

Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e *nuovo*  
sistema sanzionatorio contro i licenziamenti *illegittimi*:  
tra legge delega e legge delegata\*

Michele De Luca

1. Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti: da uno *storico monito* della Corte costituzionale al contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23). 424
2. Dalla *legge Fornero* al *contratto a tutele crescenti*: tra continuità ed innovazione. 430
3. Riforma in materia di tipologie contrattuali: *ratio* e *principi direttivi* della riforma. 432
4. Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e *nuovo* sistema sanzionatorio contro i licenziamenti *illegittimi*: tra *legge delega* e *legge delegata*. 434

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 251/2015

## 1. Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti: da uno storico monito della Corte costituzionale al contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23).

La collocazione del *contratto di lavoro a tutele crescenti* – nel processo evolutivo del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti – risulta, all'evidenza, funzionale alla definizione del *verso* che ne risulta impresso allo stesso processo.

Nel contempo consente, tuttavia, di riscoprire principi e valori – che hanno *governato* quella evoluzione – anche per apprezzarne l'attuale *validità*.

**1.1.** In principio, è uno storico monito della Corte costituzionale: una sorta di mito fondativo del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi.

Ne ispira la *fondazione*, appunto, e concorre ad ispirarne la evoluzione diacronica, che risulta affidata, essenzialmente, al fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore.<sup>1257</sup>

E ad integrare, nel contempo, il parametro di valutazione del *cammino a ritroso*<sup>1258</sup>, che – al nostro sistema di tutela – è stato impresso dalla riforma della *tutela reale* immediatamente precedente (legge n. 92 del 2012)<sup>1259</sup> e risulta proseguito dalla disciplina in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23).

Si tratta, quindi, di ripercorrere – in sintesi – la *storia del passato*, per attingervi elementi utili alla *lettura* del presente e delle prospettive.<sup>1260</sup>

**1.2.** Correva l'anno 1965.

La Corte costituzionale<sup>1261</sup> aveva già espunto – dal novero dei *principi fondamentali*, che limitano

<sup>1257</sup> Vedi M. DE LUCA, *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, 1991, spec. capitolo primo; ID, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, Riv. It. dir. lav. 2013, I, 1ss., spec. § 6; ID, *Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della Corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012): principi per una lettura della riforma conforme a costituzione*, in S. BRUSATI, E. GRAGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario « in onore di Michele De Luca », organizzato dalla Università di Parma – Dipartimento giurisprudenza (Parma, Aula magna, 19 aprile 2013), *Quaderno di Argomenti di diritto del lavoro* n. 12, Padova, CEDAM, 2014, 109 ss..

<sup>1258</sup> Vedi F. MANCINI, Commento dell'art. 4 Cost., in Commentario della Costituzione a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 232 ss., spec. 240 ss.

<sup>1259</sup> Vedi, per tutti, M. DELUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, RIDL, 2013, I, 3 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori – che costituisce lo sviluppo del (suo) pensiero, riprendendo ed ampliando quanto già scritto in saggi precedenti* – in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 172/2013 e in corso di pubblicazione su ADL, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>1260</sup> Vedi M. DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in ADL 2013, I, 1345; ID, *Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi da uno storico monito della Corte costituzionale alla recente riforma della tutela reale (legge n. 92 del 2012): principi per una lettura della riforma conforme a costituzione*, cit.

<sup>1261</sup> Vedi Corte cost. n. 7 del 1958, in Foro it., 1958, I, 844.

la potestà legislativa delle regioni (anche) a statuto speciale<sup>1262</sup> – la *recedibilità ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.).

Veniva ora chiamata a scrutinarne la compatibilità con la garanzia costituzionale del *diritto al lavoro* (art. 4 Cost.).

### 1.3. La pronuncia fu di rigetto.<sup>1263</sup>

E riposa sulla *ratio decidendi* seguente:

*“L’art. 4 Cost., come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di una occupazione” – argomentava, infatti, la Corte a sostegno del rigetto della questione di costituzionalità dell’art. 2118 c.c. (12) – “così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico necessario presupposto”.*

### 1.4. Tuttavia la motivazione – significativamente richiamata in dispositivo, quale *limite* della pronuncia di rigetto – reca un *monito* al legislatore del tenore letterale seguente:

*“la garanzia costituzionale (art. 4) del “diritto al lavoro” esige che il legislatore, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principî fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell’ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tenere conto anche nell’interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti”.*

### 1.5. All’evidenza, non pare revocabile in dubbio che il legislatore sia stato *“stimolato ad agire dalla citata sentenza del 1965 – ambigua quanto si vuole, ma decisiva nella storia del nostro diritto del lavoro”*<sup>1264</sup> – nell’introdurre, appena un anno dopo, la tutela c.d. «obbligatoria» (l. 604/66) e, quattro anni più tardi, la tutela c.d. «reale» (art. 18, 35 l. 300/70) contro i licenziamenti individuali, pur conservando, tuttavia, un’area residuale di *recedibilità ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.).

<sup>1262</sup> Sui principî generali dell’ordinamento giuridico dello Stato, quali limiti alla potestà legislativa delle regioni ad autonomia differenziata, oltre a Corte cost. n. 7 del 1958, cit., vedi: M.DE LUCA, *Il lavoro nel diritto regionale: tra statuto della regione siciliana e recenti modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (note minime)*, in Foro it., 2002, V, 260, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; ID., *Il lavoro nel diritto regionale: recenti modifiche del titolo quinto della parte seconda della costituzione e regioni a statuto speciale*, in Dir.Lav., 2003, n.3, I, 199; ID., *Fonti di diritto regionale del lavoro*, Padova, 1988; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, CEDAM, 2005, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; S. BARTOLE, *Commento dell’art. 116 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1985, 107.

<sup>1263</sup> Vedi Corte cost. n. 45 del 1965, in Foro it., 1965, I, 1118.

<sup>1264</sup> Il rilievo è di MANCINI, op. cit., 239.

Anche a voler prescindere dall'efficacia vincolante per il legislatore – che connota, quantomeno sul piano politico, qualsiasi pronuncia della Corte costituzionale<sup>1265</sup> – non può sfuggire, infatti, la coerenza dell'intervento legislativo con il «monito» della corte.

L'introduzione del principio di «giustificazione» del licenziamento individuale – sia pure limitatamente all'«area delle tutele» – attuava, infatti, quelle «doverose garanzie» e quegli «opportuni temperamenti» auspicati dalla Corte (e realizzava ope legis, sia detto per inciso, un risultato sostanzialmente equipollente a quello perseguito, in dottrina, attraverso la «lettura costituzionale» dell'art. 2118 c.c. o la c.d. «concezione causale» del licenziamento)<sup>1266</sup>.

La nullità del licenziamento discriminatorio – prevista sin dal primo intervento del legislatore (art. 4 l. 604/66) – attuava, poi, quella garanzia, che la stessa corte auspicava – «particolarmente» – per la tutela della libertà sindacale, politica e religiosa: la *nullità dei licenziamenti discriminatori* e la continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro – che ne consegue – costituisce, all'evidenza, una tutela più intensa rispetto alla *tutela obbligatoria* introdotta contestualmente.

Il «seguito» legislativo – al primo *monito* della Corte costituzionale – non ne esauriva il fecondo «dialogo» con il legislatore<sup>1267</sup>, che – in tema di licenziamento – risulta successivamente intensificato ed esteso alla giurisprudenza ordinaria.<sup>1268</sup>

Alla *generalizzazione* della *giustificazione* dei licenziamenti individuali (ai sensi della legge 11 maggio 1990, n. 108), tuttavia, concorre – con i *moniti* della Corte costituzionale – l'*intenzione del legislatore* di *bloccare* il referendum abrogativo volto, sostanzialmente, a *generalizzare* la tutela reale, rimuovendo ogni limite al campo di applicazione.<sup>1269</sup>

**1.6.** L'intensificazione progressiva della *tutela* contro i licenziamenti – che ne aveva connotato l'evoluzione diacronica, in uno con la estensione del campo d'applicazione – subisce un brusco *cammino a ritroso* con la riforma della *tutela reale* (di cui alla legge n. 92 del 2012).<sup>1270</sup>

<sup>1265</sup>Sul rapporto tra pronunce (anche «monitorie») della Corte costituzionale ed interventi «conseguenziali» del legislatore, vedi, per tutti: A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988; ID., *Storia di un «falso» - L'efficacia «inter partes» delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari. Laterza. 2012, *passim*.

<sup>1266</sup>Sulla «lettura costituzionale» dell'art. 2118 c.c. – proposta in dottrina, sin dagli anni '50 del secolo scorso – vedi, per tutti, la ricostruzione di F. MANCINI, *Commento dell'art. 4 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 232. A conclusioni sostanzialmente analoghe, tuttavia, sembra pervenire la c.d. «concezione causale» del licenziamento: v. A. CESSARI, «lura» e «leges nella disciplina dei licenziamenti individuali», in *Riv. dir. lav.*, 1979, I, 105.

<sup>1267</sup>Sul carattere «dialogico» del c.d. diritto giurisprudenziale, vedi, per tutti, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975, 465 ss.

<sup>1268</sup>Vedi, per tutti, M. DE LUCA; *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, Giuffrè, 1991, *capitolo I*.

<sup>1269</sup>Vedi M. DE LUCA M., *Licenziamenti individuali nelle «piccole imprese»: la nuova legge «blocca» il referendum* (Nota a Cass. uff. centr. referendum, [ord.], 21 maggio 1990, Comitato promotore referendum abrogativo art. 35 l. 300/70), in *Foro it.*, 1990, I, 1875.

<sup>1270</sup>Vedi, per tutti, M. DELUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Ripensando il «nuovo» articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

E ben vero, infatti, che la *tutela reale* (di cui all'articolo 18 S, nel testo originario) non solo è rimasta immutata per i licenziamenti *discriminatori*, ma risulta esplicitamente estesa ad altri licenziamenti *nulli* (commi 1-3 dello stesso articolo 18 SL *novellato*), compresi quelli che, in precedenza, davano luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro.<sup>1271</sup>

Per gli altri *licenziamenti illegittimi*, tuttavia, la *tutela* è stata ridimensionata.<sup>1272</sup>

Ne risulta, così, riproposta la differenza di *tutela* – tra *licenziamenti discriminatori*, appunto, ed altri *licenziamenti illegittimi* – che aveva connotato – in sostanziale coerenza con lo *storico monito* della Corte costituzionale (ricordato in apertura) – la stagione (1966-1970) e, successivamente, l'area della tutela obbligatoria (vedi *retro*).

Il ridimensionamento della *tutela reale* per i *licenziamenti illegittimi* diversi da quelli *discriminatori* (o ad essi equiparati) – previsto dalla riforma (di cui alla legge n. 92 del 2012) – risulta confermato ed intensificato dalla disciplina in materia di *contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti* (decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23).

Inesorabilmente prosegue, pertanto, il prospettato *cammino a ritroso*.<sup>1273</sup>

**1.7.** Eppure “*la liceità di un suo cammino a ritroso*” era stata ritenuta “*per lo meno controversa*”, sebbene, allora, sarebbe stato “*probabilmente condannato all’insuccesso*”, dati i “*rapporti di forza tra i grandi aggregati sociali e politici*”.

Infatti, ponendo l'articolo 18 dello statuto dei lavoratori, il legislatore “*non ha fatto che adempiere un preciso dovere*” (prescrittogli dall'articolo 4 della costituzione), cioè – “*per usare il più guardingo linguaggio della Corte costituzionale – “circondare di doverose garanzie (...) e di opportuni temperamenti i casi in cui si rende necessario far luogo a licenziamenti (Corte cost. n. 45/65)”*”.<sup>1274</sup>

Il rilievo risulta, tuttavia, trascurato – forse perché non prospettato – dalla Corte costituzionale.<sup>1275</sup>

Infatti – negando la *costituzionalizzazione* della *tutela reale*, nella sentenza di *ammissibilità* della richiesta di referendum abrogativo della disposizione che ne reca la previsione (art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300, come modificato dall'art. 1 l. 11 maggio 1990 n. 108, secondo la riformulazione del *quesito referendario*, proposta dall'ufficio centrale per il referendum, costituito presso la

<sup>1271</sup> La nullità dava luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro, ad esempio, nei casi di licenziamento per causa di matrimonio oppure in periodo di divieto per gravidanza o puerperio: vedi, per tutte, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305 (Foro it. 2010, I, 103, con nota di richiami, alla quale si rinvia) e, rispettivamente, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620 (ID, 2007, I, 1453, con nota di richiami, alla quale si rinvia).

<sup>1272</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., passim.

<sup>1273</sup> Sul punto, vedi, per tutti, F. CARINCI, *Il tramonto dello statuto dei lavoratori (dalla legge n. 300/1970 al Jobs act)*, CSDLE Newsletter n. 5/2015.

<sup>1274</sup> Vedi G.F. MANCINI, *Commento dell'articolo 4 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *commentario della Costituzione, Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, 199, ss., spec.240 ss.

<sup>1275</sup> Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in Foro it. 2000, I, 1401, con nota di M. DE LUCA, *Tutela reale contro i licenziamenti e referendum: dieci anni dopo*.

Corte di cassazione, con ordinanza del 7-13 dicembre 1999)<sup>1276</sup> – ha sostanzialmente escluso, sia pure in forma implicita, che *“la liceità di un suo cammino a ritroso sarebbe per lo meno contro-versa”*.

Peraltro la garanzia della *carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (di cui all'articolo 30, paragrafo 1, *trattatizzato* ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE) copre il diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*.

Non si estende, però, alla *tutela reale*, che resta, quindi, affidata – alla *discrezionalità* del nostro legislatore ordinario – anche nel vigore della *Carta*.<sup>1277</sup>

**1.8.** Tuttavia il *cammino a ritroso* – impresso, dalle riforme, alla *tutela reale* (di cui alla legge Fornero ed al decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.) – non incide sull'obbligo di *giustificazione* dei licenziamenti, che peraltro risulta ora garantito dalla *Carta*.

In altri termini – anche dopo le riforme – *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta (...) o per giustificato motivo”* (ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 604 del 1966, in relazione all'articolo 2119 c.c. e dall'articolo 3 della stessa legge).

E la prospettata garanzia della *Carta* rende il diritto dei lavoratori – alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* – insuscettibile di qualsiasi *cammino a ritroso*.

Non può essere trascurato, invero, che si tratta di disposizione dotata di *efficacia diretta*, anche *orizzontale*.<sup>1278</sup>

Il contenuto normativo – immediatamente precettivo – si coniuga, in tale prospettiva, con la tipologia della fonte.

I principi della *Carta*, infatti, hanno lo *stesso valore giuridico del trattato* (arti. 6 TUE).<sup>1279</sup>

<sup>1276</sup> Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

<sup>1277</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 5.

<sup>1278</sup> Vedi M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 211/2014 ed in LPA, 2013, n. 6, I, 941 ss., spec. § 1.8 e note 19-22, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori di dottrina e giurisprudenza.

<sup>1279</sup> È ben vero, altresì, che la *Carta sociale europea* (art. 24, *Diritto ad una tutela in caso di licenziamento*) sancisce testualmente: *“Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere: a. il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio; b. il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione. A tal fine, le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale”*. Tuttavia, *“per le fonti convenzionali di diritto internazionale – quale, appunto, la Carta sociale europea – la giurisprudenza costituzionale (vedi Corte cost. nn. 349 e 348 del 2007, Foro it., 2008, I, 39; 11 marzo 2011, n. 80, Giur. Cost. 2011, 1224 ed, ivi, riferimenti ulteriori alle sentenze 39/08, Foro it., 2008, I, 1037; 311/09 e 317/09, id., 2010, I, 1073 e 359) pare consolidata nel senso che le norme – prodotte da tali fonti – integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale (di cui all'art. 117, 1° comma, Cost.), nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. In tale prospettiva – ove si profili un (eventuale) contrasto fra norma interna e norma di diritto internazionale convenzionale – il giudice comune deve, innanzitutto, verificare la praticabilità di un'interpretazione della prima in senso conforme alla seconda.*

**1.9.** La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, offre elementi ulteriori per l'interpretazione –*conforme a costituzione*<sup>1280</sup> – delle riforme più recenti in materia di tutela contro i licenziamenti (di cui alla legge n. 92 del 2012 ed al decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.).

**1.10.** Intanto il *dualismo delle tutele*, contro il licenziamento illegittimo, tra lavoratori *protetti* e lavoratori *non protetti* – prodotto dal *regime statutario* – ha superato, ripetutamente, lo scrutinio di legittimità costituzionale, (anche) in relazione al principio di uguaglianza (art. 3 cost.): lungi dal garantire un *privilegio* – ai lavoratori *protetti* – è risultato funzionale, infatti, ad esigenze (correlate, essenzialmente, con le *dimensioni*) dei datori di lavoro.<sup>1281 1282</sup>

Né se ne può prescindere nello scrutinio – in relazione allo stesso parametro – del *pluralismo delle tutele*, che pare introdotto – in aggiunta al *dualismo* – dalla disciplina (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.) in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (vedi *infra*).

**1.11.** La Corte costituzionale, peraltro, ha avuto occasione di imporre, sostanzialmente, il *canone della coerenza* – quale *espressione del principio di eguaglianza di trattamento* – nel rapporto tra (la disciplina di) sanzioni conservative e *licenziamenti disciplinari* – a prescindere da qualsiasi *richiamo* – assumendo, peraltro, la *nozione ontologica* degli *illeciti* rispettivamente sanzionati.<sup>1283</sup>

---

*Solo all'esito negativo della verifica, lo stesso giudice — non potendo, in questo caso, rimediare tramite la disapplicazione della norma interna contrastante — deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro.*

*Una volta che ne sia investita dello scrutinio, la Corte costituzionale — pur non potendo sindacare l'interpretazione che, della norma internazionale, sia data dalla corte rispettiva (in ipotesi, la Corte europea dei diritti dell'uomo) — resta, tuttavia, legittimata a verificare se, così interpretata, la norma internazionale — la quale si colloca, pur sempre, ad un livello sub-costituzionale — si ponga in conflitto con altre norme della Costituzione.*

*L'esito positivo di tale verifica configura — secondo la stessa Corte costituzionale (vedi corte cost. n. 80/2011, cit.) — ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro considerato": così, testualmente, M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, FI, 2011, V, 216, spec. §9.*

*Sullo sviluppo della stessa tesi — in senso riduttivo dell'efficacia, nel nostro ordinamento, delle norme di fonti internazionali convenzionali — vedi, da ultima, Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49, commentata da A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Consulta online*, per g.c. di *Diritto penale contemporaneo*.*

Vedi, altresì, M. DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controllimiti sulla efficacia delle norme CEDU*, in *Foro it.*, 2013, I, 791.

<sup>1280</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., *passim*.

<sup>1281</sup> Quali *"l'elemento fiduciario che permea il rapporto datore di lavoro-lavoratore, la necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese minori, la necessità di ovviare tensioni nella fabbrica"*: così, testualmente, Corte cost. N 2 del 14 gennaio 1986 (in *Foro it.*, 1986, I, 1184; annotata da PERA, in *Giur. costit.*, 1986, I, 235), che richiama e sintetizza l'ampia elaborazione giurisprudenziale precedente (sent. n. 81 del 1961; n. 45 del 1965; n. 81 del 1969; n. 194 del 1970; n. 55 del 1974; n. 152 del 1975; n. 178 del 1975; n. 189 del 1975; ord. n. 256 del 1976).

<sup>1282</sup> Segna, invece, il prospettato verso nella evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti – che risulta, ora, radicalmente invertito, per quanto si è detto – il *monito* contestuale (della stessa Corte cost. n. 2 del 1986) nei termini testuali seguenti:

*"Resta auspicabile che il legislatore, per le suddette imprese, nell'attuazione di una politica sociale ed anche in adesione ai principi ed alle indicazioni internazionali, possa nel futuro introdurre la previsione di una giusta causa o di un giustificato motivo a base del licenziamento dal datore di lavoro intimato"*.

<sup>1283</sup> Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, in *Foro it.*, 1983, I, 855, con nota di M. DE LUCA., *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive*.

Né può prescindersi dal prospettato *canone della coerenza* nello scrutinio di qualsiasi disposizione che – in materia di *licenziamenti disciplinari* – intenda negare rilevanza al principio di *proporzionalità* – che continua a trovare applicazione alle sanzioni disciplinari conservative (ai sensi dell'art. 2106 c.c.) – oppure, addirittura, alla circostanza che il *fatto* – sul quale il licenziamento si fonda – sia punibile con sanzione conservativa (in ipotesi, anche in forza di previsione della contrattazione collettiva).<sup>1284</sup>

## 2. Dalla legge Fornero al contratto a tutele crescenti: tra continuità ed innovazione.

La disciplina – in materia di *contratto a tutele crescenti* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.) – continua, per quanto si è detto, la *inversione*, che – alla evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti – era stata impressa dalla *legge Fornero* (legge n. 92 del 2012, cit.).

Tuttavia significative innovazioni riguardano, tra l'altro, la *tecnica legislativa*<sup>1285</sup>, da un lato, e la *tipologia delle fonti*<sup>1286</sup>, dall'altro.

**2.1.** Intanto la legge Fornero *sostituisce* – con la tecnica della *novellazione* – parte della normativa precedente – in materia di tutela reale contro i licenziamenti (art. 18 SL) – nella sua formulazione letterale.

Ne risulta un testo normativo nuovo – anche nella formulazione letterale – con palesi implicazioni sul piano ermeneutico: la negazione di *sopravvivenza* del testo previgente – e della sua permanente applicazione<sup>1287</sup> – si coniuga, in tale prospettiva, con la concentrazione – sul nuovo testo – dell'attività interpretativa.

La normativa in materia di *contratto a tutele crescenti* (di cui al decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.), invece, non incide sulla formulazione letterale (di cui all'art. 18 SL, come *novellato* dalla legge Fornero) della normativa precedente – in materia di tutela reale contro i licenziamenti – che continua, infatti, a trovare applicazione alle *assunzioni precedenti* (vedi *infra*).

Pertanto la disciplina in materia di *contratto a tutele crescenti* risulta dal coordinamento – in via interpretativa – della normativa, nella stessa materia (di cui al decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., appunto), con la normativa precedente in materia di tutela reale contro i licenziamenti (di cui all'art. 18 SL, come *novellato* dalla legge Fornero, cit.).

---

In senso conforme – con riferimento al licenziamento disciplinare dei dipendenti di piccole imprese – vedi Corte costituzionale 25 luglio 1989, n. 427 (in Foro it., 1989, I, 2685, con nota di M. DE LUCA, *Licenziamenti disciplinari nelle «piccole imprese»: la Corte costituzionale estende la garanzia del contraddittorio, ma restano alcuni problemi*). Peraltro la stessa sentenza – laddove stabilisce che la qualificazione del licenziamento, come *disciplinare*, può essere effettuata *secondo l'indirizzo giurisprudenziale affermatosi in materia* – ne conferma, sostanzialmente, la *nozione ontologica* accolta dalle sezioni unite della Corte di cassazione. Vedi, sul punto, M. DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dalla corte costituzionale alle sezioni unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti* (Nota a Cass., sez. un., 1 giugno 1987, n. 4823), ID., 1987; I, 2012.

<sup>1284</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

<sup>1285</sup> Vedi A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 2011, 225 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>1286</sup> Vedi A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, cit., 353 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>1287</sup> Vedi – con riferimento al *lavoro pubblico* – M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, LPA, 2013, 1 ss.

2.2. Peraltro la riforma Fornero risulta affidata ad una legge ordinaria (n.92 del 2012, cit.).

Mentre la disciplina – in materia di *contratto a tutele crescenti* – risulta da *legge delegata* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.).

La scelta di tipologia della fonte, ora prospettata, comporta implicazioni coerenti – sul piano della legittimità costituzionale ed, ancor prima, della interpretazione *conforme a costituzione* – per la legge delega e la legge delegata, (anche) in tema di *contratto a tutele crescenti*.

2.3. L'interpretazione *costituzionalmente orientata*<sup>1288</sup> della legge delega di riforma<sup>1289</sup> – in materia di tipologie contrattuali ed istituti del rapporto di lavoro (legge 10 dicembre 2014, n. 183, articolo 1, comma 7) – pare funzionale alla prospettiva delle *leggi delegate*.

Ne risulta, infatti, la delimitazione della *discrezionalità* del legislatore delegato.

E questa concorre – con il tenore della *delega* – a definire, appunto, la prospettiva delle *leggi delegate*.

I principi – deputati ad orientare l'interpretazione della *legge delega* – concorrono, tuttavia, ad integrare la *ratio decidendi* su questioni di legittimità costituzionale, che possono investire soltanto *leggi delegate*.

2.4. La giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>1290</sup> è costante nel ritenere che *"la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, la quale può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega: pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto da tali margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente"*.

Tale opera di completamento, tuttavia, deve necessariamente mantenersi nell'alveo delle scelte di fondo operate dal legislatore della delega, senza potersi spingere ad allargarne l'oggetto, fino a ricomprendervi materie che ne erano escluse.

<sup>1288</sup> Sul punto, vedi M. De Luca, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in *Foro It.*, 2009, V, col. 422, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: I. Ciolli, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC)*, n.1/2012, del 28 marzo 2012; E. Lamarque, *The italian Courts and interpretation in conformity with the constitution, EU law and the ECHR*, ID. n. 4/2012, del 13 novembre 2012, al quale si rinvia per riferimenti aggiornati

<sup>1289</sup> Sulla legge delega di riforma (l.10 dicembre 2014, n. 183, *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*), vedi, per tutti, F. CARINCI (a cura di), *Politica del lavoro del Governo Renzi – Atto II*, ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES, n. 32; M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Acte contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. *Collective Volumes - 3/2014*.

Vedi, altresì, F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Atti del X seminario di Bertinoro-Bologna (Bologna 23-24 ottobre 2014), ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES, n. 40.

<sup>1290</sup> Vedi, per tutte, Corte cost. 14 marzo 2014, n. 50, Riv. Giur. Edilizia, 2014, 2, 245, con nota di E. ANDRIOLI, in *Forum di quaderni costituzionale* (richiamato da *consulta on line*); 13 marzo 2014, n. 47, con nota di G. CONTE, *ibidem*; 5 giugno 2013, n. 119, inedita (a quanto consta); 6 dicembre 2012, n. 272, *Foro it.*, 2013, I, con nota di DALFINO; 5 ottobre 2010, n. 293, ID., 2010, I, 3237; 11 aprile 2008, n. 98, ID., Rep. 2008, v. *sanzioni civili e depenalizzazione*, n. 97.

Coerentemente, “l’introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previgente (può ritenersi ammissibile) soltanto nel caso in cui siano stabiliti principi e criteri direttivi idonei a circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato”.<sup>1291</sup>

In particolare – nei casi in cui il Parlamento abbia ritenuto di delegare al Governo il compito di procedere al riassetto di determinati settori normativi – l’esercizio, da parte del legislatore delegato, di “poteri innovativi della normazione vigente, non strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita, deve ritenersi circoscritto entro limiti rigorosi”.<sup>1292</sup>

**2.5.** Si tratta, beninteso, di alcuni dei principi che concorrono ad integrare – per quanto si è detto – la *ratio decidendi* su questioni di legittimità costituzionale, concernenti *leggi delegate*.

Tuttavia lo scrutinio della Corte costituzionale – sul loro rapporto con le *leggi delega* – si esplica attraverso un *confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli*:

- Il primo riguarda le disposizioni che determinano l’oggetto, i principi e i criteri direttivi indicati dalla *legge delega*;
- Il secondo riguarda le disposizioni stabilite dal legislatore delegato, da interpretarsi nel significato compatibile con i principi e i criteri direttivi della *delega*.<sup>1293</sup>

Coerentemente, sono gli stessi principi ad *orientare* – nelle more della *legge delegata* – l’interpretazione della *legge delega*.

La delimitazione della *discrezionalità* del legislatore delegato – che ne risulta – concorre con il tenore della *delega* – per quanto si è detto – a definire, appunto, la prospettiva delle *leggi delegate*.<sup>1294</sup>

**2.6.** Gli stessi principi costituiscono, vieppiù, parametro di legittimità costituzionale – ed, ancor prima, di interpretazione conforme alla costituzione – per le *leggi delegate*.<sup>1295</sup>

Infatti concorrono ad integrare – per quanto si è detto – la *ratio decidendi* su questioni di legittimità costituzionale concernenti, appunto, *leggi delegate*.

### 3. Riforma in materia di tipologie contrattuali: *ratio* e *principi direttivi* della riforma.

La *ratio* della riforma in materia di tipologie contrattuali – nella quale si inserisce il *contratto a*

<sup>1291</sup> Vedi, per tutte, Corte cost. 5 aprile 2012, n. 80, FI, Rep. 2012, voce Turismo, n. 37 e Giur. Cost. 2012, 1089; 5 ottobre 2010, n. 293, cit.

<sup>1292</sup> Vedi Corte cost. 14 marzo 2014, n. 50, cit.; 5 aprile 2012, n. 80, cit.

<sup>1293</sup> Vedi Corte cost. 14 marzo 2014, n. 50, cit.; 19 luglio 2013, n. 219, laddove si precisa:

“il test di raffronto con la norma delegante, cui soggiace la norma delegata, deve ritenersi avere esito negativo, quando quest’ultima intercetta un campo di interessi così connotato nell’ordinamento, da non poter essere assorbito in campi più ampi e generici, e da esigere, invece, di essere autonomamente individuato attraverso la delega» (sentenza n. 219 del 2013)”.

<sup>1294</sup> Vedi M. DELUCA, *Legge delega sui tipi di contratti di lavoro: interpretazione costituzionalmente orientata in funzione delle leggi delegate*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2014, n.4, 349.

<sup>1295</sup> Quale – per quel che qui interessa – il decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.

*tutele crescenti* – risulta lucidamente enunciata, in forma esplicita, dalla stessa *legge delega* (legge 10 dicembre 2014, n. 183, articolo 1, comma 7, cit., *alinea*): “*scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo*”.

Non sembrano imposti, tuttavia, *obiettivi di addizionalità*, di aumento, cioè, del numero di occupati.

Ne prescindono, infatti, gli obiettivi – che formano oggetto di specifici *principi di delega* (legge 10 dicembre 2014, n. 183, articolo 1, comma 7, cit., lettera b ed a) – di “*promuovere, (...), il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro, rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti*”<sup>1296</sup> e di “*semplificazione, modifica o superamento delle (altre) tipologie contrattuali*”.

Non ne risultano perseguiti, infatti, incrementi quantitativi – ma soltanto *qualificazioni tipologiche* diverse e *qualitativamente migliori* – dei rapporti di lavoro.

Mentre ne risulta sostanzialmente *bypassato* – per così dire – il problema se l'intervento meramente regolativo – prospettato dalla *delega* – possa, da solo, incidere sul livello occupazionale.<sup>1297</sup>

**3.1.** L'attuazione della delega, poi, risulta affidata (dallo stesso articolo 1, comma 7, *alinea*, cit.) ad “*uno o più decreti legislativi, di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro*”.

Il rispetto dei *principi e criteri direttivi* – stabiliti contestualmente – e la ribadita *coerenza* – con la *regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali* – si coniugano, tuttavia, con i *limiti rigorosi*, che – con riferimento al riassetto settoriale, affidato al *testo organico semplificato* – risultano imposti, per quanto si è detto (vedi *retro*: § 1.1), all'esercizio, da parte del legislatore delegato, di “*poteri innovativi della normazione vigente, non strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita*”.

In altri termini, non pare consentita la trasfusione – nella *legge delegata* – di contenuti *innovativi della normazione vigente* – eventualmente – presenti nei *codici semplificati del lavoro*, recati da proposte e disegni di legge.<sup>1298</sup>

**3.2.** La *promozione del contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro* – senza poterne innovare, nel difetto di specifico *principio direttivo*, la definizione del *tipo*,

<sup>1296</sup> A rendere più conveniente lo stesso contratto provvede, tuttavia, l'esonero contributivo (ai sensi dell'articolo unico, commi 118 e seguenti, della Legge 23 dicembre 2014, n. 190): sul quale vedi la circolare INPS n.17 del 29 gennaio 2015.

<sup>1297</sup> Sul punto, vedi, da ultimo, MARAZZA, *Il regime dei licenziamenti nel jobs act*, in CSDLE “Massimo D'Antona”, n. 236/2015spec. §2. Vedi, altresì, M.DE LUCA, *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su jobs act e dintorni)*, in Arg. Dir. Lav., 2014, I, 936 ss., spec. §7.3.

Sulla *effettività* dell'incremento occupazionale prospettato, tuttavia, vedi: L. Ricolfi, *Segnali veri e segnali di fumo*, in Sole 24 ore, 29 marzo 2015; D. DE MASI, *Il Jobs Act non serve*, in S3. STUDIUM, 2 aprile 2015.

<sup>1298</sup> Quale, ad esempio: AS 1006/XVII legislatura, *Codice dei rapporti di lavoro. Modifiche al Libro V del codice civile*, di iniziativa del Sen. Ichino ed altri.

peraltro soggetta a vincoli di *indisponibilità*<sup>1299</sup>, né la disciplina – pare il *principio direttivo* (legge 10 dicembre 2014, n. 183, articolo 1, comma 7, lettera b, cit.) prioritario per il riordino di *tutte le forme contrattuali esistenti*.

Sembrano, infatti, complementari – rispetto ad esso – gli *interventi di semplificazione, modifica o superamento* – che non possono che riguardare le altre tipologie – all'esito di analisi volta a valutare "*l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale*" (legge 10 dicembre 2014, n. 183, articolo 1, comma 7, lettera a, cit.).

*Ratio e principi direttivi* della riforma – in materia di tipologie contrattuali – riguardano, all'evidenza, anche il *contratto a tutele crescenti*, in quanto contratto di lavoro a tempo indeterminato inserito, peraltro, nella stessa riforma.

**3.3.** Esula, tuttavia, dal tema d'indagine – concernente il *contratto a tutele crescenti* – l'esame analitico del prospettato *riordino delle tipologie contrattuali*, sebbene formi oggetto dei medesimi *principi direttivi* (articolo 1, comma 7) della *legge delega* (legge 10 dicembre 2014, n. 183, cit.) e della *legge delegata*, deputata a darne attuazione.<sup>1300</sup>

Parimenti ne esula – per le medesime ragioni – la *disciplina delle mansioni*, nonché il *controllo a distanza*, che – pur formando oggetto dei medesimi *principi direttivi* – non risulta, tuttavia, contemplato dalla *legge delegata*.<sup>1301</sup>

#### 4. Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti *illegittimi*: tra *legge delega* e *legge delegata*.

Risulta coerente, da un lato, con la *ratio* della riforma in materia di tipologie contrattuali – "*di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione (...)*", appunto – e destinatario, dall'altro, della promozione del "*contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro, rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto (...)*".

Infatti i *principi direttivi* (di cui alla lettera c del comma 7 dell'art. 1) della *legge delega* prevedono – per le *nuove assunzioni* – il *contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio*, da un lato, e comminano, dall'altro, sanzioni – per i licenziamenti *illegittimi* – così articolate:

- previsione della *regola* di un *indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio*;
- esclusione, per i *licenziamenti economici*, della possibilità di *reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro*;

<sup>1299</sup> Vedi, da ultimo, M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra indisponibilità del tipo contrattuale, problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide della economia postindustriale*, in Riv. It. Dir. Lav., 2014, I, 297.

<sup>1300</sup> Schema di decreto legislativo recante il *testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della disciplina delle mansioni, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183* (atto del Governo n. 158).

<sup>1301</sup> Vedi M. DE LUCA, *Legge delega sui tipi di contratti di lavoro: interpretazione costituzionalmente orientata in funzione delle leggi delegate*, cit.

Sui decreti attuativi della legge delega, vedi, per tutti: F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (acura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES, n 37.

- limitazione del diritto alla reintegrazione – in via eccezionale – ai licenziamenti *nulli e discriminatori*, nonché a *specifiche fattispecie* di licenziamento disciplinare ingiustificato.

Con la previsione di *termini certi per l'impugnazione del licenziamento* – che completa il quadro – i *principi direttivi* in esame demandano, quindi, al legislatore delegato – soltanto per le *nuove assunzioni* – l'istituzione, da un lato, di una nuova tipologia contrattuale – quale il *contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, appunto – e la comminatoria, dall'altro, di un articolato sistema sanzionatorio contro i licenziamenti *illegittimi*.

**4.1.** Non sembra incorrere, tuttavia, in *eccesso di delega* – in quanto *il più contiene il meno* – il legislatore delegato<sup>1302</sup> che si limita a stabilire – soltanto per le *nuove assunzioni*, appunto – un articolato sistema sanzionatorio – per i licenziamenti illegittimi – senza istituire una nuova tipologia contrattuale.

Il *contratto a tutele crescenti*<sup>1303</sup>, infatti, sembra essere niente altro che un contratto a *tempo indeterminato*<sup>1304</sup>, mentre *crescente – in relazione all'anzianità di servizio* – è soltanto l'*indennizzo economico* comminato – come *regola* – per i licenziamenti *illegittimi*.<sup>1305</sup>

Resta, tuttavia, la prospettata coerenza con la *ratio della riforma*, che riguarda – al pari della promozione ed incentivazione, pure prospettate – qualsiasi contratto di lavoro a tempo indeterminato.<sup>1306</sup>

<sup>1302</sup> Vedi lo schema di decreto legislativo recante *disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* (atto del Governo n.134), divenuto decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23.

<sup>1303</sup> Quale risulta dal decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, cit.

<sup>1304</sup> Affatto diverso era, ad esempio, il *contratto di inserimento a tempo indeterminato a tutele crescenti*, prospettato da Matteo Renzi (allora soltanto segretario del Partito democratico), nel *progetto di Jobs act* da lui *postato* l'8 gennaio 2014.

Riecheggia, sostanzialmente, il *contratto unico a tempo indeterminato con tutele crescenti*, proposto da Boeri e Garibaldi (*lavoce info*, 2006), *che garantisca un sentiero graduale, a tappe, verso la stabilità*: la fase di *inserimento del contratto* dura per i primi tre anni di vita del contratto stesso, con applicazione dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori dall'inizio del quarto anno in poi.

Sembra corrispondere, peraltro, al contratto di lavoro – prospettato dal Consiglio europeo di Bruxelles dell'11 e 12 dicembre 2008 – che inizia *con un livello di base di tutela del lavoro* ed in l'cui la protezione si accumula *progressivamente via via che il lavoratore occupa un posto di lavoro fino a raggiungere una protezione piena*.

<sup>1305</sup> In tal senso, pare F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* – riferito, tuttavia, alla *bozza di decreto legislativo* – in CSDLE, Newsletter n. 1/2015:

Sul *contratto a tutele crescenti*, vedi – con riferimento al decreto legislativo n. 23 del 2015 – M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *dplonline*, 2015, n. 12, 741 ss, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D.LEGS. n. 23/2015*, CSDLE – newsletter n. 7/2015.

<sup>1306</sup> Infatti l'esonero contributivo (ai sensi dell'articolo unico, commi 118 e seguenti, della Legge 23 dicembre 2014, n. 190, cit.) compete per i contratti di lavoro a tempo indeterminato stipulati, nel 2015, prima dell'entrata in vigore della *legge delegata* in materia di contratto a tutele crescenti

**4.2.** Parimenti non incorre in *eccesso di delega* il legislatore delegato<sup>1307</sup>, che non prevede *specifiche fattispecie*<sup>1308</sup> – come stabilito dalla delega – e continua, perciò, a comminare la *tutela reintegratoria* – in ipotesi eccezionali – per qualsiasi *licenziamento disciplinare*.

La *tutela reintegratoria*, infatti, sembra restare quella che – non risultandone *delegata* innovazioni – è stabilita, per la stessa tipologia di licenziamenti (disciplinari, appunto), dalla normativa finora vigente (art. 18, comma 4, Sl, come *novellato* dalla legge n. 92 del 2012).

**4.3.** La *tutela reale originaria* (di cui all'articolo 18 SL) è rimasta finora immutata – per i licenziamenti *discriminatori* – non essendo stata investita dalla riforma della *tutela reale*, immediatamente precedente (di cui alla legge n. 92 del 2012), né dalla disciplina in esame del *contratto di lavoro a tutele crescenti* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., articolo 1).

La stessa riforma, peraltro, aveva esplicitamente esteso (art. 18, commi 1-3 SL, come *novellato* dalla legge n. 92 del 2012) la *tutela reale* al licenziamento – “*determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile*” – oltre che al *licenziamento orale* e ad altre ipotesi di *licenziamento nullo*.<sup>1309</sup>

Ed analoghe estensioni sono previste, ora, dalla disciplina in esame del *contratto di lavoro a tutele crescenti* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., articolo 2).

**4.4.** L'estensione esplicita prospettata ha comportato la riproposizione – sotto un profilo nuovo e, comunque, diverso – di un vecchio problema.

Se ne è ricavata, talora, la conclusione che il licenziamento discriminatorio non possa essere considerato una ipotesi di licenziamento nullo – perché “*determinato da un motivo illecito determinante*” – essendo questo previsto separatamente.

Ma debba esserne accolta, invece, una autonoma *nozione oggettiva od ontologica*.

La conclusione prospettata, tuttavia, doveva fare i conti con la contestuale definizione di *licenziamento discriminatorio*, che – anche nel nuovo testo dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori (come *novellato* dalla legge n. 92 del 2012) – risultava dal rinvio a disposizione (dell'articolo 3 della

<sup>1307</sup> Vedi il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, cit.

<sup>1308</sup> Peraltro la *tutela reintegratoria* – se riferita a *specifiche fattispecie* di licenziamento disciplinare – finirebbe col trasferire – *irragionevolmente* – la *gravità* dell'illecito disciplinare da *giustificazione* del licenziamento a *giustificazione* della sanzione – reintegratoria, appunto – della sua *illegittimità* significativamente configurata, talora (ICHINO), come *sanzione per i datori di lavoro*.

Né può esserne trascurata la “*improbabile attuazione* – della formula *specifiche fattispecie*, appunto – *dato che l'universo empirico difficilmente si fa rinchiudere in disposizioni di carattere tassativo, come dimostrano i contratti collettivi di lavoro che contengono l'elencazione delle infrazioni che legittimano il ricorso alle sanzioni disciplinari, salvo aggiungere la clausola di stile per cui si tratta di riferimenti puramente esemplificativi*”: così, testualmente, L. MARIUCCI, *Renzi e l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in *Insight*, marzo 2015

<sup>1309</sup> Quali il licenziamento per causa di matrimonio oppure in periodo di divieto per gravidanza o puerperio: vedi, per tutte, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305 (Foro it. 2010, I, 103, con nota di richiami, alla quale si rinvia) e, rispettivamente, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620 (ID, 2007, I, 1453, con nota di richiami, alla quale si rinvia).

legge 11 maggio 1990, n. 108), sulla quale si fonda la consolidata giurisprudenza di legittimità in senso contrario.<sup>1310 1311</sup>

Il *principio direttivo* della delega<sup>1312</sup> – come lo *schema* di decreto legislativo<sup>1313</sup> – in materia di *contratto di lavoro a tutele crescenti* faceva riferimento, invece, al *licenziamento discriminatorio*, senza specificazioni ulteriori.

C'era da domandarsi, quindi, se – una volta *spogliato* dai riferimenti pregressi (al *motivo illecito*, appunto, ed all'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108) – potesse ritenersi accolta una *nozione oggettiva* od *ontologica* di licenziamento discriminatorio.<sup>1314</sup>

Tuttavia il decreto legislativo – nel testo definitivo<sup>1315</sup> – ripropone l'esplicito riferimento – al *licenziamento discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300* – e, con esso, il nodo problematico prospettato.

All'evidenza, non è questa la sede per affrontare *funditus* la questione medesima.<sup>1316</sup>

**4.5. La tutela reale originaria** (di cui all'articolo 18 SL) risulta, ora, estesa – dalla disciplina in esame del *contratto di lavoro a tutele crescenti* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit., articolo 2) – agli *altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*, senza specificazioni ulteriori.

Resta, quindi, da domandarsi se – in difetto di esplicito riferimento alle ipotesi di nullità del licenziamento, contemplate dalla *legge Fornero* (e trasfuse nel *novellato* art. 18 SL) – possa ritenersi inclusa qualsiasi *nullità*, anche *virtuale*.<sup>1317</sup>

<sup>1310</sup>Vedi, per tutte, Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in Riv. It. dir. lav., 2012, II, 362, con nota di PEDERZOLI, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>1311</sup> Sullo *stato dell'arte* – dopo la *legge Fornero* (n. 92 del 2012) – vedi M.DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in ADL 2013, I, 1ss, spec. § 4.

<sup>1312</sup> Vedi l'articolo 1, comma 7, lettera c, legge 10 dicembre 2014, n. 183, cit.

<sup>1313</sup> Vedi lo schema di decreto legislativo recante *disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* (atto del Governo n.134, divenuto decreto legislativo, 23 del 2015), cit., articolo 2.

<sup>1314</sup> Per la soluzione positiva della questione, prospettata nel testo, sembra propendere F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit.

<sup>1315</sup> Vedi il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, cit. articolo 2.

<sup>1316</sup> Anche dopo la riforma della *tutela reale* contro i *licenziamenti illegittimi*, tuttavia, ne risultano riproposte – in dottrina – le soluzioni alternative ricordate nel testo:

- per la nozione *soggettiva* di licenziamento discriminatorio – quale licenziamento per *motivo illecito determinante* – vedi F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., spec. § 10;

- in senso contrario – per la nozione *oggettiva* od *ontologica* di licenziamento discriminatorio – vedi M. BARBERA, *il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in Riv. Giur. Lav., 2013, I, 138 ss.

Sul punto, vedi, altresì, M.DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, cit., spec. § 4.

<sup>1317</sup> Sulla *nullità virtuale*, vedi, per tutte, Cass. Sez. un, civ., 19 dicembre 2007, n. 26724 (In Foro it., 2008, I, 784, con nota di SCODITTI), secondo cui la *nullità virtuale* – *per contrarietà a norme imperative, in difetto di espressa previsione in tal senso* – riguarda, *ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto* – o, come nella specie, dell'atto unilaterale di licenziamento (art. 1324 c.c.) – *e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità*.

**4.6.** La stessa *tutela reale originaria* (di cui all'articolo 18 SL) risulta, ora, esplicitamente estesa (art. 2, comma 4, della *legge delegata*), altresì, alle *“ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68”*.

Resta da domandarsi, tuttavia, se la *giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore* continui ad implicare la dimostrazione – della quale è, parimenti, onerato il datore di lavoro – circa *l'inesistenza in azienda di mansioni diverse, compatibili con lo stato di salute del dipendente e di pari qualifica*.<sup>1318</sup>

Esula, comunque, dalla ipotesi prospettata – del licenziamento *per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore*, appunto – il licenziamento nel *caso di malattia* del lavoratore.

Nel difetto di innovazioni sul punto, resta soggetto, infatti, alla disciplina finora vigente (art. 2110 c.c.): la sospensione di efficacia del licenziamento, intimato durante la malattia del lavoratore, si coniuga con la conservazione del posto di lavoro per il c.d. *periodo di comporta*, che comprende – per giurisprudenza consolidata – anche *l'eccessiva morbilità*.

Durante il *periodo di comporta*, poi, il rapporto di lavoro resta soggetto alla disciplina ordinaria, anche per quanto riguarda il regime dei licenziamenti.

Mentre decorre – solo dalla scadenza dello stesso *periodo* – la *recedibilità ad nutum* (art. 2118 c.c.) del datore di lavoro.<sup>1319</sup>

Pertanto il licenziamento – rimasto *inefficace* durante la malattia – risulta successivamente assoggettato – ove non sia scaduto il *periodo di comporta* – al regime stabilito per la tipologia del licenziamento in concreto intimato.<sup>1320</sup>

**4.7.** Il *diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro* – per qualsiasi *licenziamento disciplinare*, in difetto della previsione di *specifiche fattispecie* – pare limitato ad ipotesi, che – nel silenzio, sul punto, dei *principi direttivi* della legge delega (di cui alla lettera c del comma 7 dell'articolo 1, cit.) – sono previste, per quanto si è detto, dalla *normazione vigente* in materia (art. 18, comma 4, SL, come *novellato* dalla legge n. 92 del 2012).<sup>1321</sup>

<sup>1318</sup> In tal senso vedi, da ultima, Cass. 10 marzo 2015, n. 4557.

<sup>1319</sup> Sul punto, vedi R. VOZA, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, CSDLE Newsletter n. 5/2015.

<sup>1320</sup> Suscita, pertanto, diffuse perplessità una recente sentenza della Corte di cassazione, che configura una ipotesi di *eccessiva morbilità* come *scarso rendimento* – integrane, come tale, *giustificato motivo oggettivo* e non già *soggettivo* – discostandosi anche dalla giurisprudenza, quantomeno prevalente, in tema di *scarso rendimento*, appunto: vedi Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in RIDL 2014, II, 969 ss., con nota di R. LAMA, *Trent'anni dopo le sezioni unite: la Cassazione riesuma l'eccessiva morbilità come giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Sulla configurazione, poi, del licenziamento per *scarso rendimento* come licenziamento per *giustificato motivo soggettivo* – per inadempimento, cioè, dell'obbligo di *diligente collaborazione* a carico del lavoratore – vedi, per tutte: Cass. 2 gennaio 2009, n.1632; 22 febbraio 2006, n. 3876; 9 settembre 2003, n. 13194; 3 maggio 2003, n.6747; 10 novembre 2000, n.14605; 23 febbraio 1996, n. 1421; 20 agosto 1991, n. 8973.

<sup>1321</sup> Laddove – per i licenziamenti disciplinari, appunto – la reintegrazione risulta comminata *“per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”*.

Nella interpretazione della stessa *normazione*, il legislatore delegato può avvalersi, ora, delle suggestioni che provengono dal *diritto vivente*.<sup>1322</sup>

#### 4.8. Ne risulta, infatti, stabilito:

*“Il nuovo articolo 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorrerebbe operare una distinzione tra l’esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell’accertamento positivo o negativo dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato”.*

C’è chi ritiene<sup>1323</sup>, infatti, *“ben percepibile l’influenza esercitata da questa sentenza in sede di redazione della bozza di decreto legislativo, laddove il citato art. 3, co. 2 prospetta come unica eccezione per la concessione della reintegra nel caso di un licenziamento disciplinare, “l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto al quale sia estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento””.*

4.9. La riferita *motivazione in diritto* della Corte di cassazione (da taluno considerata, addirittura, un *obiter dictum*) suscita, tuttavia, perplessità – laddove ripropone la contrapposizione o, comunque, l’alternativa tra *fatto materiale* e *fatto giuridico* – in quanto il *fatto giuridico* è niente altro che un *fatto materiale*, assunto dall’ordinamento come *fatto* produttivo di effetti giuridici (quale, per quel che qui interessa, la stessa sanzione della *tutela reale*).

Quel che più conta, tuttavia, è che la stessa *motivazione in diritto* – letta alla luce del *fatto*, accertato contestualmente – ha condotto alla decisione, che risulta così *massimata*:

*La insussistenza del fatto contestato – per la quale continua ad applicarsi la reintegrazione nel posto di lavoro, dopo la riforma della tutela reale contro i licenziamenti disciplinari (comma 4 novellato dell’articolo 18 dello statuto dei lavoratori) – può riguardare soltanto alcuni elementi dello stesso fatto, peraltro parzialmente sussistente, purché essenziali per integrare giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento (nella specie, la Corte di cassazione ha confermato la sentenza impugnata, che aveva applicato la tutela reintegratoria in dipendenza del difetto del*

<sup>1322</sup> Vedi la prima sentenza in materia dell’organo giurisdizionale, al quale *compete* la funzione della nomofilachia: Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in Foro it., 2014, I, 3418, con nota di richiami di A. PERRINO e nota di M.DE LUCA, *Il fatto nella tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia*.

<sup>1323</sup> Così, testualmente, F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit.

*requisito della abitudine – nei comportamenti contestati, peraltro parzialmente sussistenti – in quanto essenziale per integrare giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento).*

In altri termini, la *insussistenza del fatto materiale* – per la quale è comminata la reintegrazione nel posto di lavoro – sembra riguardare il difetto – nel medesimo *fatto* – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo.<sup>1324</sup>

Sembra ricevere, quindi, conforto la tesi, che risulta così sintetizzata:

*“Ora, qualunque definizione si dia del “fatto” richiesto per concedere o escludere la reintegra, questo resta sempre giuridico, in quanto assunto dall’ordinamento a fatto produttivo di un effetto rilevante al suo interno. Rimane che tale “fatto” deve essere selezionato nell’ambito della definizione di giusta causa o giustificato motivo soggettivo o oggettivo, secondo un processo selettivo condotto dal più al meno, che liberi per così dire il loro “nucleo essenziale”.*<sup>1325</sup>

Infatti la reintegrazione risulta applicata – dalla sentenza in esame (Cass. n.23669 del 2014, cit.) – nonostante la *sussistenza*, sia pure *parziale*, del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – in dipendenza della *insussistenza* soltanto di alcuni elementi – del *fatto* medesimo – ritenuti indispensabili, tuttavia, per integrarne – quale *nucleo essenziale*, appunto – giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

La stessa interpretazione può essere, quindi, estesa al *principio direttivo* della delega – che conferma, per quanto si è detto, la *normativa finora vigente* sul punto (art. 18, comma 4, SL, come *novellato* dalla legge n. 92 del 2012) – e, quindi, anche al decreto legislativo<sup>1326</sup>, deputato a darne attuazione.<sup>1327</sup>

**4.10.** Nè può essere trascurato che, a sostegno della soluzione prospettata, sembra soccorrere il *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo – ab absurdo* (o *apagogico*).<sup>1328</sup>

<sup>1324</sup> Vedi M.DE LUCA, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*, in ADL, 2014, I, 1267 ss, nota 2 e *passim*.

<sup>1325</sup> Così, testualmente, F. Carinci, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell’articolo 18 statuto*, in S. BRUSATI, E. GRIGNOLI (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario «in onore di Michele De Luca», organizzato dalla Università di Parma – Dipartimento di giurisprudenza (Parma, Aula magna, 19 aprile 2013), *Quaderno di Argomenti di diritto del lavoro* n. 12, Padova, CEDAM, 2014, 79 ss., spec. § 8, 94, 95.

In senso conforme, vedi: M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, RIDL, 2013, I, 3., spec. § 3, laddove si legge: “la insussistenza o la manifesta insussistenza – che legittima l’accesso alla tutela (anche) reintegratoria – non può non riguardare il difetto – nel medesimo fatto – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo”; ID., *La disciplina del licenziamento fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, op, loc ult. cit.

Vedi, altresì, M.DE LUCA, *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*, cit., spec. § 7.

<sup>1326</sup> Vedi il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, cit.

<sup>1327</sup> Vedi F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, cit.

<sup>1328</sup> Sull’argomento *ab absurdo* (o *apagogico*) di interpretazione della legge, vedi G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 369.

Ho avuto occasione di proporlo<sup>1329</sup> – sin dagli albori, per così dire, del dibattito sulla  *riforma della tutela reale*.<sup>1330</sup> – ma sembra conservare, tuttora, piena validità.

Infatti l'opzione ermeneutica disattesa comporterebbe l'esito – all'evidenza  *assurdo* – che la  *tutela reintegratoria* sarebbe negata nel caso in cui – a motivazione di licenziamento disciplinare – fosse addotto un  *fatto lecito*.

Ne risulterebbe, invero, la  *sussistenza*, presumibilmente ammessa dallo stesso lavoratore licenziato.<sup>1331</sup>

**4.11.** È bensì vero, peraltro, che è prevista espressamente la  *estraneità* – rispetto alla  *insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore* – di  *ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*.

La  *estraneità* pare postulata, tuttavia, rispetto alla  *insussistenza* – nel senso che ne è stato prospettato –  *del fatto materiale contestato*.

Palese risulta, invero, la  *estraneità* – rispetto alla  *insussistenza del fatto* – ove questa riguardi, per quanto si è detto, il difetto – nel medesimo  *fatto* – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo

Non sembra riguardare, invece, il giudizio di  *proporzionalità*, che deve correre tra il  *fatto* medesimo ed il licenziamento.

La conclusione proposta pare, comunque, da preferire – come interpretazione  *adeguatrice* o  *costituzionalmente orientata*<sup>1332</sup> – in alternativa alla  *illegittimità costituzionale* della disposizione in esame.

<sup>1329</sup> Vedi: M. De Luca,  *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. Riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.3, 13; ID.,  *La disciplina del licenziamento fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, cit., spec. § 2.4., 10.

<sup>1330</sup> Vedi V. SPEZIALE,  *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 165/2012, pubblicato, con il diverso titolo  *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di),  *Flessibilità e tutele nel lavoro*.

*Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci, 2013, spec. nota 77, laddove si legge: "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 (2012)".

Tuttavia la stessa  *argomentazione* è stata proposta in data precedente, addirittura, prima della pubblicazione della legge di riforma (legge 28 giugno 2012, n. 92, in Suppl. ordinario n. 136 alla Gazz. Uff., 3 luglio 2012, n. 153): vedi M. De Luca,  *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese. Riflessioni su un compromesso necessario*, loc. ult. cit., che  *ripropone*, in sintesi, la  *rielaborazione* – tra l'altro – della  *relazione conclusiva al Convegno nazionale sul tema Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro, organizzato dal Centro nazionale studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano (Pescara-Montesilvano, 11-12 maggio 2012)*.

<sup>1331</sup> Vedi M. DE LUCA,  *Fatto materiale e fatto giuridico nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*, cit., spec. § 8.

<sup>1332</sup> Vedi M. De Luca,  *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, cit.

Risulta rispettosa, infatti, del *canone della coerenza* – quale espressione del principio di *egualianza di trattamento* – nel rapporto tra (la disciplina di) sanzioni conservative e *licenziamenti disciplinari*.<sup>1333</sup>

Dal prospettato *canone*, infatti, sembra discostarsi – per quanto si è detto – qualsiasi disposizione, che – in materia di *licenziamenti disciplinari* – intenda negare rilevanza al principio di *proporzionalità* – che continua a trovare applicazione, invece, alle sanzioni disciplinari conservative (ai sensi dell'art. 2106 c.c.) – oppure, addirittura, alla circostanza che il *fatto* – sul quale il licenziamento si fonda – sia punibile con sanzione conservativa (in ipotesi, anche in forza di previsione della contrattazione collettiva).<sup>1334</sup>

**4.12.** Resta da domandarsi, poi, se il legislatore delegato – in difetto di specifico *principio direttivo* sul punto – possa innovare – sia pure limitatamente alla *insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore* – la *normativa finora vigente* (art. 5 l. n. 604 del 1966) – come interpretata dalla giurisprudenza<sup>1335</sup> – in tema di riparto dell'onere probatorio.

Suscita, quindi, perplessità quanto risulta dalla Relazione allo *Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* (AG 134), laddove si legge:

*“Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro, rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova, rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (unica fattispecie di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa per cui può scattare la tutela reintegratoria), è in capo al lavoratore”.*

Non è in discussione, beninteso, la *plausibilità* della interpretazione – che ne risulta proposta – in relazione al tenore letterale della legge delegata (articolo 3, comma 2), laddove postula che sia *“direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore”*.

Tuttavia resta da domandarsi come possa restare a carico del datore di lavoro l'onere della prova – *rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento* – ove si consideri che oggetto di tale prova è la *sussistenza* dello stesso *fatto materiale* – di cui il lavoratore dovrebbe provare la *insussistenza* – e non già la sua qualificazione giuridica, all'evidenza, estranea – all'oggetto delle prove – e riservata al giudice.

Peraltro – in difetto di qualsiasi *principio direttivo* sul punto – potrebbe risultare viziata di *eccesso di delega* qualsiasi innovazione della *normativa* – finora vigente – sul riparto dell'onere probatorio (art. 5 l. n. 604 del 1966, cit.).

<sup>1333</sup> Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, cit.

Vedi, altresì, M. DE LUCA M., *I licenziamenti disciplinari dalla corte costituzionale alle sezioni unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti* (Nota a Cass., sez. un., 1 giugno 1987, n. 4823), cit.

<sup>1334</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

<sup>1335</sup> Vedine riferimenti in M. DE LUCA, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, spec. § 3.

Né può essere trascurato che – imponendogli la *prova diretta* della *insussistenza del fatto materiale contestato* – il lavoratore sarebbe onerato della *probatio diabolica* – su un *fatto negativo* (quale, appunto, la *insussistenza del fatto materiale contestato*) – non potendo ricorrere alla *prova presuntiva*, in quanto incompatibile – appunto – con la *prova diretta*.

Infatti ciò comporta, all'evidenza, un palese ostacolo alla *effettività* del diritto – alla *tutela giurisdizionale contro ogni licenziamento ingiustificato* – che risulta garantito ai lavoratori da disposizione (articolo 30 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.) dotata – per quanto si è detto – di *efficacia diretta*, anche *orizzontale*.<sup>1336</sup>

Resta da domandarsi, quindi, se risulti *plausibile* in relazione al tenore letterale della legge delegata (articolo 3, comma 2) – che tace in ordine al soggetto onerato della prova diretta della *“insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore”* – una interpretazione che – ponendo l'onere a carico del datore di lavoro – non innovi la normativa finora vigente.

Ne risulterebbe una interpretazione – *adeguatrice* o *costituzionalmente e comunitariamente orientata* – in alternativa alla *illegittimità costituzionale* e *comunitaria* della disposizione della legge delegata (articolo 3, comma 2) in esame.

Il problema, tuttavia, resta aperto.

**4.13.** Al di fuori delle ipotesi *eccezionali* – nelle quali continua ad applicarsi, per quanto si è detto, (anche) la *reintegrazione nel posto di lavoro* (articolo 2 e 3, comma 2, della *legge delegata*) – trova applicazione la *regola* della *tutela indennitaria*.

Questa si applica, infatti, ai licenziamenti disciplinari – al di fuori delle *ipotesi* nelle quali è comminata, in via eccezionale, la *tutela reintegratoria* – nonché ai licenziamenti per *giustificato motivo oggettivo* ed ai *licenziamenti collettivi* (art. 3, comma 1, e 10, rispettivamente, della *legge delegata*).

**4.14.** L'esplicita estensione ai *licenziamenti collettivi* è stata tenuta ferma – nel testo definitivo del decreto legislativo – nonostante il *parere contrario* – non vincolante, tuttavia – espresso, concordemente, dalle Commissioni parlamentari competenti.<sup>1337</sup>

<sup>1336</sup> Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, RIDL, 2013, I, 3 ss., spec. § 5; M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, cit., spec. § 1.8 e note 19-22.

<sup>1337</sup> Nel parere della Commissione lavoro del Senato, infatti, si legge:

“Con riferimento ai licenziamenti collettivi, il Governo valuti l'opportunità di rivedere il regime sanzionatorio dell'articolo 10, prevedendo la reintegrazione in caso di violazione dei criteri previsti dai contratti collettivi”.

Nel parere della Commissione lavoro della Camera dei deputati, analogamente, si legge:

“l'applicazione della disciplina di cui al presente provvedimento anche ai licenziamenti collettivi determinerebbe un indebolimento del ruolo della contrattazione collettiva e delle procedure di confronto con le associazioni sindacali nella gestione dei licenziamenti relativi a esigenze tecnico-produttive e organizzative, che potrebbe rendere più difficoltosa la gestione dei processi di ristrutturazione aziendale; esprime PARERE FAVOREVOLE con le seguenti condizioni: all'articolo 10, sostituire il comma 1 con il seguente: 1. In caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, ai lavoratori di cui all'articolo 1 si applicano le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 3, della medesima legge”.

E riguarda non solo la violazione delle procedure – come già previsto dalla *legge Fornero* (art.1, comma 46) – ma anche la violazione dei *criteri di scelta*, ferma restando la *tutela reintegratoria* per il licenziamento intimato *senza l'osservanza della forma scritta*.

Risulta coerente, tuttavia, con i *principi direttivi* della *legge delega*, laddove (comma 7, lettera c, dell'articolo 1, cit.) non solo accoglie la *regola* della *tutela indennitaria*, ma esplicitamente esclude, altresì, la *possibilità della reintegrazione* del lavoratore nel posto di lavoro per i *licenziamenti economici*, tra i quali rientrano, appunto, anche i *licenziamenti collettivi*.

#### 4.15. Restano, però, problemi di *coerenza sistematica*.

Invero i licenziamenti collettivi risultano costantemente esclusi, nel nostro ordinamento, dal campo d'applicazione della disciplina dei licenziamenti individuali.<sup>1338</sup>

Ed assoggettati – del pari costantemente – alla disciplina di fonti diverse.<sup>1339</sup>

Peraltro – a far tempo dalla trasposizione, nel nostro ordinamento, della direttiva comunitaria in materia (con la legge 23 luglio 1991, n. 223) – *“il licenziamento collettivo costituisce un istituto autonomo che si distingue dal licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, essendo specificatamente caratterizzato in base alle dimensioni occupazionali dell'impresa, al numero dei licenziamenti programmati, all'arco temporale entro cui gli stessi sono effettuati, ed essendo inderogabilmente collegato al controllo preventivo, sindacale e pubblico, dell'operazione imprenditoriale di ridimensionamento dell'azienda. Ne deriva che, qualora il datore di lavoro che occupi più di 15 dipendenti intenda effettuare, in conseguenza di una riduzione o trasformazione dell'attività di lavoro, almeno 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni, è tenuto all'osservanza delle procedure previste dalla legge stessa, mentre resta irrilevante che il numero dei licenziamenti attuati a conclusione delle procedure medesime sia eventualmente inferiore, così com'è inammissibile la "conversione" del licenziamento collettivo in licenziamento individuale”*.<sup>1340</sup>

Tuttavia il sistema sanzionatorio – per il licenziamento collettivo *illegittimo* – risulta mutuato da sempre, come nella specie, dalla disciplina del licenziamento individuale.<sup>1341</sup>

Resta, comunque, impregiudicato il problema se possa dar luogo – ad azione di repressione della condotta antisindacale (art. 18 SL) – l'eventuale *indebolimento* – paventato, per quanto si è detto, dalla Commissione lavoro della Camera dei deputati – del *ruolo della contrattazione collettiva* e delle *procedure di confronto con le associazioni sindacali*.

---

Si tratta, in entrambi i casi, della proposta di non innovare il sistema sanzionatorio, previsto dalla *legge Fornero: reintegrazione*, per violazione dei criteri di scelta, *indennità* per violazione delle procedure.

<sup>1338</sup> Fin dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, *Norme sui licenziamenti individuali*, laddove (art. 11, secondo comma) si legge: *La materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale è esclusa dalle disposizioni della presente legge*.

<sup>1339</sup> Dagli Accordi interconfederali in materia (A.I. del 1956 e del 1965 per il settore industriale) alla legge 23 luglio 1991, n. 223, *Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro*, articoli 4 e 24.

<sup>1340</sup> Risulta così *massimata* Cass. 22/11/2011 n.24566, in RIDL, 2012, II, 618 con nota di L. CALAFA'; Lavoro nella giurisprudenza, 2012, 478, con nota di R. COSIO.

<sup>1341</sup> Fin dalla legge 23 luglio 1991, n. 223.

**4.16.** La *tutela indennitaria* risulta comminata, altresì, per il licenziamento “*intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970*” (articolo della *legge delegata*, intitolato *Vizi formali e procedurali*).

Esplicitamente fatta salva risulta, tuttavia, la possibilità che “*il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto*”.

In tale prospettiva, resta da domandarsi se il *difetto di contestazione* – oltre ad integrare un *vizio formale* – comporti la *insussistenza del fatto contestato*, per la quale è comminata (art. 3, comma 2 della *legge delegata*) la *reintegrazione nel posto di lavoro*.

**4.17.** La base di calcolo della *indennità* – che risulta comminata (in misure diverse), per quanto si è detto, in caso di licenziamento affetto da vizi sostanziali, formali o procedurali – è stata definita, con formulazione letterale diversa, dallo *schema* (a.g. n. 134) e dal *testo definitivo* del decreto legislativo (n. 23 del 2015).

Il primo fa riferimento, infatti, alla *retribuzione globale di fatto*, mentre il secondo *all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto*.

A prescindere dalla (eventuale) *intenzione del legislatore delegato* – di ridurre l'ammontare dell'indennità – sembra doversi negare qualsiasi contributo innovativo alla *diversificazione terminologica prospettata*.

Intanto la *retribuzione globale di fatto* viene, non di rado, esplicitamente assunta – dalla giurisprudenza<sup>1342</sup> – quale base di calcolo del trattamento di fine rapporto.

Comunque, la *retribuzione globale di fatto* costituisce la base di calcolo del risarcimento del danno – da licenziamento *illegittimo* – fin dalla introduzione, nel nostro ordinamento, delle *tutela reale* (art. 18 SL).<sup>1343</sup>

Ed il legislatore delegato, all'evidenza, non può innovare, in difetto di principio direttivo sul punto.

**4.18.** Corrisponde, poi, al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione – entro i limiti, tuttavia, stabiliti contestualmente – la retribuzione che, per quanto si è detto, risulta posta a base del calcolo dell'indennità.

E da essa va *dedotto* – in ogni caso (art. 2 e 3 della *legge delegata*) – “*quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative*” (c.d. *aliunde perceptum*) e – solo nel caso di licenziamento disciplinare (art. 3, comma 2) – anche “*quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro*”.

<sup>1342</sup> Vedi, per tutte, Cass. 21 maggio 2012, n. 7987; 13 marzo 2008, n. 6743; 7 febbraio 2008, n. 2872.

<sup>1343</sup> In tal senso è la giurisprudenza consolidata: vedi, per tutte, Cass. 17 ottobre 2014, n. 22050; 1 ottobre 2013, n. 22398; 15 aprile 2013, n. 9073; 31 luglio 2012, n. 13710.

Per il medesimo periodo, il datore di lavoro è tenuto – in ogni caso (art. 2 e 3 della *legge delegata*) – al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e – solo nel caso di licenziamento disciplinare (art. 3, comma 2) – anche delle sanzioni civili per omissioni contributive.

La *ratio* del diverso trattamento – in tema di *sanzioni civili* per omissioni contributive, appunto – riposa, poi, sulla *nullità o inefficacia* del licenziamento *discriminatorio o assimilato* e sulla *annullabilità* di altri licenziamenti *illegittimi*, che forma oggetto di sentenza *dichiarativa* e, rispettivamente, *costitutiva*.<sup>1344</sup>

Corrisponde, invece, all'anzianità di servizio aziendale (*per ogni anno di servizio*) – entro i limiti, tuttavia, stabiliti contestualmente – la retribuzione che, per quanto si è detto, risulta posta a base del calcolo dell'indennità per licenziamento "*intimato con violazione del requisito di motivazione (...) o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970*" (art. 4 della *legge delegata*).

E non è assoggettata a *contribuzione previdenziale*.

**4.19.** C'è chi pone a raffronto l'ammontare dell'indennità – per licenziamento *illegittimo* – con l'ammontare dei *benefici (sgravi contributivi e taglio IRAP)* per il *contratto di lavoro a tutele crescenti*.<sup>1345</sup>

Né possono esserne trascurate le implicazioni.

La perdita di *dissuasività* dell'indennità – in dipendenza dell'importo pari o, addirittura, inferiore rispetto alla decontribuzione – incide, all'evidenza, sulla *effettività* del diritto – alla *tutela giurisdizionale contro ogni licenziamento ingiustificato* – che risulta garantito ai lavoratori da disposizione (articolo 30 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.) dotata – per quanto si è detto – di *efficacia diretta*, anche *orizzontale*.

Resta, tuttavia, da scrutinare – sotto profili diversi – l'annunciato trasferimento della stessa *tutela* – contro il licenziamento, appunto – dal rapporto al mercato del lavoro.

<sup>1344</sup> Vedi Cass., sez. un. Civ., 18 settembre 2014, n. 19665, che risulta così *massamata*:

*In tema di reintegrazione del lavoratore per illegittimità del licenziamento, ai sensi dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, anche prima delle modifiche introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (nella specie, inapplicabile "ratione temporis"), occorre distinguere, ai fini delle sanzioni previdenziali, tra la nullità o inefficacia del licenziamento, che è oggetto di una sentenza dichiarativa, e l'annullabilità del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, che è oggetto di una sentenza costitutiva: nel primo caso, il datore di lavoro, oltre che ricostruire la posizione contributiva del lavoratore "ora per allora", deve pagare le sanzioni civili per omissione ex art. 116, comma 8, lett. a, della legge 23 dicembre 2000, n. 388; nel secondo caso, il datore di lavoro non è soggetto a tali sanzioni, trovando applicazione la comune disciplina della "mora debendi" nelle obbligazioni pecuniarie, fermo che, per il periodo successivo all'ordine di reintegra, sussiste l'obbligo di versare i contributi periodici, oltre al montante degli arretrati, sicché riprende vigore la disciplina ordinaria dell'omissione e dell'evasione contributiva.*

<sup>1345</sup> Vedi le elaborazioni UIL servizio politiche territoriali (in *sostegnoimpresa.blogspot.it* ed in *Professionefinanza.com*), che – all'esito di due *simulazioni*, riferite al licenziamento (dopo uno o tre anni) di lavoratore con *reddito annuo* diverso (tra 12.000 e 45.000 euro) – perviene al *saldo positivo* – per le imprese – fra *totale benefici (sgravi contributivi e taglio IRAP)*, da un lato, e *indennizzo licenziamento*, dall'altro: *saldo* compreso (in relazione, appunto, al diverso *livello di reddito*) tra 2.865 e 5.144 euro (per licenziamento dopo un anno) e tra 3.536 e 15.433 euro (per licenziamento dopo tre anni).

Il *saldo positivo* non cambia nella sostanza – ma va soltanto ridotto nell'ammontare – all'esito della correzione dell'errore – nella *simulazione* riferita al licenziamento dopo un anno – laddove commisura l'indennità a due mensilità, senza considerare che la stessa deve essere, comunque, "*non inferiore a quattro (.....) mensilità*": vedi, sul punto, S. CANNAVO', *Guadagnare licenziando*, in *Il fatto quotidiano*, 13 marzo 2015, che riferisce, tra l'altro, la efficace *definizione* del contratto a tutele crescenti – come *contratto a termine finanziato* – proposta da Guglielmo Loy della UIL, *autore dello studio sui benefici per le imprese*.

La idoneità a surrogare, integralmente, la tutela nel rapporto – come pare giuridicamente garantita dal sistema *multilivello* (rectius: *interlivello*) – si coniuga, in tale prospettiva, con la *effettività* – da verificare, anche in concreto – della *tutela nel mercato*.

**4.20.** La *tutela reintegratoria* – per licenziamenti discriminatori, nulli e, in alcuni casi, per i licenziamenti disciplinari – come la *regola* della *tutela indennitaria* per ogni altro *licenziamento illegittimo* risultano esplicitamente limitate – dal *principio direttivo* della delega (articolo 1, comma 7, cit.) – alle *nuove assunzioni*.

Coerente con la *delega* risulta, pertanto, la legge delegata (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.), laddove (articolo 1) delimita il proprio *campo d'applicazione*.

Per i lavoratori con qualifica (di operaio, impiegato o quadro) diversa da quella dirigenziale – che continua ad essere esclusa dalla disciplina limitativa dei licenziamenti di fonte legale – il *regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo* – recato dallo stesso decreto – si applica, infatti, solo se assunti – a decorrere dalla data della sua entrata in vigore<sup>1346</sup> – con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 1, comma 1), che dalla stessa data – per quanto si è detto – è *a tutele crescenti*.<sup>1347</sup>

**4.21.** Né sembra discostarsi dalla delega – fuggendo qualsiasi dubbio di legittimità costituzionale, sotto il profilo dell'*eccesso di delega* – la disposizione (di cui al comma 3 dell'articolo 1), che sancisce testualmente:

*“3. Nel caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto.”*

Infatti solo il raggiungimento del prescritto *requisito occupazionale* – sopravvenuto, in tale ipotesi, alla data di entrata in vigore del decreto legislativo (n. 23 del 2015, cit., appunto) – ha perfezionato, anche per i lavoratori assunti prima di tale data, la complessa fattispecie, che *legittima* l'accesso alla *tutela reintegratoria*.

**4.22.** Parimenti in coerenza con la delega, riguarda soltanto lavoratori – assunti a decorrere dalla data della entrata in vigore del decreto legislativo – la disciplina in materia di *piccole imprese e organizzazioni di tendenza* (articolo 9).

<sup>1346</sup> Cioè (ai sensi dell'articolo 12) dal giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (n.54 del 6-marzo-2015).

<sup>1347</sup> Introdotta nel testo definitivo del decreto legislativo, ne costituisce soltanto un utile chiarimento la previsione (di cui al comma 2 dello stesso articolo 1) del seguente tenore letterale:

*“2. Le disposizioni di cui al presente decreto si applicano anche nei casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del presente decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato.”*

Ne risulta, da un lato, sostanzialmente ribadito (comma 1) il *dualismo di tutela* tra i dipendenti di *piccole imprese* – che continuano ad essere esclusi dalla *tutela reintegratoria*, per i licenziamenti disciplinari (art. 3, comma 2) ed ammessi a *tutela indennitaria dimezzata* (nelle ipotesi di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, comma 1 ed all'articolo 6, comma 1) – e dipendenti delle altre imprese.

Ne risulta ribaltata, dall'altro, la pregressa esclusione delle *organizzazioni di tendenza* – dall'applicazione della tutela reale – e la soggezione alla disciplina prevista per gli altri datori di lavoro.

**4.23.** Forse non era imposto dalla delega – ma non sembra, tuttavia, discostarsene – la introduzione di una nuova disciplina di istituti, che risultano connessi con i licenziamenti di lavoratori, assunti a decorrere dalla data di entrata in vigore della *legge delegata* (decreto legislativo n. 23 del 2015, cit.).<sup>1348</sup>

Intanto la *revoca* del licenziamento (art. 5 della *legge delegata*) – entro quindici giorni dalla comunicazione dell'impugnazione – ripristina, bensì, il rapporto di lavoro senza soluzione di continuità – *con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca* – ma esonera, tuttavia, il datore di lavoro da qualsiasi sanzione comminata – e, perciò, da applicare (secondo la giurisprudenza costante) – per la *illegittimità* del licenziamento.

In aggiunta ad *ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge*, è prevista (art. 6 della *legge delegata*), poi, una *offerta di conciliazione*, che si articola nella *offerta*, appunto, del datore di lavoro – entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento ed in una delle sedi indicate contestualmente<sup>1349</sup> – dell'importo indicato contestualmente<sup>1350</sup> – che “*non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale*” — mediante *consegna di un assegno circolare* .

L'accettazione dell'assegno nella stessa sede – all'evidenza, incentivata dai benefici (fiscale e contributivo), oltre che dalla rimozione del rischio e del tempo del processo – comporta “*l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta*”.

**4.24.** Completa il quadro la disciplina in materia di:

- *computo dell'anzianità negli appalti* (art. 7 della *legge delegata*), ai fini del calcolo di *importo e indennità* (di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e all'articolo 6) – che tiene conto dell'intero periodo di impiego nell'attività appaltata – per il lavoratore che *passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto*;

<sup>1348</sup> Vedi A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 245/2015.

<sup>1349</sup> Di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, e all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni.

<sup>1350</sup> *Pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità.*

- computo e misura, per *frazioni di anno*, di importo ed indennità (di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e all'articolo 6);
- *rito applicabile* (art. 11 della *legge delegata*), che – escludendo, esplicitamente, l'applicazione del *procedimento specifico* (di cui ai commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della *legge Fornero* 28 giugno 2012, n. 92) – impone l'applicazione del *rito ordinario* per i licenziamenti intimati a lavoratori, assunti a decorrere dalla data di entrata in vigore della *legge delegata*

**4.25.** È ben vero che il meno favorevole regime di tutela contro i *licenziamenti illegittimi* – che è stato introdotto dalla legge delegata (decreto legislativo n. 23 del 2015, ci.) – risulta coerente, per quanto, si è detto, con i *principi direttivi* della *delega*, laddove (art. 1) ne limita l'applicazione ai lavoratori assunti a decorrere dalla data di entrata in vigore della stessa *legge delegata*.

C'è chi dubita, tuttavia, della *legittimità costituzionale*, in relazione al principio di uguaglianza (art. 3 cost.), anche sotto il profilo della *ragionevolezza*.<sup>1351</sup>

D'altro canto, il *dualismo delle tutele* contro il licenziamento illegittimo tra lavoratori *protetti* e lavoratori *non protetti* – finora vigente – ha ripetutamente superato, per quanto si è detto, lo

<sup>1351</sup> Vedi, per tutti:

M.TIRABOSCHI, intervista a *Lettera 43, quotidiano online indipendente*, 5 gennaio 2015, che denuncia un *nuovo apartheid* ed – in relazione alla questione di costituzionalità, minacciata dai sindacati – non sembra svolgere alcuna contestazione, ma prospetta, tuttavia, il rischio che possa “*costruire un cavallo di Troia e fornire l'assist perfetto*” per togliere le “*tutele dell'articolo 18*” anche ai vecchi assunti;

S.GIUBBONI, *Il contratto a tutele crescenti e la Costituzione*, in *Eticaeconomia*, 16 febbraio 2015, laddove denuncia che “*solo un'idea piccola di disuguaglianza, (.....), neutralizzata e svuotata da una formalistica e rinunciataria deferenza verso la discrezionalità illimitata delle scelte politiche del legislatore, potrebbe (...) giustificare (che sia) la data di assunzione (...) a determinare – a parità di tutte le altre condizioni – una decisiva differenziazione dello statuto protettivo dei lavoratori subordinati (.....)*”, ma prospetta – contestualmente – che “*potrebbe mettere in discussione la tenuta complessiva del disegno del Jobs Act (e), proprio per questo, (.....), difficilmente riuscirà ad aprire varchi nella linea di prudentissima deferenza alle scelte del legislatore ordinario da tempo consolidatasi nella giurisprudenza costituzionale*”; ID, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 246/2015.

L. MARIUCCI, *Renzi e l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, Insight, marzo 2015, laddove si legge:

*Ma fino a quando l'effetto sostitutivo non verrà completato si registrerà una vistosa differenziazione di trattamento tra quanti sono già titolari di un contratto di lavoro e tutti coloro che verranno assunti dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina.*

*Accadrà quindi che vi saranno due tipi di lavoratori, occupati nella stessa impresa, con la stessa qualifica e le medesime mansioni, ma con un trattamento differente su un istituto cruciale del rapporto di lavoro come quello relativo ai limiti del potere di licenziamento: il che significa che se licenziati per la medesima fattispecie gli uni potranno ottenere, in assenza di giustificato motivo, la reintegrazione del rapporto, mentre per gli altri il licenziamento ingiustificato verrà solo monetizzato.*

*C'è da chiedersi in quale strana accezione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza possa trovare fondamento una disparità così macroscopica di trattamento, la cui legittimità dovrebbe essere argomentata sulla base del fatto che uno dei due lavoratori a suo tempo, e magari anni prima, era stato assunto con lo “speciale” “contratto a tutele crescenti”.*

*Di questo si dovrà occupare evidentemente la Corte Costituzionale. Per l'intanto si può tranquillamente affermare, che si tratta di una differenza di trattamento “ingiusta”: “questo sarebbe ingiusto”, aveva risposto infatti lo stesso presidente del Consiglio a chi gli chiedeva, qualche tempo fa, se l'art.18 sarebbe stato modificato e/o abrogato solo per i nuovi assunti (intervista a La Repubblica del 30 settembre 2014).*

In senso contrario, vedi M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, cit. spec. 746 ss.

scrutinio di legittimità costituzionale, (anche) in relazione al ricordato parametro: lungi dal garantire un *privilegio* – ai lavoratori *protetti* – è risultato funzionale, infatti, ad esigenze (correlate, essenzialmente, con le *dimensioni*) dei datori di lavoro.<sup>1352</sup>

Tanto dovrebbe bastare per ritenere, quantomeno, *non manifestamente infondata* la questione di legittimità costituzionale – in relazione al principio di uguaglianza, appunto – del sopravvenuto *pluralismo* – al pari del *dualismo*, finora vigente – dei regimi di tutela contro il licenziamento, in dipendenza della *diversità di trattamento* – che ne risulta – tra vecchi e nuovi assunti.

È ben vero che – in senso contrario – risulta, talora, invocato<sup>1353</sup> il principio secondo cui “*non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alle stesse fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche, (...), essendo conseguenza dei principi generali in tema di successione di leggi nel tempo*”.<sup>1354</sup>

Resta da domandarsi, tuttavia, se al regime di tutela per i *nuovi assunti* – in quanto non risulta *collegato*, per quanto si è detto, ad una *nuova* tipologia contrattuale – possa trovare applicazione lo stesso principio.<sup>1355</sup>

<sup>1352</sup> Quali “*l'elemento fiduciario che permea il rapporto datore di lavoro-lavoratore, la necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese minori, la necessità di ovviare tensioni nella fabbrica*”: così, testualmente, Corte cost. N 2 del 14 gennaio 1986 (in Foro it., 1986, I, 1184; annotata da PERA, in Giur. costit., 1986, I, 235), che richiama e sintetizza l'ampia elaborazione giurisprudenziale precedente.

<sup>1353</sup> Vedi MARAZZA, *op. cit.*

<sup>1354</sup> Così, testualmente, da ultima, Corte Cost. , 13 novembre 2014, n. 254 (inedita, a quanto consta), in coerenza con la giurisprudenza consolidata precedente.

<sup>1355</sup> Non può essere trascurato, infatti, che risulta fondata – proprio sul *collegamento* con *nuovi* contratti di appalto – la declaratoria di legittimità costituzionale del *nuovo* regime della responsabilità solidale (art. 29 del dlgs. 276/2003) – negli appalti, appunto – pronunciata dalla stesa sentenza (Corte Cost. , 13 novembre 2014, n. 254, cit.) ora invocata, per quanto si è detto, a sostegno della tesi della costituzionalità della limitazione – alle *nuove assunzioni* – del sopravvenuto regime di tutela contro i licenziamenti.

Sul piano generale, poi, non può essere trascurato, altresì, che lo *ius superveniens* trova applicazione “*ai fatti, agli "status" e alle situazioni esistenti o sopravvenuti alla data della sua entrata in vigore – ancorché conseguenti ad un fatto passato – (soltanto) quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in se stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati, in modo che resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore*”: in tal senso è la giurisprudenza consolidata (vedine, per tutte, Cass., Sez. U, Sentenza n. 2926 del 12/12/1967; Sez. L, Sentenza n. 301 del 09/01/2014; Sez. 3, Sentenza n. 10436 del 18/07/2002; Sez. L, Sentenza n. 2433 del 03/03/2000; Sez. 1, Sentenza n. 16620 del 03/07/2013).