che quando si effettua un bilanciamento tra valori costituzionali diversi (ivi inclusa la libertà di impresa), la sovrapposizione tra "merito" e "legittimità" è a volte inevitabile e trova fondamento nella necessità di ponderare interessi diversi e confliggenti. Tuttavia, anche alla luce degli esempi prima fatti, la riforma non muta l'assetto dei poteri di controllo della magistratura, che saranno analoghi a quelli già in precedenza definiti.

La soluzione prospettata mi sembra coerente con l'assetto normativo e costituzionale e tale, comunque, da consentire una soluzione interpretativa equilibrata della riforma. Si tratta, infatti, di una proposta di lettura del comma 7 dell'art. 18 che non determina né la riduzione della reintegra a... *extrema ratio* – con prevalenza, nella quasi totalità dei casi, del solo risarcimento del danno – né trasforma il regime indennitario in una sanzione del tutto eccezionale, imponendo sempre come regola l'alternativa "secca" tra licenziamento giustificato o recesso illegittimo e ricostituzione del rapporto di lavoro.

#### 10. La reintegrazione «facoltativa» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo: profili di incostituzionalità.

In assenza del giustificato motivo oggettivo previsto dall'art. 18, c. 7, secondo periodo, il giudice «può» reintegrare il lavoratore (SPEZIALE, 2012, 558 ss.). La ricostituzione del contratto di lavoro è dunque facoltativa e mai obbligatoria per il magistrato, al contrario di quanto avviene nel licenziamento disciplinare, quando vi sono i presupposti previsti dal c. 4 della nuova disposizione<sup>1865</sup>. Si è affermato, inoltre, che il giudice, se decide di disporre la reintegra, deve motivare specificamente la ragione di tale scelta (VALLEBONA, 2012, 59). E si è aggiunto che la finalità della disposizione è quella di consentire all'organo giudicante di effettuare una valutazione «caso per caso», escludendo la ricostituzione del rapporto in presenza di un «eventuale grave deterioramento dei rapporti interpersonali» (FERRARESI, 2012, 266).

In senso contrario, si è sostenuto che la "tassatività" delle condizioni a cui la legge subordina la reintegra è tale da escludere qualsiasi discrezionalità del giudice, che dovrà condannare alla reintegrazione quando vi sono i relativi elementi, senza alcuna sostanziale differenza con giusta causa

più recenti che confermano questa tesi si vedano, tra gli altri, GALANTINO, 2102, 251, 257 – 258; CESTER, 2012b, 577; ICHINO, 2012, 19 – 20; NOGLER, 2012, 679. Per una valutazione in chiave del diritto della UE si rinvia ad ORLANDINI, 2012, 634 ss.

<sup>1864</sup> Si sostiene che la regola del *repechage* «implica con tutta evidenza la sovrapposizione di una scelta gestionale del giudice a quella dell'imprenditore» (ICHINO, 2012, 19). In realtà una comparazione tra professionalità del lavoratore da licenziare ed altre possibili occupazioni alternative in azienda nell'ambito del giudizio di equivalenza non necessariamente significa sindacato del merito della scelta imprenditoriale. In questo caso vi è solo un controllo sulla situazione concretamente esistente, senza intaccare le prerogative imprenditoriali. Altrimenti si dovrebbe ritenere che il giudice, quando applica l'art. 2103 c.c necessariamente... incide sulla valutazione di opportunità gestionale, che sono espressione dell'iniziativa economica privata. Il che significa che ogni controllo sull'organizzazione d'impresa sarebbe... in contrasto con la Costituzione.

<sup>1865</sup> Il carattere facoltativo della reintegra è confermato da molti autori: TOPO, 2012, 68; VALLEBONA, 2012, 59; GALANTINO, 2012, 248; FERRARESI, 2012, 265 – 266; TATARELLI, 2012, 455; CESTER, 2012b, 577; MARAZZA, 2012, 625; ICHINO, 2012, 16; NOGLER, 2012, 689.

e g. motivo soggettivo<sup>1866</sup>. Tuttavia, la formulazione letterale della disposizione è di segno evidentemente contrario (SPEZIALE, 2012, 558; NOGLER, 2012, 689). Il magistrato può liberamente decidere se ricostituire o meno il rapporto di lavoro. Tra l'altro questa discrezionalità è assoluta, perché il c. 7 chiarisce che i criteri previsti dalla legge (oltre a quelle ulteriori ivi stabiliti) si applicano soltanto per individuare, nei limiti minimi e massimi, l'indennità risarcitoria. In questo caso, dunque, il potere del giudice non trova alcun condizionamento connesso a parametri contenuti nella disposizione<sup>1867</sup>. L'ampiezza della discrezionalità è tale che si è ipotizzata una incostituzionalità della disposizione per «manifesta irragionevolezza» dovuta all'assenza di criteri che limitino la scelta del magistrato (LISO, 2012, 4)<sup>1868</sup>.

La differenza di disciplina con il licenziamento disciplinare può essere giustificata in considerazione dell'assenza di una tutela costituzionale del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e della discrezionalità lasciata al legislatore di utilizzare anche forme risarcitorie (seppure nei limiti individuati dalla Corte di giustizia europea) (v. *retro* § 2). Tuttavia, bisogna verificare se questa regolazione non conforme sia coerente con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Infatti la disposizione costituzionale impone parità di trattamento quando sussistono eguali condizioni soggettive ed oggettive, mentre devono essere regolate in modo differente situazioni diverse. Il giudizio di comparazione, che attiene alla «razionalità» della scelta legislativa, deve essere compiuto tra la normativa potenzialmente illegittima ed altre discipline previste dalla legge, ferma restando, comunque, la necessità della «ragionevolezza» intrinseca della disciplina differenziata. Infatti, originariamente il giudizio di costituzionalità si svolgeva «attraverso il raffronto fra la norma impugnata ed il c.d. *tertium comparationis*, ossia un'altra disposizione che opera come termine di paragone» (CORTE COSTITUZIONALE, 2009, 1)<sup>1869</sup>. Oggi, invece, esso viene inteso «in un'accezione più pregnante, come “razionalità” della disposizione legislativa: mediante un giudizio a schema binario, che prescinde dal confronto della norma censurata con il *tertium comparationis*» ed in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità (e) coerenza» della disposizione. Quest'ultima deve essere valutata anche in relazione alla «ratio ad essa sottesa» o alla «sua non contraddittorietà rispetto al sistema» ed alla «non manifesta inidoneità degli strumenti predisposti per conseguire un determinato risultato» (CORTE COSTITUZIONALE, 2009, 1)<sup>1870</sup>.

Da questo punto di vista, l'assenza di qualsiasi parametro normativo che riduca la discrezionalità del giudice è sicuramente un evidente sintomo di «irragionevolezza» della disposizione (LISO,

<sup>1866</sup> MARESCA, 2012, 443. Aderisce a questa tesi TREU, 2012a, 34; ID., 2012b, 54.

<sup>1867</sup> Infatti, il quarto periodo del c. 7 prevede che «in tale ultimo caso (*ndr*: e cioè nelle «altre ipotesi» in cui si applica la disciplina di cui al c. 5, che stabilisce l'indennità risarcitoria) il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo, tiene conto...» dei criteri previsti dal c. 5 e di quelli aggiuntivi ivi specificati. Nulla è detto per quanto attiene alla facoltà di disporre la reintegra.

<sup>1868</sup> Si è ritenuto che la norma avrebbe un senso nella misura in cui consente al giudice di considerare se «la mancanza di fondatezza delle ragioni addotte possa o no considerarsi un sintomo di un motivo illecito di licenziamento» (GALANTINO, 2012, 248 – 249). Si può facilmente obiettare che la disposizione attribuisce al giudice un poter discrezionale esercitabile *sempre* quando ritenga che vi sia la «manifesta insussistenza» del fatto posto a base del licenziamento e non solo nel caso di motivo illecito.

<sup>1869</sup> Su tali aspetti v. C. Cost. n. 3/1957; C. Cost. n. 53/1958; C. Cost. n. 5/1960; C. Cost. n. 111/1981; C. Cost. n. 340/2004. In dottrina si rinvia, per tutti, a CELOTTO, 2003, 1 ss.; ID., 2006, 77 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>1870</sup> La Corte, nella relazione indicata, cita numerosissime sentenze che confermano tali principi. Su tale evoluzione del giudice delle leggi v., per tutti, SORRENTINO, 2011.

2012, 4), per evidente violazione dei parametri «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità (e) coerenza» ed in considerazione anche del bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti già analizzato (v. *retro* § 9). In base ai principi enucleati dalla Corte, la “gravità” dell’assenza di giustificazione del licenziamento per gmo (per scelta dello stesso legislatore che gradua il regime sanzionatorio) ed i principi di tutela del lavoro e della persona del dipendente avrebbero dovuto rendere obbligatoria la reintegrazione. Inoltre, le conclusioni sono identiche se si mettono a confronto le norme attinenti al licenziamento disciplinare ed a quello economico, che sono quelle più somiglianti per stessa scelta del legislatore (SPEZIALE, 2012, 559 ss.).

Si è detto che la diversità di regolazione tra il c. 4 ed il c. 7 del nuovo art. 18 sarebbe giustificata dai diversi interessi in gioco. Nel licenziamento disciplinare la reintegra è legata ad una «mancanza mai commessa», quando viene lesa «l’onorabilità della persona», mentre nel licenziamento economico «é per lo più lesa soltanto un interesse economico professionale...», salvo il caso in cui la manifesti insussistenza del g.m.o. confermi «un sospetto di discriminazione»<sup>1871</sup>.

In realtà, dal punto di vista del datore di lavoro, licenziamento disciplinare ed economico, pur avendo diversi contenuti, attengono sempre ai suoi interessi organizzativi. Infatti, anche i profili soggettivi del recesso riguardano la funzionalità dell'organizzazione, in relazione al riflesso dell'inadempimento o del comportamento del lavoratore sul suo normale svolgimento<sup>1872</sup>. Nella prospettiva del lavoratore, la g. causa ed il g. motivo soggettivo non riguardano soltanto la sua «onorabilità», ma anche il bilanciamento tra esigenze organizzative dell'impresa e il suo interesse alla continuazione del vincolo contrattuale (quando, ad es., non vi è proporzione tra fatti e sanzione). D'altra parte, non tutti gli inadempimenti mettono in discussione la dignità della persona, come nel caso in cui sono connessi alle competenze tecniche del dipendente o a condizioni di mercato. Inoltre, nel recesso per g.m.o. non vi è solo la lesione di un interesse economico professionale, perché, come si è visto, l'organizzazione nella quale si lavora è anche il luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti del lavoratore (v. *retro* § 3).

A mio parere, dunque, le differenze tra le causali di licenziamento, pur se esistenti, sono di gran lunga inferiori agli elementi comuni. Pertanto non è «costituzionalmente ragionevole» prevedere, in rapporto alla reintegra, distinzioni così rilevanti in situazioni fortemente omogenee. Tra l’altro, sia il c. 4, sia il c. 7 del nuovo art. 18 si riferiscono a vicende che, a giudizio del legislatore, sono considerate in modo negativo ed avrebbero richiesto, quindi, una uguale disciplina giuridica. Rispetto al licenziamento disciplinare, invece, il bilanciamento di interessi nel recesso per ragioni economiche è squilibrato a favore del datore di lavoro. Da questo punto di vista, quindi, mi sembra che la riforma, in questa parte della normativa, sia in contrasto con l’art. 3 della Costituzione<sup>1873</sup>. In adesione a questa mia tesi si è quindi proposta una «interpretazione correttiva» costituzionalmente orientata: «il *può* si legge *deve*» ed il giudice, quando sussistono le condizioni previste dalla disposizione, non può che condannare il datore di lavoro alla reintegrazione (PERULLI, 2012b, 12).

<sup>1871</sup> ICHINO, 2012, 25.

<sup>1872</sup> Conf. M. T. CARINCI, 2012a, 556.

<sup>1873</sup> Una incostituzionalità fondata quindi sia sulla «irragionevolezza intrinseca» di una disposizione che non limita il potere del giudice, sia in una valutazione comparativa tra normative che regolano situazioni non identiche ma certamente analoghe e dove gli elementi simili sono molto superiori alle differenze e non giustificano trattamenti così diversi. In entrambi i casi vi è una evidente violazione dei criteri di «coerenza», «proporzionalità» ed «adeguatezza».

### 11. Il regime sanzionatorio nel licenziamento illegittimo che non risolve il rapporto di lavoro.

I commi 4 e 7 dell'art. 18 prevedono la reintegrazione "attenuata", che si applica in ipotesi diverse: a) licenziamento disciplinare ingiustificato per insussistenza del fatto contestato o quando sia per esso prevista una sanzione conservativa ai sensi del contratto collettivo o in base al giudizio di proporzionalità imposto dalla legge (v. *retro* § 7); b) recesso per gmo consistente nell'inidoneità fisica e psichica del lavoratore o per violazione dell'art. 2110, c. 2, c.c. e negli altri casi a cui tale disciplina può essere estesa (v. *retro* il § 8); c) licenziamento economico per gmo fondato sulla «manifesta insussistenza del fatto posto a base» del recesso (v. *retro* § 9).

In queste situazioni il licenziamento è annullato e viene ordinata la reintegrazione. Il recesso, dunque, non è idoneo ad estinguere il rapporto di lavoro che si considera come mai interrotto (VALLEBONA, 2012, 54) e, a seguito del provvedimento giurisdizionale, il lavoratore ha diritto al ripristino della situazione giuridica e di fatto in precedenza esistente. Tuttavia, la riforma modifica il regime sanzionatorio prima vigente, oggi confermato nelle sue linee essenziali per il licenziamento nullo (v. *retro* CHIECO, in questa Sezione). Infatti, in deroga alle regole generali, nel periodo tra il licenziamento e la sentenza il lavoratore ha diritto ad un risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni non percepite, ma senza la soglia minima delle 5 mensilità<sup>1874</sup> e con il limite massimo di 12 mesi<sup>1875</sup>.

In verità la disposizione è «scritta male» (VALLEBONA, 2012, 60) perché la formulazione letterale del secondo periodo può essere interpretata nel senso che il "tetto" risarcitorio riguardi tutto il danno sino al momento della effettiva reintegrazione (CESTER, 2012a, 36). Tuttavia l'opinione prevalente è quella secondo la quale il limite dei 12 mesi opera solo fino alla decisione del giudice<sup>1876</sup>. Questa tesi, in realtà, ha anche un fondamento nella seconda parte del testo del comma 4. Il datore di lavoro, infatti, deve versare i «contributi previdenziali ed assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione...», oltre agli interessi legali e salvo possibili deduzioni di altra contribuzione nel frattempo accreditata. Il pagamento degli oneri sociali fino al momento di concreta ripresa del lavoro sottintende l'obbligo di corrispondere l'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione globale di fatto dal recesso alla reintegra, salvo il limite dei 12 mesi previsto dalla legge per la fase pre sentenza. Non si vede, infatti, come si potrebbe obbligare il datore di lavoro a pagare i contributi se materialmente l'indennità non dovesse essere corrisposta. Dunque, se la reintegrazione avvenisse dopo tre anni dalla sentenza, il datore di lavoro, per questi 36 mesi, dovrebbe versare i contributi e, quindi, è obbligato al pagamento della indennità risarcitoria, anche se si è superato il "tetto" dei 12 mesi.

Il limite al risarcimento del danno nel periodo antecedente alla pronuncia del giudice pone problemi di coerenza soprattutto con l'art. 24 della Carta Sociale Europea (v. *retro* § 2). In ogni caso la disposizione è doppiamente penalizzante per il dipendente, perché esclude il minimo dei 5 mesi quale penale risarcitoria immodificabile (nel caso in cui il giudizio duri meno di tale periodo) e

<sup>1874</sup> VALLEBONA, 2012, 54; CESTER, 2012a, 35; ID., 2012b, 557; SANTINI, 2012, 247; MARESCA, 2012, 430; M. T. CARINCI, 2012a, 551.

<sup>1875</sup> VALLEBONA, 2012, 54; CESTER, 2012a, 35 – 36; ID., 2012b, 558; SANTINI, 2012, 247 ss.; MARESCA, 2012, 430; MARAZZA, 2012, 631; M. T. CARINCI, 2012a, 551.

<sup>1876</sup> VALLEBONA, 2012, 60; MARESCA, 2012, 430; GALANTINO, 2012, 240. In termini dubitativi, CESTER, 2012a, 36; ID., 2012b, 558 – 559.

«sposta sul lavoratore il rischio della lunghezza del processo» (GALANTINO, 2012, 240; TATARELLI, 2012, 450 - 451)<sup>1877</sup>. La legge, dunque, vuole imputare al lavoratore le eventuali disfunzioni del sistema giudiziario di cui non è certo responsabile. Senza dimenticare, qualora la sentenza anche sommaria non intervenga in tempi rapidi, le conseguenze di una perdita del reddito dopo i 12 mesi in aree «ad alto tasso di disoccupazione» e tenuto conto della difficoltà di trovare un nuovo lavoro<sup>1878</sup>.

L'indennità risarcitoria non esclude la possibilità di provare pregiudizi ulteriori, «come il danno biologico o quello conseguente a licenziamento ingiurioso, sol che si consideri che l'indennità in questione neppure è definita "omnicomprensiva", a differenza di quella prevista nei successivi commi 5 e 6» (TATARELLI, 2012, 451).

La retribuzione da prendere a parametro è «l'ultima» (PERULLI, 2012b, 3; CESTER, 2012b, 555) e non dunque la media di quelle maturate nel periodo antecedente al licenziamento<sup>1879</sup>. Il riferimento è quello consueto alla nozione "omnicomprensiva" di remunerazione effettivamente percepita ed inclusiva di tutti i compensi di natura retributiva che il lavoratore ha ricevuto<sup>1880</sup>. Ovviamente, il riferimento all'ultima retribuzione, se esclude la possibilità di utilizzare come parametro quelle anteriori, non consente di "congelare" le somme dovute e di escludere quindi eventuali aumenti contrattuali collettivi (anche a base aziendale) che siano nel frattempo intervenuti<sup>1881</sup>. Infatti, la disposizione fa riferimento alla retribuzione «maturata dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione». Pertanto, «il parametro non è frutto di una istantanea sul contenuto dell'ultima retribuzione percepita (prima del licenziamento) ma è testualmente riferito al maturato economico entro un preciso arco temporale (che non si ferma, ma al contrario) parte dal momento del licenziamento e termina con la effettiva reintegrazione». Ne consegue che la retribuzione da prendere in considerazione è quella che il lavoratore avrebbe avuto diritto a conseguire prima del momento di effettiva riammissione in servizio e comprensiva, quindi, oltre di quanto percepito all'epoca del recesso, anche degli eventuali aumenti contrattuali nel frattempo intervenuti (CHIECO, in questa Sezione, § 9).

Il risarcimento del danno, come nella disciplina preesistente, svolge in questo caso la duplice funzione di reintegrazione del pregiudizio patrimoniale e di *astreinte*, in funzione compulsiva e di

<sup>1877</sup> Si rinvia anche agli autori citati *retro* nella nt. 32, a cui si aggiunga MARAZZA, 2012, 631 e NOGLER, 2012, 691.

<sup>1878</sup> CESTER, 2012a, 36, che sottolinea tra l'altro come l'eventuale annullamento del licenziamento obbligherà il lavoratore a restituire l'indennità di disoccupazione.

<sup>1879</sup> Si è sostenuto che «è ragionevole prevedere che la giurisprudenza tenderà ad assestarsi sulla retribuzione globale di fatto mediamente percepita nei mesi precedenti il licenziamento per valorizzare la media dei compensi variabili corrisposti al dipendente in ragione delle concrete modalità di svolgimento del lavoro»: MARAZZA, 2012, 618. Se questo dovesse accadere, si tratterebbe di una interpretazione contraria alla formulazione letterale della legge.

<sup>1880</sup> Anche in questo caso vi è un evidente peggioramento rispetto alla disciplina preesistente. Infatti, se ad esempio in epoca immediatamente antecedente al licenziamento il lavoratore non ha effettuato lavoro straordinario, svolto invece regolarmente nei mesi precedenti, in base al testo della legge tali compensi dovranno essere esclusi dal computo. Peraltro, in considerazione del fatto che – alla luce della interpretazione della Corte costituzionale – la riparazione del danno non deve essere integrale ma comunque adeguata (v. *retro* § 2), non vi è dubbio che «l'ultima retribuzione» da prendere in considerazione è quella relativa ad un periodo di effettivo lavoro e non nel caso in cui il rapporto sia sospeso per cause legali (cig) o contrattuali.

<sup>1881</sup> Al contrario, invece, di quanto sostenuto da CESTER, 2012a, 34; ID., 2012b, 555; MARAZZA, 2012, 618; PERULLI, 2012b, 3.

coazione indiretta, quale stimolo a realizzare concretamente la riammissione in servizio del lavoratore (SPEZIALE, 2004, 109 ss., in relazione all'art. 18 prima della riforma). Tuttavia, sempre in coerenza con il diritto vivente in materia, la legge formalizza la deducibilità dell'*aliunde perceptum e percipiendum*, con gli stessi problemi prima esistenti, soprattutto per quanto attiene alla individuazione di cosa si debba intendere per ricerca "diligente" di una nuova occupazione (SANTINI, 2012, 249 ss.; CESTER, 2012a, 36)<sup>1882</sup>. Tra l'altro la legge, con una formulazione letterale chiara, fa comprendere che la riduzione della indennità va fatta con riferimento al «periodo di estromissione». Dunque la deduzione deve essere compiuta sia in relazione al periodo precedente alla sentenza (anche per la mancanza di un minimo risarcitorio dovuto a titolo di penale), sia a quello successivo, quando invece il rapporto è formalmente ricostituito. Una scelta certamente discutibile, perché dopo la decisione giurisdizionale il danno (e cioè la mancata ricostituzione del vincolo contrattuale e del normale sinallagma lavoro – retribuzione) è sicuramente causato dal datore di lavoro, che si rifiuta di ottemperare alla sentenza. Non si comprende quindi perché il carattere sanzionatorio dell'indennità debba essere depotenziato con la sua riduzione per effetto dei redditi ricevuti o di quelli che si sarebbe potuto percepire. La funzione compulsiva viene in questo caso attenuata e costituisce una forma indiretta di "premio" per chi decide di non eseguire la decisione giurisdizionale.

Il nuovo art. 18, come si è detto, prevede espressamente la deduzione dell'*aliunde perceptum e percipiendum*. Pertanto si è sostenuto che, in questo caso, il giudice dovrebbe procedere d'ufficio alla adozione dei «provvedimenti istruttori» (ai sensi dell'art. 412 c.p.c.). Inoltre dovrebbe considerarsi superato il regime delle preclusioni oggi esistenti, soprattutto per quanto attiene alla deducibilità in appello della questione (MARAZZA, 2012, 617). In senso contrario, si è affermato che non vi è alcun obbligo a carico del giudice e tutto è rimasto immutato per quanto riguarda gli oneri di allegazione e prova, senza che il magistrato possa agire di propria iniziativa (CESTER, 2012b, 556). La questione è molto complessa e non può essere approfondita in questa sede. Il testo della legge fa pensare che la deduzione dei redditi percepiti (o che si sarebbe potuto percepire) è un effetto legale del nuovo art. 18, che consentirebbe al giudice di procedere autonomamente anche senza una domanda di parte. Tuttavia, in relazione alla disposizione preesistente – che già conteneva il riferimento alla reintegrazione ed alla indennità risarcitoria – la giurisprudenza aveva orientamenti diversi, ritenendo che per alcune statuizioni della legge occorre una richiesta espressa, non necessaria in altri casi<sup>1883</sup>. Mi sembra, comunque, che, in base agli orien-

<sup>1882</sup> Cfr., tra le tante, Cass. 18.5.2012 n. 7863 e Cass. 17.11.2010 n. 23226 (che escludono l'onere del lavoratore di farsi carico di provare la circostanza della nuova assunzione dopo il licenziamento per ridurre il danno subito); Cass. 21.9.2012 n. 16076 e Cass. 11.3.2010 n. 5862 e molte altre, che, in relazione all'*aliunde percipiendum*, ritengono sufficiente la mera iscrizione alle liste di collocamento. Mentre Cass. 9.10.2007 n. 21066 afferma che, qualora il lavoratore abbia tempestivamente proposto la domanda giudiziale di annullamento del recesso, la mancata iscrizione nelle liste di collocamento non può essere considerata come una «colpevole inerzia» ai sensi dell'art. 1227 c.c. Si vedano, sul punto, tra gli altri, VALLEBONA, 2012, 60; SANTINI, 2012, 248 ss.; CESTER, 2012a, 36; MARESCA, 2012, 430; GALANTINO, 2012, 240.

<sup>1883</sup> Ad esempio, si è affermato che la reintegra andava disposta anche in assenza di una domanda, come effetto tipico della illegittimità del licenziamento (Cass. 3.6.1997 n. 4921; Cass. 16.11.1991 n. 12294). Tuttavia, si è anche sostenuto che la istanza di risarcimento è autonoma rispetto a quella di ricostituzione del rapporto (Cass. 23.9.1998 n. 9522; Cass. 19.6.1993 n. 6814), tanto che la richiesta di danni non presentata tempestivamente è una modifica inammissibile della domanda (Cass. 19.6.1993 n. 6814). Inoltre, la richiesta di

tamenti giurisprudenziali in tema di art. 421 c.p.c., la necessità di allegazione dei fatti sia insuperabile<sup>1884</sup>. Pertanto, anche se si volesse ritenere che il testo attuale amplia i poteri di intervento del giudice, credo che la deduzione esplicita di voler detrarre dal danno *l'aliunde perceptum e percipiendum* sia indispensabile come presupposto per l'applicazione dei poteri istruttori ai sensi dell'art. 421<sup>1885</sup>.

Il datore di lavoro deve pagare i contributi previdenziali ed assistenziali, maggiorati dei soli interessi legali e senza sanzioni ulteriori, con una disposizione che ha l'unico scopo di «alleggerire l'onere a carico del datore di lavoro» (CESTER, 2012a, 36). In realtà questa regola potrebbe essere razionale soltanto per il periodo antecedente alla sentenza, quando il giudizio sulla legittimità del licenziamento è ancora sospeso e non sarebbe giusto penalizzare oltremodo il datore di lavoro per un comportamento che poteva essere ritenuto conforme alla legge. Mentre, anche in questo caso, non si comprende perché occorra “premiare” chi volontariamente non esegue l'ordine del Tribunale. Gli oneri sociali da corrispondere sono quelli ordinari, ma vanno dedotti i contributi accreditati al lavoratore «in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative»<sup>1886</sup>. La norma, che ha una *ratio* simile a quanto previsto dall'art. 27, c. 2, del d.lgs. 276/2003 per la somministrazione irregolare, ha la finalità di evitare una “doppia contribuzione” per il medesimo periodo temporale ed in conseguenza della sovrapposizione del rapporto originario (che viene ricostituito con la relativa posizione assicurativa) e di quello ulteriore eventualmente svolto durante la estromissione dall'azienda. Anche questa disposizione, sicuramente condivisibile per il tempo antecedente alla sentenza, si espone alle critiche già fatte per quanto attiene al comportamento “inadempiente” del datore di lavoro dopo l'ordine di reintegra.

Il rapporto di lavoro «si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione» (esaminata da CHIECO, in questa Sezione). Si tratta di una ipotesi di risoluzione legale del rapporto per inerzia del lavoratore (Cass. 19.5.2003 n. 7841), che dimostra, con comportamento concludente, di non voler proseguire il rapporto<sup>1887</sup>. Da questo punto di vista la nuova disciplina richiama quanto previsto dal comma 5 dell'art. 18 oggi abrogato e pone delicati problemi interpretativi di coordinamento con l'opzione dell'indennità sostitutiva della reintegra, per i quali rinvio al commento di CHIECO (in questa Sezione).

## 12. Gli effetti del licenziamento illegittimo che estingue il rapporto di lavoro.

Quando sussistono le «altre ipotesi» previste dai c. 5 e 7 (secondo periodo) dell'art. 18, il giudice

---

risarcimento in forma generica obbliga il giudice a liquidare solo le 5 mensilità e non il danno ulteriore (Cass. 26.10.1996 n. 9369; Cass. 17.2.1994 n. 1534).

<sup>1884</sup> In tal senso, tra le tante, Cass. 7.9.2012 n. 14989; Cass. 2.2.2009 n. 2577; Cass. 5.2.2007 n. 2379.

<sup>1885</sup> Per il testo antecedente alla riforma, si veda Cass. 29.8.2006 n. 18687, secondo la quale la richiesta «dell'aliquid perceptum» non è un'eccezione in senso stretto ed il giudice, «quando vi sia stata rituale allegazione dei fatti rilevanti» in materia, può usare i poteri di cui all'art. 421 c.p.c. e «trarne d'ufficio tutte le conseguenze... ai fini della quantificazione del danno subito dal lavoratore ingiustamente licenziato».

<sup>1886</sup> Su tali aspetti cfr. VALLEBONA, 2012, 60 – 61; SANTINI, 2012, 249 – 250; GALANTINO, 2012, 240; TATARELLI, 2012, 451; MARESCA, 2012, 430; CESTER, 2012b, 559; MARAZZA, 2012, 630 – 631; M. T. CARINCI, 2012b, 551.

<sup>1887</sup> Si rinvia a Cass. 6.6.2008 n. 15075 e Cass. 23.4.2008 n. 10526.

«dichiara risolto il rapporto di lavoro» e condanna al pagamento di una «indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata da un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto», liquidata secondo criteri predeterminati dalla legge<sup>1888</sup>. In questo caso, dunque, la reintegrazione è esclusa, con una scelta che rispecchia una visione "patrimoniale" del lavoro che è stata già criticata (v. *retro* § 3). Mi sembra peraltro che la nuova disciplina non sia in contrasto con la Costituzione e le fonti europee, in considerazione della non obbligatorietà della reintegra (v. *retro* § 2). Anche il problema della coerenza del limite minimo e massimo di risarcimento con i principi di deterrenza e proporzionalità del danno è stato esaminato (v. *retro* § 2). E si è già espressa una valutazione sull'entità dell'indennità risarcitoria (v. *retro* § 2 e 4)<sup>1889</sup>.

Il recesso, anche se è illegittimo, risolve il contratto di lavoro, «con effetto dalla data del licenziamento», che dovrebbe quindi prodursi dal momento di ricezione dell'atto scritto. Tuttavia, l'art. 1, c. 41, della l. 92/2012 fa decorrere il recesso «dal giorno della comunicazione» di avvio del procedimento disciplinare o di quello previsto dall'art. 7 della l. 604/1966 e quindi da un tempo antecedente (su quest'ultima disposizione v. DONGHIA, in questa Sezione). Il coordinamento tra le due disposizioni porta alla conclusione che la «data del licenziamento» sia sempre quella prevista dal comma 41.

Una lettura congiunta delle due disposizioni, inoltre, fa ritenere che il lavoratore abbia comunque diritto al preavviso od alla relativa indennità sostitutiva (come prevede l'art. 1, c. 41, della l. 92/2012), che si aggiunge quindi all'indennità risarcitoria prevista dall'art. 18. Il risarcimento del danno è "onnicomprendente" e quindi esclude pregiudizi ulteriori di carattere patrimoniale o non patrimoniale<sup>1890</sup>. Tuttavia, non sono in essa ricompresi gli interessi legali ed il maggior danno da svalutazione monetaria<sup>1891</sup>. Infatti, anche se si tratta di danni economici, essi sono imposti da una norma speciale (l'art. 429, c. 3., c.p.c.) che obbliga al loro pagamento in caso di condanna alla corresponsione di «crediti di lavoro» e, quindi, anche nell'ipotesi prevista dall'art. 18, c. 5 e 7 (secondo periodo)<sup>1892</sup>. La "onnicomprendente", basata sulla formulazione letterale della legge e ricavabile *a contrario* dalla mancanza di una simile disposizione per l'indennità risarcitoria dovuta

<sup>1888</sup> Sull'indennità v. CESTER, 2012a, 37; ID., 2012b, 559 ss.; VALLEBONA, 2012, 56; SANTINI, 2012, 250 – 251; MARESCA, 2012, 431 ss.; MARAZZA, 2012, 631 – 632; FERRARESI, 2012, 262 – 263; TATARELLI, 2012, 453, 456 - 457.

<sup>1889</sup> CESTER (2012a, 37; ID., 2012b, 560), ritiene che, quando venga riconosciuta una somma vicina al massimo «non si può ritenere "svenduto" il rapporto di lavoro e il bene occupazione...», perché la «copertura assicurata in futuro non sarà molto diversa da quella che in base al testo originario può ottenere un lavoratore che abbia trovato una nuova occupazione in tempi ragionevoli e che per questo opti per l'indennità sostitutiva della reintegrazione». Un ragionamento condivisibile se si trova in effetti una nuova occupazione e si intenda rinunciare alla reintegrazione. Mentre la situazione cambia radicalmente in caso di disoccupazione e di volontà di essere reintegrati (per svariate ragioni, incluso anche il fatto che l'impresa di appartenenza ha una solidità economica non facilmente reperibile nell'area economica di riferimento). Senza dimenticare il diverso "peso" che gli importi previsti dall'art. 18 assumono in relazione alla potenzialità economica dell'impresa (v. *retro* § 4).

<sup>1890</sup> Conf. VALLEBONA, 2012, 56, che peraltro ritiene non siano ricompresi i danni da licenziamento ingiurioso. Tuttavia, il fatto generatore del pregiudizio è sempre il recesso e non vedo, quindi, come sia possibile riconoscere un danno non patrimoniale ulteriore a fronte della "onnicomprendente" della indennità. Mi sembra invece ragionevole ritenere che l'ingiuriosità del licenziamento «costituisce parametro rilevante per la massima quantificazione» (TATARELLI, 2012, 453). Il carattere "onnicomprendente" dell'indennità è riconosciuto da tutti gli autori che hanno analizzato il problema (v. *retro* nt. 160).

<sup>1891</sup> In senso dubitativo, MARAZZA, 2012, 631.

<sup>1892</sup> Interessi e rivalutazione, in sostanza, trovano fondamento in una diversa disposizione di legge rispetto all'art. 18 e quindi si aggiungono all'indennità onnicomprensiva.

in caso di reintegrazione (v. *retro* § 11), potrebbe essere eccessivamente penalizzante per il lavoratore e pone anche problemi di costituzionalità<sup>1893</sup>. È vero, infatti, che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale» (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)» (C. Cost. 9.9.2011 n. 303, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 9). Tuttavia, la stessa Corte – che ha esaminato la questione in rapporto all'art. 32, c. 5. della l. 183/2010 – ha indirettamente ritenuto che l'indennità "onnicomprensiva" di 12 mensilità escludesse risarcimenti di altra natura ed ha espressamente affermato che essa era legittima in quanto vi era la conversione del contratto a termine in uno a t. indeterminato<sup>1894</sup>. Mentre, in questo caso, il rapporto si risolve e, quindi, l'esclusione di danni patrimoniali ulteriori (alcuni a fondamento anche costituzionale, come quello biologico) potrebbe costituire una ipotesi di "inadeguatezza" del risarcimento.

L'indennità è di carattere risarcitorio "puro" ed il datore di lavoro non è tenuto al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, come nel caso delle somme dovute quando vi è la ricostituzione del rapporto di lavoro (SANTINI, 2012, 251; MARESCA, 2012, 432; M. T. CARINCI, 2012a, 552; TATARELLI, 2012, 453). La formulazione letterale della legge ed il confronto con il comma 4 dell'art. 18 in caso di reintegra confermano questa interpretazione. Mentre, per quanto attiene ai profili fiscali, le somme saranno soggette a tassazione separata ai sensi dell'art. 17 del D. P. R. n. 917/1986, analogamente a quanto la giurisprudenza ha previsto per l'indennità prevista dal ccnl dei dirigenti industriali in caso di licenziamento<sup>1895</sup>. L'indennità è commisurata alla «ultima retribuzione globale di fatto». In questo caso valgono i principi già esaminati (v. *retro* § 11). Tuttavia, poiché il licenziamento ha effetto interruttivo del rapporto, non possono essere computati gli incrementi retributivi, anche aziendali, maturati nel tempo intercorso tra licenziamento e sentenza di condanna. In questo caso, la remunerazione da prendere in considerazione è quella esistente al momento in cui il contratto è cessato. Altrimenti si obbligherebbe il datore di lavoro a corrispondere importi che il lavoratore non... avrebbe mai maturato a seguito della definitiva estromissione dal posto di lavoro.

La liquidazione della indennità, che non può essere inferiore al minimo (dovuto «anche in assenza totale di danno o in caso di danno comunque inferiore») <sup>1896</sup> né può superare il massimo (SANTINI, 2012, 250), è rimessa alla discrezionalità del giudice, che è peraltro vincolato da parametri definiti dalla legge e deve motivare perché, in base ad essi, ha condannato al pagamento di una determinata somma. In questo caso, dunque, non vi è la evidente "irragionevolezza" della disposizione

<sup>1893</sup> Questa possibilità è invece esclusa da VALLEBONA (2012, 56), perché «la tutela reale non è mai costituzionalmente obbligata». Ma la coerenza con la Costituzione può essere messa in dubbio per le ragioni ulteriori indicate nel testo. Dubita della costituzionalità anche M. T. CARINCI, 2012a, 551, nt. 116.

<sup>1894</sup> Le conclusioni della Corte sono anche giustificate dal fatto che, nell'ipotesi da essa esaminata, «non v'è stata medio tempore alcuna prestazione lavorativa» (9).

<sup>1895</sup> L'applicazione della tassazione separata è sostenuta, per i dirigenti, da Cass. 16.2.2012 n. 2196; Cass. 25.1.2010 n. 1349; Cass. 12.1.2009 n. 360. Infatti l'art. 17, c. 1, lettera a), del D. P. R. n. 917/1986 assoggetta a questa forma di imposizione fiscale le «somme percepite una volta tanto in dipendenza della cessazione» dei rapporti di lavoro subordinato. E mi sembra che tale indennità, oltre a poter ricomprendere anche parte delle retribuzioni non percepite (soggette ad imposta ai sensi dell'art. 6, c. 2, del D.P.R. 917/1986), sia comunque rientrante nell'ambito di applicazione di questa disposizione.

<sup>1896</sup> VALLEBONA, 2012, 56; CESTER, 2012a, 37; ID., 2012b, 560; MARESCA, 2012, 432.

(come nel caso della reintegra “facoltativa” in caso di licenziamento per gmo) (v. *retro* § 10) e, quindi, non si pone il problema di una sua potenziale incostituzionalità per violazione dell’art. 3 Cost.

I criteri previsti dall’art. 18 sono analoghi a quelli stabiliti dall’art. 8, c. 1, della l. 604/1966, dall’art. 30, c. 3, e dall’art. 32, c. 5, della l. 183/2010. La legge sembra privilegiare il riferimento alla «anzianità del lavoratore» rispetto agli altri elementi presi in considerazione, anche se ovviamente non sarebbe possibile valutare soltanto il periodo di servizio<sup>1897</sup>. Per quanto attiene al contratto a termine, la Corte costituzionale ha confermato la legittimità di questi parametri e ne ha anche spiegato il contenuto, sostenendo che «la normativa in esame... consente di calibrare l’importo dell’indennità da liquidare in relazione alle peculiarità delle singole vicende, come la durata del contratto a tempo determinato (evocata dal criterio dell’anzianità lavorativa), la gravità della violazione e la tempestività della reazione del lavoratore (sussumibili sotto l’indicatore del comportamento delle parti), lo sfruttamento di occasioni di lavoro (e di guadagno) altrimenti inattuabili in caso di prosecuzione del rapporto (riconducibile al parametro delle condizioni delle parti), nonché le stesse dimensioni dell’impresa (immediatamente misurabili attraverso il numero dei dipendenti)» (C. Cost. 9.9.2011 n. 303, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 10). Tali considerazioni, con qualche adattamento, sono sicuramente estensibili anche ai c. 5 e 7 dell’art. 18.

Per quanto riguarda il licenziamento disciplinare vi è anche il criterio delle «dimensioni dell’attività economica» - che attiene al profilo della sostenibilità dei costi connessi al licenziamento (preso in considerazione indirettamente anche dal numero di lavoratori occupati)<sup>1898</sup>. Mentre, per il recesso per gmo, a parte le iniziative per la ricerca di una nuova occupazione (che la Corte costituzionale aveva già preso in considerazione in rapporto alle «condizioni delle parti»), è stato aggiunto anche il riferimento all’atteggiamento tenuto «nell’ambito della procedura di cui all’articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604». In questo caso, si vuole verificare lo sforzo che i soggetti coinvolti hanno fatto nel trovare una soluzione conciliativa, penalizzando eventualmente la “irragionevolezza” di comportamenti che, per eccessiva rigidità o inadeguatezza delle proposte discusse, hanno reso impossibile una conciliazione. Comunque è plausibile ritenere che «quanto maggiore è l’anzianità maturata dal lavoratore, quanto più consistenti sono l’organico e il volume di affari dell’impresa, tanto più alta sarà la determinazione dell’indennità» (FERRARESI, 2012, 263). Anche se il «comportamento» del datore di lavoro ed in particolare la “debolezza” della causale di licenziamento dovrebbe, insieme all’anzianità di servizio, costituire uno dei parametri fondamentali di graduazione dell’entità dell’indennità.

### 13. Conclusioni.

La riforma dei licenziamenti, come si è visto, esprime l’adesione ad una ortodossia economica ed è stata quale misura «imposta» dall’Unione Europea in conseguenza della grave crisi del debito

<sup>1897</sup> Infatti, la disposizione afferma che l’indennità è liquidata «in riferimento» alla anzianità, mentre degli altri criteri il giudice deve «tenere conto» (MARESCA, 2012, 431; CESTER, 2012a, 37; ID., 2012b, 561; SANTINI, 2012, 250; FERRARESI, 2012, 263), a riprova, peraltro, che il giudice deve utilizzare tutti i parametri ed il periodo di servizio è solo quello principale.

<sup>1898</sup> Secondo CESTER (2012a, 37; ID., 2012b, 561) questo criterio dovrebbe ricomprendere anche una valutazione sul «tasso di tecnologia», che in effetti può incidere sui volumi produttivi e sulle potenzialità economiche dell’impresa.

sovranità nazionale. Alla luce delle elaborazioni teoriche e dei dati empirici esistenti, gli effetti positivi su quantità e qualità dell'occupazione sono fortemente discutibili ed analoghe perplessità solleva la lettura in chiave esclusivamente economica delle regole in materia di flessibilità in uscita. Non vi è dubbio, comunque, che la nuova disciplina agevola i licenziamenti, anche se non nella misura auspicata in alcuni primi commenti. Con essa «il Governo ci fa capire che in gioco non c'è solo un problema di costi, ma anche un problema di potere»<sup>1899</sup> che viene ridistribuito a favore delle imprese, anche se non mancano elementi positivi come la (auspicata) velocizzazione dei tempi processuali.

Nell'ambito di una analisi che considera la reintegra come ipotesi eccezionale, ed il risarcimento come la nuova regolamentazione generale della materia, si chiede alla giurisprudenza di seguire questa «inequivoca volontà del legislatore»<sup>1900</sup>. In realtà si è cercato di dimostrare che la riforma non consente di raggiungere conclusioni così assiomatiche. Mi sembra comunque evidente che la giurisprudenza sarà chiamata ad un compito importantissimo di attuazione della riforma. Il mio auspicio è che i giudici, pur in un contesto di indiscutibile maggiore libertà di licenziamento, interpretino la normativa considerando i «vincoli di sistema» delineati anche dalla Costituzione e dall'ordinamento europeo e delineino indirizzi interpretativi che tengano conto non solo dell'analisi costi benefici (tipici della *law and economics*) ma anche dei valori fondamentali che caratterizzano il contratto di lavoro.

#### Riferimenti bibliografici.

Alleva P. (2012). Proposta di emendamenti al ddl sul mercato del lavoro, in particolare in tema di flessibilità in uscita. *www.dirittisocialiecittadinanza*, 17 aprile 2012, p. 1 ss.

Artoni R., D'Antoni M., Del Conte M., Liebman S. (2006). Employment Protection Systems and Welfare State Models: A Comparative Study. In: Legal Studies Research Paper Series, Research paper n. 6/2011. <http://ssrn.com/abstract=895095>, p. 1 ss.

Bobbio N. (1968). Analogia. *NNDI*, IX. Torino: Utet, p. 601 ss.

Caiani L. (1958). Analogia. *Enc. dir.*, II. Milano: Giuffrè, p. 348 ss.

Calcaterra L. (2009). *La giustificazione oggettiva del licenziamento, tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*. Napoli: Editoriale Scientifica.

Cannati G. (2012). Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro. *DLRI*, p. 129 ss.

Carinci F. (2012a). *Il licenziamento inefficace*. In: Carinci F., Miscione M. (a cura di). Commentario alla Riforma Fornero. Milano: Ipsoa, p. 72 ss.

Carinci F. (2012b). Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro. *LG*, 6, p. 529 ss.

Carinci F. (2012c). Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012). Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro. *www.csdle.lex.unict.it*, (di prossima pubblicazione *ADL*, n. 4 – 5), p. 1 ss.

<sup>1899</sup> LISO, 2012, 2. La «dimensione del potere», tra l'altro è connaturata «ad ogni atto di licenziamento» (M. T. CARINCI, 2012a, 538, nt. 45).

<sup>1900</sup> ICHINO, 2012, 22.

- Carinci M. T. (2012a). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e *flexicurity* “all’italiana” a confronto. *DLRI*, p. 527 ss.
- Carinci M. T. (2012b). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi. Relazione al XVII Congresso nazionale AIDLASS, Il Diritto del Lavoro al tempo della Crisi, Pisa (7 – 9 giugno 2012), p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Celotto A. (2003). Il controllo di eguaglianza sulle leggi in Italia, Relazione all’Università di Siviglia (dattiloscritto). [www.congreso.us.es](http://www.congreso.us.es), p. 1 ss.
- Celotto A. (2006). *Art. 3, 1° co., Cost.* In: Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di). Commentario alla Costituzione. Torino: Utet, p. 65 ss.
- Cester C. (2012a). *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*. In: Carinci F., Miscione M. (a cura di). Commentario alla Riforma Foriero. Milano: Ipsoa, p. 30 ss.
- Cester C. (2012b). Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni. *ADL*, p. 547 ss.
- Cnel (2005). *Rapporto sul mercato del lavoro 2004*. Roma, p. 113 ss.
- Contini B., Trivellato U. (2005). *Eppur si muove. Dinamiche e persistenze nel mercato del lavoro italiano*. Bologna: Il Mulino.
- Corte costituzionale (2009). Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008. Servizio Studi Corte Costituzionale. [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), p. 1 ss.
- De Giovanni B. (1958). *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*. Napoli: Jovene.
- Dell’Aringa C. (2011). Seminario sulla flessibilità in uscita, *Il diario del lavoro*, 30 settembre 2011. <http://www.ildiariodellavoro.it>, p. 1 ss.
- Dell’Aringa C. (2012). *La riforma del lavoro: aspetti economici*. In: Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di). La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92. Milano: Giuffrè, p. 42 ss.
- Di Majo A. (2001). *La tutela civile dei diritti*. Milano: Giuffrè.
- Dipartimento del Tesoro – Fondazione G. Brodoloni (2012). Treasury – Dynamic Microsimulation Model, Innovative Datasets and Models for Improving Welfare Policies, Handout, Roma, 26 Gennaio 2012, p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Diritto & Lavoro (2012). Le leggi degli altri. Quadro comparato della disciplina dei licenziamenti nei paesi UE. Supplemento a Diritto & Lavoro. [www.unisin.it](http://www.unisin.it), p. 1 ss.
- Di Stasi S. (2009). Lo scarso rendimento come presupposto del recesso datoriale per giustificato motivo soggettivo: prova della negligenza del lavoratore in chiave presuntiva. *RIDL*, II, p. 862 ss.
- Ferraresi M. (2012). *Il licenziamento per motivi oggettivi*. In: Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di). La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92. Milano: Giuffrè, p. 256 ss.
- Galantino M. L. (2012). *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali: le modifiche all’art. 18 dello statuto dei lavoratori*. In: Pellacani G. (a cura di). Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92. Milano: Giuffrè, p. 231 ss.

- Guastini R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- Ichino P. (2003). Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento. *RIDL*, II, p. 694 ss.
- Ichino P. (2011a). *Inchiesta sul lavoro*. Milano: Mondadori.
- Ichino P. (2011b). Una lettura errata dei dati Istat nel dibattito sulle cause del precariato. <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- Ichino P. (2012). La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori - Relazione al Convegno Nazionale del Centro Studi «Domenico Napoletano» tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro. <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- Kugler A., Pica G. (2008). Effects of employment protection on worker and job flows: Evidence from the 1990 Italian reform. *Labour Economics*, 15, 2008, p. 94.
- Leonardi M. (2012). L'indennità nell'incertezza, *La voce*, 27 marzo 2012. <http://www.lavoce.info>, p. 1 ss.
- Liso F. (2012). Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero. Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro. [www.csdle.lex.unict.it](http://www.csdle.lex.unict.it), p. 1 ss.
- Magnani M. (2012a). *Genesi e portata di una riforma del lavoro*. In: Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di). *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 3 ss.
- Magnani M. (2012b). *La riforma del mercato del lavoro (dattiloscritto)*, p. 1 ss.
- Magrini S. (2012). *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*. *ADL*, p. 535 ss.
- Marazza M. (2012). *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*. *ADL*, p. 612 ss.
- Maresca A. (2012). *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*. *RIDL*, I, p. 415 ss.
- Maresca A., De Luca Tamajo R. (2012). *Più contratto, meno giudici*, *Il Sole 24Ore*, 17 aprile 2012. [www.ilsole24ore.com](http://www.ilsole24ore.com).
- Mazzamuto S. (2004). *Un'introduzione al mobbing*. In: Tosi P. (a cura di). *Il mobbing*. Torino: Giappichelli, 2004, 23 ss. e nt. 45.
- Mazzamuto S. (2007). *Ancora sul mobbing*. In: Aa.Vv. *Il danno alla persona del lavoratore*. Milano: Giuffrè, p. 211 ss.
- Nogler L. (2007). *La disciplina dei licenziamenti individuali*. *DLRI*, p. 593 ss.
- Nogler L. (2012). *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*. *DLRI*, p. 665 ss.
- OECD (2004). *OECD Employment Outlook*, Paris.
- Orlandini G. (2012). *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*. *DLRI*, p. 623 ss.

- Pagni I. (2004). *Tutela specifica e tutela per equivalente*. Milano: Giuffrè.
- Pagni I. (2005). Diritto del lavoro e tecniche di tutela: problemi e prospettive. *RIDL*, I, p. 489 ss.
- Pellacani G. (2012). *Gli obiettivi della riforma e le caratteristiche generali dell'impianto normativo*. In: Pellacani G. (a cura di). *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 1 ss.
- Peragine V., Fabrizi E., Raitano M. (2013). *Flessibilità e lavoro: maggiori restrizioni in entrata versus minori vincoli in uscita*. In: Chieco P. (a cura di). *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92, p. 1 ss.* (dattiloscritto).
- Perulli A. (2005). Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro. *DLRI*, p. 6 ss.
- Perulli A. (2012a). *Efficient breach*, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna, di prossima pubblicazione in *RGL* (dattiloscritto), p. 1 ss.
- Perulli A. (2012b). Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. Lav. *Ratio* ed aporie dei concetti normativi, di prossima pubblicazione in *ADL*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- Perulli A., Speziale V. (2011). L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del Lavoro. *CSDLE.It*, 132, p. 1 ss.
- Proto Pisani A. (2004). *Note sulla tutela civile dei diritti*. In: Barbieri M., Macario F., Trisorio Liuzzi G. (a cura di). *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, p. 40 ss.
- Reyneri E. (2006). Luoghi comuni e problemi reali del mercato del lavoro italiano. *DLM*, p. 2
- Reyneri E. (2011). *Sociologia del mercato del lavoro*, I. Bologna: Il Mulino.
- Santini F. (2012). *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*. In: Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di). *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 236 ss.
- Sorrentino F. (2011). *Eguaglianza*. Torino: Giappichelli.
- Speziale V. (2004). *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*. In: Barbieri M., Macario F., Trisorio Liuzzi G. (a cura di). *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, p. 87 ss.
- Speziale V. (2008). La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative. *DLRI*, p. 613 ss.
- Speziale V. (2012). La riforma del licenziamento tra diritto ed economia. *RIDL*, I, p. 521 ss.
- Tatarelli M. (2012). *Il licenziamento individuale e collettivo*. Padova: Cedam.
- Tealdi C. (2012). La flessibilità non ferma il sommerso, *La voce.it*, 8 maggio 2012. <http://www.la-voce.it>, p. 1 ss.
- Teubner G. (1999). *Diritto policontesturale*. Napoli: La città del sole.

Topo A. (2012). *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*. In: Carinci F., Miscione M. (a cura di). *Commentario alla Riforma Fornero*. Milano: Ipsoa, p. 62 ss.

Tremolada M. (2012). *Il licenziamento disciplinare nell'art. 18 stat. Lav.* In: Carinci F., Miscione M. (a cura di). *Commentario alla riforma Fornero (legge n. 92/2012 e legge n. 134/2012)*. Milano: Ipsoa, p. 49 ss.

Treu T. (2012a). *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*. In: Magnani M., Tiraboschi M. (a cura di). *La nuova riforma del lavoro – Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Milano: Giuffrè, p. 22 ss.

Treu T. (2012b). *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*. *CSDLE.It*, 155, p. 1 ss.

Vallebona A. (2012). *La riforma del lavoro 2012*. Giappichelli: Torino.

Verde G. (2001). *Attualità del principio «nulla executio sine titulo»*. In: Aa.Vv. *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 60 ss.