

## Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra *law and economics* e vincoli costituzionali\*

Valerio Speciale

1. Riforma dei licenziamenti, obiettivi economici e crisi epistemologica del diritto del lavoro.	77
2. Le caratteristiche strutturali della nuova disciplina ed il rafforzamento dei poteri imprenditoriali.	83
3. L'ambito di applicazione ed i profili di incostituzionalità.	87
4. Il licenziamento discriminatorio e nullo.	91
5. La reintegrazione nel recesso disciplinare.	95
6. La incostituzionalità del regime «binario» reintegrazione/risarcimento del danno.	101
7. La tutela indennitaria e il suo possibile contrasto con il diritto europeo e la Costituzione.	105
Riferimenti bibliografici	108

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 259/2015

## 1. Riforma dei licenziamenti, obiettivi economici e crisi epistemologica del diritto del lavoro.

Dopo due anni e mezzo dall'entrata in vigore della l. 92 del 2012, il legislatore torna nuovamente a modificare la disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi. L'innovazione, questa volta, ha effetti assai più dirompenti perché il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 non si limita a rendere le regole più flessibili, ma muta nel profondo le tutele in materia, con il passaggio da un sistema fondato sulla reintegrazione nel posto di lavoro ad uno in cui il risarcimento del danno, in misura fissa e predeterminata, diventa il fulcro della nuova disciplina.

La riforma ha un obiettivo palese che è quello di «rafforzare le possibilità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione»<sup>272</sup>, in un contesto che dovrebbe valorizzare la protezione del lavoratore non più nel rapporto, bensì nel mercato del lavoro, secondo le linee guida proprie della flexicurity. Il legislatore, dunque, ritiene che la disciplina dei licenziamenti sia in grado di influenzare in modo determinate la dinamica della occupazione. Infatti, limiti troppo stringenti alla facoltà del datore di lavoro di interrompere il contratto (ed in particolare l'art. 18 dello statuto dei lavoratori) scoraggerebbero le assunzioni<sup>273</sup> e favorirebbero il dualismo nel mercato del lavoro, segmentato tra lavoratori garantiti e quelli privi di tutele, che non riescono ad avere accesso ad una occupazione stabile.

Vi è, in questo caso, la piena adesione al “pensiero unico” in materia espresso per la prima volta dall'OCSE nel 1994 e fatto proprio dalle grandi istituzioni economiche internazionali (Fondo Monetario, Banca Centrale Europea) e dalla Commissione Europea che, con le proprie raccomandazioni, da tempo suggerisce ai paesi europei la riduzione dei vincoli in tema di recesso<sup>274</sup>. Ho già più volte sostenuto che «questa tesi è smentita da numeri studi teorici e soprattutto dall'evidenza empirica. Da questo punto di vista i dati a nostra disposizione e l'ampiezza degli ambiti temporali a cui essi si riferiscono dovrebbero togliere ormai ogni dubbio sulla erroneità di questa teoria. Le “prove contrarie” rispetto all'idea della positiva correlazione tra occupazione e riduzione delle tutele in materia di licenziamento sono così evidenti e diffuse da rendere incomprensibile come sia possibile continuare a sostenere un'opinione così priva di qualsiasi riscontro teorico e pratico. Persino Pietro Ichino, che è uno dei sostenitori più strenui ed autorevoli della incidenza negativa della *Employment Protection Legislation* sul mercato del lavoro, è stato recentemente costretto ad ammettere che “la scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l'“equilibrio mediterraneo” (ndr: caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti) determini di per sé tassi di disoccupazione più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei Paesi nord europei e di quelli di tipo statunitense»<sup>275</sup>. Una conclusione che, peraltro, è stata da tempo anche affermata dall'Ocse<sup>276</sup>.

<sup>272</sup> Art. 1, c. 7, l. 183/2014.

<sup>273</sup> Rodano, 2015, 18, pur all'interno di una analisi che sottolinea la scarsa incidenza della nuova disciplina ad avere effetti occupazionali positivi.

<sup>274</sup> Su tali aspetti mi permetto di rinviare a Speziale, 2012a, 525 ss.; Id., 2013, 305 ss.; Id., 2014b, 356 ss. (ed agli ulteriori riferimenti bibliografici ivi indicati).

<sup>275</sup> Speziale, 2014a, 16. Per l'approfondimento di questi temi rinvio ai miei saggi cit. a nt. 3, ed alla letteratura e ai dati ivi indicati.

<sup>276</sup> «Complessivamente le analisi teoriche non forniscono una risposta ben definita sugli effetti della legislazione in materia di licenziamenti sui livelli complessivi di occupazione o disoccupazione» (OECD, 2004, 80). L'Organizzazione afferma che la disciplina dei licenziamenti potrebbe avere effetti negativi sulla occupazione di alcuni gruppi di lavoratori (donne, giovani) (63), sostenendo come questa tesi sia affermata da «alcuni studi» (senza, dunque, essere confermata da tutti gli studiosi).

In verità, il tasso di occupazione e disoccupazione è determinato dal livello di domanda aggregata e degli investimenti produttivi e, in tale contesto, «il ruolo del mercato del lavoro (e delle sue caratteristiche) è molto meno importante di quello che si potrebbe pensare»<sup>277</sup>. Con la conseguenza che il Jobs Act non può avere la finalità «di creare direttamente nuovi posti di lavoro»<sup>278</sup>. La stessa tesi secondo cui l'art. 18 avrebbe scoraggiato nuove assunzioni è smentita da numerose ricerche che sottolineano come il *turn over* italiano (in sostanza la mobilità in entrata ed in uscita dal mercato del lavoro e la creazione/distruzione di occupazione) siano tra i più elevati in Europa. D'altra parte non esistono evidenze empiriche di un *turn over* superiore nelle imprese in cui non si applica l'art. 18 dello statuto dei lavoratori ed anzi vi sono risultati di segno contrario<sup>279</sup>.

In realtà la tesi secondo cui la minore tutela in materia di licenziamenti crea occupazione appartiene al novero delle «credenza indimostrate»<sup>280</sup>, di quelle cioè che «non sono accettate comunemente perché sono evidenti; piuttosto, sembrano evidenti perché sono comunemente accettate»<sup>281</sup>. Tuttavia le numerose ed argomentate critiche a questa teoria, fondate su studi o dati empirici, non producono effetti. E questo, in primo luogo, per il declino del tradizionale metodo scientifico fondato sulla contrapposizione tra discorsi razionali verificabili nella realtà. Infatti «la scienza giuridica procede meno tramite la falsificazione delle affermazione erronee (alla Popper) e più per negoziazione del consenso tra i membri della comunità scientifica»<sup>282</sup>. Un ruolo determinante, peraltro, è svolto dalla diffusione di un *mainstream* economico che, fatto proprio dalle grandi istituzioni internazionali e politiche, è diventato una sorta di «teologia economica», caratterizzato da «assiomi presentati come verità indiscutibili e trasformati una vera e propria ortodossia, dotata di una sua intrinseca razionalità che non ammette obiezioni, in quanto fondata su (presunte) ragioni oggettive di carattere economico»<sup>283</sup>. Senza dimenticare che ridurre le tutele in materie di licenziamenti significa ripristinare in modo consistente l'autorità dell'impresa, in un contesto dunque di marcato riequilibrio dei poteri nel contratto di lavoro<sup>284</sup>. Questo approccio al problema non è molto *trendy* se si pensa alla dimensione, tipica della *law and economics*, che considera l'impresa come un *team*, con «una rete di contratti, vantaggiosi per ciascuno e per tutti»<sup>285</sup>, nell'ambito di un'elaborazione teorica che nega la stessa dimensione del «potere». Tuttavia, per chi non si lasci abbagliare da queste impostazioni e ragioni in termini giuridici e di reali rapporti di forza nel contratto di lavoro, sembra impossibile non leggere questa riforma nel senso sopra descritto.

<sup>277</sup> Rodano, 2015, che sottolinea il ruolo «passivo» del mercato del lavoro: «i livelli dell'occupazione e della disoccupazione sono decisi altrove», perché «l'occupazione aumenta quando le imprese utilizzano più lavoro e ciò avviene quando nel mercato (dei beni!) si accresce la richiesta dei prodotti delle imprese» (3).

<sup>278</sup> Rodano, 2015, 2.

<sup>279</sup> Su tale aspetto, oltre agli altri saggi citati nella nota 3, v. Speciale 2014b, 356 ss., con indicazione degli studi sulla elevata mobilità del mercato del lavoro italiano. In questo articolo ho analizzato anche la ricerca che sottolinea l'impatto «insignificante» sui livelli occupazionali della introduzione, nel 1990, di limiti al potere di recesso nelle imprese con meno di 15 dipendenti. La opinione di Rodano (2015, 18) secondo cui l'art. 18 scoraggerebbe le assunzioni è priva di riscontri empirici.

<sup>280</sup> Perulli, 2015, 12.

<sup>281</sup> Amsterdamski, 1977, 975.

<sup>282</sup> Perulli, 2015, 16.

<sup>283</sup> Speciale, 2014b, 364.

<sup>284</sup> Perulli, 2015, 6; Scarpelli, 2015, 3.

<sup>285</sup> Denozza, 2015, 46.

Il legislatore, dunque, si è adeguato al «mantra» europeo del rapporto tra rigidità della *job employment protection* e livelli di occupazione<sup>286</sup>. Tuttavia, la nuova disciplina è anche figlia di uno scambio tutto “politico” tra interventi nazionali che incidono sulla finanza pubblica senza rispettare i parametri europei e introduzione di «riforme strutturali» del mercato del lavoro, inclusa quella in materia di licenziamenti da tempo auspicata dalla Commissione Europea. Uno scambio che, in questo caso, ha perfettamente funzionato<sup>287</sup>. La riforma, peraltro, potrebbe anche essere considerata come un vincolo obbligatorio imposto dall’Unione Europea. La modifica alla disciplina dei licenziamenti, infatti, costituirebbe una delle riforme strutturali che, dopo le recenti innovazioni normative in tema di *governance* economica europea, sarebbero diventate dei veri e propri obblighi a carico degli Stati membri, la cui violazione potrebbe essere repressa con pesanti sanzioni<sup>288</sup>. In realtà, pur nel contesto di una forte accentuazione del carattere vincolante delle Raccomandazioni e degli Orientamenti integrati sulle politiche economiche e per l’occupazione, è discutibile che esse abbiano assunto il carattere di veri obblighi giuridici<sup>289</sup>. Gli Stati membri, fino a quando non sono vincolati ai Memorandum di intesa, possiedono infatti «margini di autonoma determinazione»<sup>290</sup>, anche perché le Raccomandazioni in materia del lavoro, a differenza di quelle a contenuto direttamente economico, se violate, non sono soggette a sanzioni. Pertanto, la scelta di una così forte flessibilizzazione delle regole in materia di licenziamenti non era una strada obbligata<sup>291</sup>.

La nuova disciplina, peraltro, sollecita riflessioni che attengono alla stessa essenza ed alle finalità del Diritto del lavoro e che spingono ad analizzare i profili epistemologici della materia. Una valutazione anche sommaria dei contenuti della riforma dimostra come essa sia interamente dominata da valutazioni strettamente economiche. La finalità, come si è visto, è l’incremento dell’occupazione. Ma anche le tecniche utilizzate sono espressione tipica della *law and economics*. Ad esempio la drastica riduzione dell’ambito della reintegrazione e la sua sostituzione con una indennità monetaria è giustificata dalla necessità di eliminare la indeterminatezza del *firing cost* legato alla incertezza della durata e dell’esito del processo (che, a distanza di molto tempo, potrebbe imporre la reintegra innalzando i costi di impresa). Essa, inoltre, riduce, sempre in termini economici, le conseguenze negative che nascono dalle asimmetrie informative. Il datore di lavoro non conosce le competenze e le abilità del lavoratore al momento dell’assunzione e, se ha fatto

<sup>286</sup> M.T. Carinci, 2012a, 536.

<sup>287</sup> Non vi è dubbio, infatti, che la modifica della disciplina dei licenziamenti è il “corrispettivo” con il quale il Governo Renzi ha ottenuto che il mancato rispetto dei vincoli economici europei – conseguenti, tra l’altro, al *bonus* degli 80 euro concesso ad una vasta platea di contribuenti – non venisse sanzionato dall’Unione. Su tali aspetti cfr. Speziale, 2014a, 7 ss. Anche Pizzoferrato (2015, 18) sottolinea l’apprezzamento della Commissione che, pur rilevando le criticità economiche del nostro paese (in relazione al debito pubblico eccessivo), sottolinea l’importanza delle riforme strutturali come strumento di riallineamento ai parametri UE.

<sup>288</sup> Chieco, 2015, secondo il quale «la direttività della *governance* economica europea ha imposto al nostro paese di “svolgere sempre più di frequente un’attività ricettizio-normativa piuttosto che politico-normativa”, attuando così un sistema di flessicurezza e un modello di mercato del lavoro funzionale agli obiettivi macroeconomici perseguiti» (58).

<sup>289</sup> Pizzoferrato, 2015, 14 ss.

<sup>290</sup> Chieco, 2015, 68, che, peraltro, esprime dubbi sul punto, sottolineando la precettività degli indirizzi imposti dall’Unione.

<sup>291</sup> Ho approfondito questi aspetti in Speziale, 2014a, 8 ss.

una scelta sbagliata, deve licenziare il dipendente «senza costi (o con costi trascurabili). Ma questa flessibilità è proprio ciò che l'art. 18 impedisce»<sup>292</sup>. La esatta predeterminazione del *firing cost* (legato, come vedremo all'anzianità di servizio e senza che il magistrato possa, discrezionalmente, incidere sul *quantum*) rispecchia una duplice esigenza: a) determinare in anticipo quale sarà il valore economico del recesso, eliminando i rischi della variabilità degli importi o della loro modificabilità per effetto dell'intervento del giudice o della durata del processo; b) consentire all'impresa, in una tipica analisi costi/benefici, di valutare a priori se sia più conveniente interrompere il contratto senza ragioni giustificative (pagando somme ridotte e comunque certe) o se continuare nella relazione contrattuale in considerazione degli apporti economici che il rapporto di lavoro può ancora realizzare. In questo caso l'approccio seguito è quello degli «*inadempimenti efficienti (efficient breach)*»<sup>293</sup>, in una dimensione nella quale «la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria»<sup>294</sup>.

Anche l'offerta conciliativa (prevista dall'art. 6 del d.lg 23/2015) è ispirata all'analisi costi/benefici. In questo caso, infatti, la predeterminazione di un *firing cost* ridotto consente all'impresa, che segua la procedura e le condizioni previste dalla legge, di avere l'esatta individuazione del valore economico del recesso in cambio della rinuncia all'azione giudiziaria, evitando il rischio che il giudice affermi la illegittimità del licenziamento e condanni ad un risarcimento superiore. Dal lato del lavoratore, l'incentivo economico ad accettare la proposta conciliativa è ancora superiore. L'indennità ridotta, infatti, pur inferiore a quella standard, è esente da Irpef, al contrario del risarcimento del danno ordinario. Con l'accettazione dell'importo – che viene immediatamente offerto con assegno circolare, per rafforzare l'attrattività della conciliazione – il lavoratore potrà ricevere una somma certa ed immediatamente disponibile, di poco inferiore a quella prevista dalla legge in caso di licenziamento illegittimo. Inoltre avrà il vantaggio di evitare i costi di accesso alla giustizia (oneri fiscali, remunerazione dell'avvocato) ed i rischi di un possibile esito negativo della causa.

Si è giustamente sottolineato come questa dimensione tutta economica della nuova disciplina dei licenziamenti costituisca l'espressione di un cambio del paradigma scientifico del diritto del lavoro che può essere definito come «la *declinazione giuslavoristica dell'analisi economica del diritto*»<sup>295</sup>. In tale contesto il diritto del lavoro non opera quale strumento «di bilanciamento/contempera-

<sup>292</sup> Rodano, 2015, 17. A questo a. si rinvia per quanto attiene alla indeterminatezza del “costo del licenziamento” indicata nel testo (16).

<sup>293</sup> Perulli, 2015, 12; Id., 2012a.

<sup>294</sup> Perulli, 2012a, 563.

<sup>295</sup> Perulli, 2015, 9, che spiega come «secondo l'impostazione epistemologica di Thomas Kuhn con (il concetto di paradigma scientifico) si designano le regole ammesse ed interiorizzate come “norme” dalla comunità scientifica in un determinato momento storico, onde la scienza si sviluppa come “scienza normale”, basata su «idee, teorie e prassi comunemente accettate come valide dalla comunità scientifica» (4).

mento degli interessi nel complesso rapporto evolutivo tra iniziativa economica e diritti sociali»<sup>296</sup>. Esso, al contrario, viene letto esclusivamente in una dimensione di (presunta) «efficienza economica», quale strumento in grado di evitare disfunzioni del sistema produttivo. La norma giuridica viene sottoposta a un processo di valutazione dei suoi effetti nell'economia che «sottende una visione riduttiva della funzione giuridica», priva peraltro di un univoco riscontro anche nella letteratura economica<sup>297</sup>. La stessa idea del diritto è radicalmente rimessa in discussione. Esso non è considerato come strumento di attribuzione di posizioni soggettive che esprimono valori interiorizzati nella società e riconosciuti normativamente nelle Costituzioni, nelle Carte fondamentali e nelle leggi ordinarie. Al contrario, «il diritto deve essere in linea di principio costruito in modo da massimizzare il benessere, prescindendo dal modo con cui il benessere viene distribuito»<sup>298</sup>. In tale ambito le norme non pongono limiti alle condotte del datore di lavoro in funzione di contemperamento con i diritti fondamentali del prestatore, ma servono solo «a fissare i confini delle azioni consentite: le quali, se producono risultati "ingiusti" a livello di singolo rapporto di lavoro (licenziamento illegittimo, un mutamento di mansioni non coerente con la professionalità del lavoratore, ecc.) si giustificano comunque in termini di "aggregazioni di benessere" e vanno corrette non già nell'ambito della relazione intersoggettiva, ma a livello sistemico, per mezzo di apparati e tecniche specializzate in funzione redistributiva»<sup>299</sup>.

Non vi è dubbio che il diritto del lavoro, per la sua profonda connessione con la produzione di beni e servizi, non possa essere indifferente alle ragioni dell'economia<sup>300</sup>. Ha quindi ragione chi sostiene che non ha senso «contrapporre orizzontalmente il diritto del lavoro all'economia: ciò semplicemente perché *il diritto del lavoro è fatto anche di economia, così come tante altre ragioni e giustificazioni*, senza peraltro esaurirsi in alcuna di esse»<sup>301</sup>. Tuttavia l'apertura cognitiva con la scienza economica (e con le altre scienze, come, ad esempio, la sociologia) significa scambio di informazioni, di giudizi e di opinioni evitando che si materializzi «il rischio della subordinazione monistica del diritto [del lavoro] all'economia»<sup>302</sup>. Mi sembra, al contrario, che siamo in presenza di una «nuova tirannia dei valori economici»<sup>303</sup>. La prospettiva economica, infatti, costituisce l'unica ragione giustificativa della riforma della disciplina in materia di licenziamenti, con un giudizio che può essere esteso anche alle più recenti innovazioni in tema di contratto a termine o di regolazione del mercato del lavoro. Non è importante soffermarsi sulla fondatezza o meno delle teorie economiche che legano riduzione delle tutele in materia di licenziamento e i livelli di occupazione, che è già stata analizzata. Si tratta solo di ribadire, in primo luogo, che la *law and economics* non

---

<sup>296</sup> Perulli, 2015, 7.

<sup>297</sup> Perulli, 2015, 10 – 11.

<sup>298</sup> Denozza, 2013, 48.

<sup>299</sup> Perulli, 2015, 11 – 12.

<sup>300</sup> Molti anni fa, un Maestro della nostra materia sottolineava la necessità «di coniugare gli obiettivi socialità con gli obiettivi di efficienza», ricordando che quest'ultima «non è una prerogativa padronale, ma costituisce un principio di azione valido per tutti. Ma neppure è una legge scientifica, e pertanto sulle modalità di traduzione pratica di essa possono emergere divergenze, anche profonde» (Giugni, 1989, 334).

<sup>301</sup> Del Punta, 2013, 45-46.

<sup>302</sup> Del Punta, 2013, 46.

<sup>303</sup> Perulli, 2012a, 584.

è una “scienza esatta” ed anzi se ne sottolinea sempre più spesso l'inconsistenza teorica<sup>304</sup>. Inoltre, occorre soprattutto ricordare che essa determina la negazione della stessa specificità del diritto, obliterando completamente la sua «dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi»<sup>305</sup>.

Un esempio connesso alla tutela in materia di licenziamento può essere utile a comprendere meglio la realtà. Il recesso, infatti, interrompe l'esecuzione della prestazione, che non è solo l'adempimento dell'obbligo contrattuale ma uno strumento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio dei suoi diritti fondamentali. Non a caso si è detto che «il prestatore, attraverso il lavoro, all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa al datore, ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2, cit., e nel successivo art. 36»<sup>306</sup>. D'altra parte, la reintegrazione è espressione di una particolare tecnica di tutela, l'esecuzione in forma specifica. Con essa si persegue l'obiettivo di ripristinare integralmente la posizione soggettiva lesa in base alla considerazione che i valori protetti dalla norma giuridica sono così importanti da non poter essere compensati da un mero risarcimento del danno. In tale ambito si è affermato che «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via regola al diritto ad una somma»<sup>307</sup>.

Non si vuole ovviamente sostenere che la reintegrazione sia l'unica forma di tutela possibile dei diritti fondamentali del lavoratore. È importante piuttosto sottolineare come i profili giuridici sopra delineati (adempimento dell'obbligo lavorativo quale espressione della personalità umana/tutela in forma specifica come ripristino integrale di diritti fondamentali) vengano completamente ignorati dal legislatore che, nella disciplina del licenziamento non discriminatorio, si muove in ambito regolativo tutto finalizzato alla soddisfazione di presunte esigenze oggettive di carattere economico nel senso più volte spiegato.

Mi sembra dunque che «la subordinazione monistica del diritto (del lavoro) all'economia» è qualcosa di ben più concreto di un semplice «rischio», con piena realizzazione della «tirannia dei valori economici». Siamo in effetti in presenza di una crisi dello statuto epistemologico del diritto del lavoro, nel quale la dimensione giuridica - nel senso assiologico più volte spiegato - è del tutto assente, o comunque completamente subordinata alle ragioni economiche. Stiamo assistendo a un vero e proprio processo di «colonizzazione» che impone gli obiettivi ed i metodi dell'economia quale unico fondamento scientifico della materia. L'apertura metodologica e cognitiva non può coincidere con «l'esproprio» della specificità del diritto che giustifica la sua stessa esistenza. È certamente vero che l'identità del giuslavorista non può prescindere dal contesto economico e dalla stessa analisi di efficienza della norma giuridica. Tuttavia, è altrettanto vero che accogliere esclusivamente il punto di vista dell'analisi economica del diritto significa accettare una lettura

<sup>304</sup> Non è un caso che uno dei giuristi che maggiormente hanno studiato questa materia abbia intitolato un proprio saggio sottolineando come si fosse in presenza del «successo di una tanto debole teoria» (Denozza, 2013, 43). Ed è altrettanto significativo che uno dei massimi teorici della *law and economics* (Richard Posner) abbia rivisitato criticamente le sue opinioni su tale disciplina.

<sup>305</sup> Perulli, 2012a, 561.

<sup>306</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, [www.dejure.giuffrè.it](http://www.dejure.giuffrè.it), 6.

<sup>307</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, 6.

efficientistica dalle norme che valuta i dispositivi giuridici come limiti, o ostacoli, capaci di modificare i comportamenti degli attori economici e produttivi di effetti perversi, contrari sia alla razionalità strumentale sia alla razionalità assiologica (coincidente con la protezione dei diritti fondamentali della persona). Eppure il diritto generale (e quello del lavoro in particolare) deve necessariamente essere concepito come sistema di valori che completa quelli economici e mercantili. In sostanza, bisogna riaffermare con forza che «l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio»<sup>308</sup>. In caso contrario è la stessa identità epistemologica del diritto del lavoro ad essere minacciata.

## 2. Le caratteristiche strutturali della nuova disciplina ed il rafforzamento dei poteri imprenditoriali.

Il contratto a tutele crescenti si discosta in modo sostanziale dalle varie ipotesi di questa nuova tipologia contrattuale elaborate a livello europeo ed anche nel contesto nazionale. Pur nella diversità dei vari modelli proposti, questo nuovo contratto – fondato sul presupposto che l'eccessiva rigidità in materia di licenziamenti scoraggia l'occupazione – prevede una disciplina di "ingresso" che protegge il lavoratore in caso di recesso ingiustificato solo con indennità economiche crescenti in relazione all'anzianità di servizio. In seguito, dopo un periodo temporale predeterminato, il lavoratore accede alle normali tutele in materia di licenziamento, che, nel nostro sistema, avrebbe significato l'applicazione delle regole in tema di stabilità reale od obbligatoria<sup>309</sup>. Con la riforma, al contrario, si è in presenza di una nuova disciplina dei licenziamenti individuali dove, a fronte della abrogazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori (il cui contenuto viene conservato solo in alcune ipotesi limitate), la reintegrazione viene sostituita da una indennità economica che aumenta in relazione alla anzianità di servizio e senza che il lavoratore raggiunga mai le stesse tutele previste per tutti i lavoratori. Infatti, la disciplina precedente, legata alla norma dello statuto dei lavoratori ed all'art. 8 della l. 604/1966, è ormai applicabile solo ai contratti di lavoro già esistenti ed è quindi destinata alla sua graduale estinzione in conseguenza della cessazione, per svariate ragioni, dei rapporti di lavoro. Si è quindi giustamente affermato che «il suggestivo *nomen* "contratto a tutele crescenti" appare poco più di un espediente semantico per dissimulare l'abrogazione dell'art. 18 St. lav. sotto un manto di rispettabilità europea»<sup>310</sup>.

Una prima caratteristica della nuova disciplina è la *marginalizzazione* della reintegrazione, che, da regola generale, diventa una eccezione<sup>311</sup>. La tutela ripristinatoria, infatti, è limitata ad ipotesi anche molto importanti dal punto di vista dei valori coinvolti (si pensi al licenziamento discriminatorio) ma del tutto secondarie, dal punto di vista quantitativo, rispetto alla dinamica ordinaria dei recessi. L'assenza di giusta causa o giustificato motivo è oggi infatti sanzionata esclusivamente con il risarcimento del danno, a parte la fattispecie – anche essa assai circoscritta (v. § 5) – del licenziamento disciplinare nel quale sia carente il «fatto materiale contestato». Si tratta, dunque,

<sup>308</sup> Del Punta, 2001, 39.

<sup>309</sup> Sulle varie forme di contratto a tutele crescenti proposte a livello europeo e nazionale cfr. Perulli, 2015, 20 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche); Perulli, Casale, 2013.

<sup>310</sup> Perulli, 2015, 27.

<sup>311</sup> Perulli, 2015, 30 – 31; Fiorillo, 2015, 128; Brino, 2015, 84; Giubboni, 2015, 4; Scarpelli, 2015, 11; Pisani, 2015, 24.

di una «svolta di tipo copernicano»<sup>312</sup>, che ci allontana dai paesi europei dove la reintegra costituisce un ancora uno strumento largamente diffuso anche per i licenziamenti ingiustificati<sup>313</sup> e rende il nostro paese tra i più flessibili in questa materia ed assai vicino al modello spagnolo<sup>314</sup>.

Un secondo aspetto da sottolineare è l'indiretta incidenza della riforma sulle nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo ed oggettivo. Le definizioni normative restano immutate e quindi, teoricamente si potrebbe pensare che nulla è cambiato<sup>315</sup>. Non va dimenticato, tuttavia, che si tratta di “norme aperte” (o “clausole generali” secondo una diversa definizione) i cui contenuti sono stati ampiamente definiti dalla giurisprudenza anche in relazione al sistema sanzionatorio<sup>316</sup>. In particolare la tutela reintegratoria aveva enfatizzato “l'interesse alla stabilità” quale profilo causale del contratto di lavoro (ovviamente nei casi in cui si applicava la norma dello statuto dei lavoratori)<sup>317</sup>. E non è un caso, pertanto, che il licenziamento per giusta causa sia definito come una “grave negazione” del vincolo fiduciario che impone la sanzione disciplinare più radicale<sup>318</sup> o che, nel recesso economico, sia stato introdotto l'obbligo del *repechage* conseguente alla qualificazione di questo tipo di licenziamento quale *extrema ratio*<sup>319</sup>. Queste elaborazioni sono frutto della previsione dell'art. 18 e della particolare forza attribuita alla stabilità dell'occupazione da una sanzione che, in caso di recesso ingiustificato, imponeva la ricostituzione del rapporto di lavoro<sup>320</sup>.

È possibile, dunque, che la riforma determini un “affievolimento” delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo. Nel licenziamento disciplinare, in realtà, la reintegrazione, seppure in situazioni del tutto particolari, è ancora esistente. Un interesse alla stabilità, seppur circoscritto, quindi permane – anche se limitato alla insussistenza del «fatto materiale contestato» - e dovrebbe quindi consentire di conservare alla giusta causa o al giustificato motivo soggettivo, la qualificazione in termini di lesione particolarmente grave del vincolo fiduciario. Si potrebbe obiettare, peraltro, che solo in questa ipotesi la valutazione della legge consente di arrivare a tale conclusione e non negli altri casi. E si dovrebbe anche concludere che nel licenziamento per giustificato motivo

<sup>312</sup> Fiorillo, 2015, 104.

<sup>313</sup> Si rinvia, sul punto, all'approfondita analisi comparata recentemente svolta da Pedrazzoli, 2014, 3, ss.

<sup>314</sup> Infatti in Spagna, nel caso di *despido improcedente* (costituito da un licenziamento non affetto da nullità ma da vizi di forma o da assenza di prova delle ragioni giustificative), il datore di lavoro è tenuto al pagamento di una indennità risarcitoria pari a 33 giorni di retribuzione per anno lavorato sino ad un massimo di 24 mensilità. Si rinvia, su tale aspetto, a Pedrazzoli, 2014, 34.

<sup>315</sup> È questa, ad es., l'opinione di Fiorillo, 2015, 107, 111; Marazza, 2015, 310; Gentile, 2015, 53.

<sup>316</sup> Sui concetti indicati nel testo si è ripresa la distinzione operata da Mengoni, 1986, 7 ss., che preferisce qualificare l'art. 2119 c.c. e l'art. 3 l. 604/1966 come “norme generali”, con una tesi seguita da numerosi autori (indicati da Varva, 2014, 23 ss.). Per una recente analisi del problema cfr. Bellomo, 2015, 66 ss.

<sup>317</sup> Sul contenuto di tale interesse cfr. Persiani, 1971, 682 ss. Per una analisi recente dell'interesse alla stabilità nell'ambito del licenziamento economico cfr. Brun, 2012, 65 ss.

<sup>318</sup> Tra le tante v., ad es., Cass. 27.2.2014 n. 4723 e Cass. 10.12.2014 n. 26039.

<sup>319</sup> Anche in questo caso la giurisprudenza è «pacifica» (Brun, 2012, 54). Tuttavia la riforma Fornero ha inciso anche su tale aspetto, perché, con la nuova legge, la violazione dell'obbligo di *repechage* è stata sanzionata dalla giurisprudenza soprattutto con il risarcimento del danno.

<sup>320</sup> In verità, la riforma Fornero, con la graduazione del sistema sanzionatorio tra reintegra e risarcimento del danno aveva già mutato il sistema. Tuttavia il ripristino del rapporto conservava ancora una sua specifica rilevanza e la legge 92/2012 non sembrava quindi in grado di riformare in modo sostanziale le nozioni di giusta causa e giustificato motivo. Su tali aspetti rinvio all'analisi da me effettuata in Speciale, 2013, 328 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

oggettivo, dove la reintegra non sussiste, la ragione economica organizzativa che giustifica il recesso non ha più il carattere di “serietà” o “gravità” che aveva in passato.

A me sembra, peraltro, che la soluzione del problema possa essere trovata nell’ambito dei principi della Costituzione. Non va dimenticato infatti che la stabilità dell’occupazione, pur non dovendo necessariamente essere tutelata tramite la reintegrazione, ha un suo fondamento costituzionale, quale espressione del bilanciamento tra iniziativa economica (di cui il licenziamento è una manifestazione) ed il c. 2 dell’art. 41 Cost. (con il suo riferimento alla sicurezza, dignità e libertà umana), oltre che del temperamento con quanto previsto dal c. 1 dell’art. 4 della legge fondamentale<sup>321</sup>. La necessità di tenere conto dei valori costituzionali indicati, il coinvolgimento «della personalità umana nella vicenda del licenziamento», ed il lavoro quale «sostrato esistenziale» del lavoratore impongono allora una valutazione rigorosa dei causali del recesso<sup>322</sup>. A prescindere, dunque, dal regime sanzionatorio, giusta causa e giustificato motivo – per il necessario equilibrio tra i principi costituzionali in gioco - devono allora avere ancora quei requisiti di serietà e gravità che ne hanno contraddistinto l’applicazione in passato. Ed in questo contesto, dunque, anche l’obbligo del *repechage* continua ad avere una sua rilevanza<sup>323</sup>. Pertanto, se il datore di lavoro non assolve all’onere probatorio sulla impossibilità di riutilizzare il lavoratore, il recesso sarà ingiustificato anche nel caso in cui vi fossero validi motivi economici od organizzativi per interrompere il contratto di lavoro<sup>324</sup>.

Tuttavia, le conclusioni descritte operano soltanto su un piano teorico. Il risarcimento del danno infatti, se in astratto consente di verificare la giustificazione del recesso – che deve avere l’importanza e la rilevanza descritte - concretamente determina la insindacabilità delle ragioni del licenziamento che coincidono con le valutazioni puramente soggettive dell’impresa. Infatti, la scelta “a monte” del recesso non è mai realmente contestabile, perché il licenziamento estingue in ogni caso il contratto di lavoro. Il bilanciamento tra valori costituzionali descritto in precedenza, dunque, non mette in discussione il potere unilaterale dell’imprenditore. La monetizzazione del recesso trasforma il lavoro in «una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo» ed assorbe «ogni valutazione di ordine extra economico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio della tutela della persona e della sua dignità»<sup>325</sup>. Il controllo del giudice opera solo “a valle”, con una valutazione che, senza toccare la “sostanza” della volontà imprenditoriale incide soltanto sulle convenienze economiche. Vi è quindi una considerazione solo economica degli interessi del lavoratore, che non hanno una “forza di resistenza” tale da incidere sul potere organizzativo del datore di lavoro, di fatto sempre liberamente esercitabile (seppure, in assenza di g. causa o giustificato motivo, a costo superiori).

<sup>321</sup> Nogler, 2007, 613. Sulla costituzionalizzazione del principio di stabilità cfr anche Saracini, 2013, 43 ss. (con indicazione della giurisprudenza della Corte costituzionale).

<sup>322</sup> Nogler, 2007, 602, 611 e 614.

<sup>323</sup> In tal senso anche Nogler, 2015, 53, che conferma la sua interpretazione del 2007 citata nelle note precedenti.

<sup>324</sup> L’obbligo di *repechage*, tra l’altro sembra trovare conferma nelle nuove regole in tema di mansioni, che consentono, per ragioni organizzative (che spesso sono il presupposto del recesso) o di «conservazione dell’occupazione», di dequalificare il dipendente (art. 2013, c. 2 e 6, c.c. come modificato dall’art. 3 del d.lgs. 15.06.2015, n. 81). Se la riduzione della professionalità del lavoratore è ormai, a determinate condizioni, una modalità fisiologica dello *jus variandi*, si può ritenere che la possibile utilizzazione alternativa del dipendente – anche a mansioni inferiori - quale presupposto del licenziamento per g.m.o. è oggi rafforzata da questa disciplina.

<sup>325</sup> Perulli, 2012a, 563 – 564.

La riforma, inoltre, riduce in modo consistente il ruolo del giudice, operando su un duplice piano. La sostanziale insindacabilità della scelta organizzativa alla base del recesso impedisce al magistrato di effettuare lo stesso bilanciamento che operava nel passato tra interessi organizzativi dell'impresa – che sono coinvolti anche nel licenziamento disciplinare<sup>326</sup> – e quello del lavoratore alla continuazione del vincolo contrattuale. Anche se in linea teorica il contemperamento tra gli interessi prima indicati permane - quale espressione della necessaria giustificazione del licenziamento - la legge, nell'affermare la efficacia estintiva del recesso, consente in ogni caso la prevalenza dell'interesse imprenditoriale all'interruzione del contratto. La riforma inoltre inibisce al magistrato di valutare l'entità dell'indennizzo ed elimina la possibilità di graduare la sanzione in proporzione al più o meno accentuato livello di illegittimità del recesso. Al giudice si chiede di applicare un meccanismo automatico di quantificazione del risarcimento, calcolato in base alla anzianità di servizio e con predeterminazione dei criteri di calcolo.

La drastica riduzione degli ambiti del controllo giurisdizionale è in verità uno degli obiettivi principali della riforma. Essa si inquadra in un contesto in cui anche in altri paesi europei si è seguita la stessa linea di intervento legislativo, diretta ad evitare l'intervento del giudice e la discrezionalità nella sua interpretazione della legge<sup>327</sup>. Questa linea di tendenza è una caratteristica tipica della *law and economics* che in una logica di efficienza e di calcolabilità dei costi delle scelte aziendali non concepisce la funzione di "mediazione sociale" che è tipica della attività giurisdizionale, fondata sul contemperamento tra diritti. Essa, infatti, metterebbe in discussione la "intrinseca razionalità" dell'azione dell'impresa e sarebbe produttiva di diseconomie e di incertezze<sup>328</sup>. Si tratta dell'ennesima conferma del mutamento del «paradigma scientifico» del diritto del lavoro e della tendenza ad affermare la "insindacabilità" della scelta imprenditoriale. Una linea di politica del diritto che, nella misura in cui postula la "impermeabilità" al controllo del giudice delle esigenze organizzative dell'impresa, si pone in conflitto con l'assetto dei valori enucleati dalla nostra Costituzione in materia di lavoro e nega la funzione giurisdizionale quale strumento di effettiva implementazione di diritti fondamentali<sup>329</sup>.

Vi è infine una ulteriore considerazione. Una solida protezione contro il licenziamento è una "norma di chiusura" dell'intero Diritto del lavoro. La mancanza di una efficace regolamentazione contro il recesso ingiustificato e la minaccia di una possibile interruzione del rapporto a costi contenuti e senza obblighi ripristinatori del contratto rendono di fatto "inagibili" molti diritti essenziali del lavoratore durante il rapporto (adesione ad un sindacato ed attività sindacale, retribuzione, professionalità, *privacy*, sicurezza ecc.). Il dipendente, infatti, per timore di perdere il posto

<sup>326</sup> Infatti, anche i profili soggettivi del recesso riguardano la funzionalità dell'organizzazione, in relazione al riflesso dell'inadempimento o del comportamento del lavoratore sul suo regolare svolgimento. In tale senso M. T. Carinci, 2012a, 556. Su tali aspetti v. anche *infra* § 6, testo e nt. 168.

<sup>327</sup> Perulli, 2012a, 577 ss. che si sofferma sulle riforme recentemente introdotte in Francia e Spagna.

<sup>328</sup> Si è giustamente sottolineato che «il governo efficiente delle transazioni non passa, secondo i postulati della AED (ndr: analisi economica del diritto) attraverso la funzione giudiziale» (Perulli, 2015, 14). Si vedano *retro*, nel § 1, le considerazioni svolte in relazione al *firing cost*. In senso analogo a quanto sostenuto nel testo Giubboni, 2015, 16 ss.

<sup>329</sup> Si rinvia *retro* al § 1 per quanto attiene alla giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica. Sulla effettività dei diritti e sullo stesso mutamento del ruolo della giurisdizione nel diritto del lavoro mi permetto di rinviare a Speziale, 2015, 130 ss., 138 ss.

di lavoro, non eserciterà le sue prerogative. L'esperienza delle imprese soggette alla stabilità obbligatoria, dove solo dopo l'estinzione del contratto vi sono contenziosi che attengono a diritti fondamentali del lavoratore, è, da questo punto di vista estremamente significativa. La riforma, con la eliminazione di fatto della reintegra e la previsione di indennizzi risarcitori molto modesti o comunque tali da non costituire un limite effettivo per le imprese con grande potenzialità economica, ha fortemente indebolito la posizione del lavoratore nella esecuzione del contratto. Lo scopo è sicuramente quello «di rendere più docile il personale»<sup>330</sup> e comunque di rafforzare l'autorità dell'impresa.

La nuova disciplina, dunque, proietta i suoi effetti ben al di là della mera protezione in caso di licenziamento ingiustificato. Essa, infatti, incide in modo palese sulla "effettività" del Diritto del lavoro, quale strumento capace di garantire, nel corso del rapporto, diritti fondamentali del lavoratore di origine costituzionale (anche europea). Le tutele, infatti, pur formalmente esistenti, sono prive di strumenti che ne garantiscano la concreta applicazione, perché è la stessa rivendicazione del diritto ad essere di fatto impedita dalla possibilità di un licenziamento non particolarmente oneroso. Si tratta di un "ritorno al passato", in epoca antecedente alla emanazione dello statuto dei lavoratori, che testimonia «il sostanziale indebolimento delle nervature valoriali classiche del diritto del lavoro nazionale» e lo "svuotamento di normatività che corrode lo statuto costituzionale dei diritti sociali»<sup>331</sup>. In nome di una presunta (ed indimostrata) maggiore efficienza si viene ad incidere sulla dimensione giuridica del lavoro, riducendone in modo sostanziale ambiti e contenuti.

### 3. L'ambito di applicazione ed i profili di incostituzionalità.

La nuova disciplina non ha una sfera di applicazione generalizzata. Essa infatti riguarda esclusivamente gli operai, quadri ed impiegati assunti successivamente all'entrata in vigore del decreto delegato (7 marzo 2015). Vi è quindi la previsione di un sistema "binario" dove i lavoratori già in servizio a quella data saranno soggetti all'art. 18 dello statuto dei lavoratori riformato nel 2012, mentre i nuovi contratti di lavoro verranno disciplinati dal d.lgs. 23/2015.

Non sono compresi nella nuova normativa i *dirigenti*, peraltro da sempre esclusi dalle regole in tema di licenziamento previste per le altre categorie dei lavoratori<sup>332</sup>. Per questi lavoratori, come in passato, vi saranno gli art. 2118 e 2119 c.c., oltre alla disciplina della contrattazione collettiva, se vincolante per le parti. Mentre, per quanto attiene il licenziamento discriminatorio e nullo, i dirigenti rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 18, commi da 1 a 3, della legge 300/1970 (e dell'art. 3 della l. 108/1990)<sup>333</sup>. Il d.lgs. 23/2015 introduce quindi una abrogazione soggettivamente limitata della tutela reale, legando le nuove regole ad alcune categorie legali ed in relazione alla data di costituzione del rapporto di lavoro<sup>334</sup>.

<sup>330</sup> F. Carinci, 2015a, 11.

<sup>331</sup> Giubboni, 2015, 12 – 13.

<sup>332</sup> Gentile, 2015, 63 ss.; Marazza, 2015, 320; Santoni, 2015, 115; Proia, 2015, 60 ss.; Romeo, 2015, 9.

<sup>333</sup> Gentile, 2015, 63 – 64; Proia, 2015, 60 ss.; Romeo, 2015, 9 ss.

<sup>334</sup> Il d.lgs 23/2015 non si applica ad alcuni rapporti speciali, come i lavoratori domestici o gli sportivi professionisti o al recesso durante il patto di prova, soggetto, dopo l'intervento della Corte Costituzionale, al controllo del motivo illecito previsto dall'art. 1345 c.c.

Per quanto riguarda *gli apprendisti* si sono sollevati dubbi sulla loro inclusione nella riforma<sup>335</sup>. A me sembra che, dopo l'intervento della Corte Costituzionale che ha appunto esteso la tutela dei licenziamenti anche a questi lavoratori, essi dovrebbero essere soggetti alla nuova disciplina. D'altra parte, le tutele crescenti sono connesse alla appartenenza alle categorie legali e non al carattere formativo o meno del contratto, con la conseguenza che un apprendista operaio non può essere considerato estraneo alla classificazione prevista dall'art. 2095 c.c. Comunque, è la stessa legge ad avere risolto il problema. L'art. 42, c. 3, del d.lgs. 15.6.2015, n. 81 (confermando quanto previsto dall'art. 2, c. 2, lett. l, del d.lgs. 267/2011) stabilisce che, nel corso del periodo formativo, «trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo». Pertanto per un apprendista assunto dopo il 7 marzo 2015, nel caso di recesso ingiustificato, vi saranno le regole del d.lgs. 23/2015<sup>336</sup>.

Il *lavoro pubblico* non rientra nella nuova disciplina<sup>337</sup>. Si potrebbe sostenere anche il contrario, per l'assenza di disposizioni di coordinamento come quelle, dalla formulazione un po' confusa, previste dai commi 7 ed 8 dell'art. 1 della l. 92/2012. Inoltre la tesi qui contestata potrebbe trovare fondamento nell'art. 2, c. 2, del d.lgs. 165/2001, che applica al lavoro pubblico le discipline del settore privato<sup>338</sup>. Tuttavia, l'estensione generalizzata al lavoro nelle P. A. delle discipline previste per i datori di lavoro privati, trova espressa eccezione nelle «diverse disposizioni contenute» nel d.lgs. 165/2001 (art. 2, c. 2). Da questo punto di vista l'art. 51, c. 2, di questo decreto legislativo prevede l'applicazione dell'intero statuto dei lavoratori a tutte le pubbliche amministrazioni «a prescindere dal numero dei dipendenti». Mi sembra evidente, dunque, che la disposizione, per il suo carattere di specialità e letta in coordinamento con la norma del d.lgs. 165/2001 in tema di fonti, imponga ancora la vigenza dell'art. 18 della l. 300/1970 anche per i nuovi assunti nella pubblica amministrazione<sup>339</sup>.

Le tutele crescenti sono riferite anche ai contratti a termine o di apprendistato già in essere qualora essi vengano convertiti in rapporti stabili. Inoltre, le imprese che, per effetto delle nuove assunzioni dal 7 marzo 2015, superino il limite dimensionale previsto dall'art. 18, c. 8 e 9, dello statuto dei lavoratori saranno comunque soggette alla nuova disciplina. Queste disposizioni sono comprensibili in relazione alla finalità della legge, che è quella di cristallizzare la situazione esistente al momento di entrata in vigore del decreto delegato, “neutralizzando” gli effetti di fatti

---

(Santoni, 2015, 117; Marazza, 2015, 318 ss., 320). In ogni caso la nuova normativa non è estensibile a tutte le ipotesi che, pur riferite a nuovi assunti, sono regolate da leggi speciali, a meno che non si ritenga di applicare la regola dell'abrogazione per intera disciplina della materia preesistente. Con la conseguenza che, per operai, impiegati e quadri, il nuovo decreto delegato escluderebbe le normative previgenti. La questione, molto delicata, non può essere approfondita in questa sede.

<sup>335</sup> In tal senso, Gentile, 2015, 62. *Contra* Marazza, 2015, 319; Santoni, 2015, 116.

<sup>336</sup> Marazza, 2015, 319; Santoni, 2015, 116.

<sup>337</sup> F. Carinci, 2015a, 3 ss.; Romeo, 2015, 10 ss.; Proia, 2015, 61 – 62; Santoni, 2015, 118; Marazza, 2015, 317 ss.; Pisani, 2015, 53; Vallebona, 2015, 99 ss. (questi a. utilizzano argomentazioni in parte coincidenti, in parte diverse). In senso opposto Gentile, 2015, 66; Mimmo, 2015, 4.

<sup>338</sup> Così, ad es., Gentile, 2015, 66; Mimmo, 2015, 4.

<sup>339</sup> Il carattere speciale della norma, infatti, esclude l'effetto abrogativo. Sul punto cfr., per tutti, Guastini, 1998, 196 ss. (seppure con qualche critica). La tesi è generalmente accolta dalla giurisprudenza (Cass. 20.7.1991 n. 8090; Cass. 8.4.1988 n. 2801; Cass. 22.12.1986 n. 7836). In senso analogo a quanto sostenuto nel testo Vallebona, 2015, 99.

sopravvenuti (la trasformazione di rapporti precari in normali contratti a t. indeterminato o il mutamento del regime dei licenziamenti per effetto della crescita dimensionale del datore di lavoro). Esse tuttavia sono certamente penalizzanti soprattutto per i lavoratori nei casi di conversione dei contratti, perché determinano la sottrazione della disciplina preesistente più favorevole.

Le disposizioni indicate sono peraltro censurabili per eccesso di delega ai sensi dell'art. 76 Cost., in coerenza con la giurisprudenza della Corte costituzionale. In tale ambito si è affermato che «la giurisprudenza di questa Corte 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»<sup>340</sup>. In base alla *ratio* della normativa delegante, è necessario quindi controllare se il legislatore abbia ecceduto da tali margini di discrezionalità<sup>341</sup>. Il Governo, nell'esercizio della funzione legislativa gode di un ampio margine di iniziativa<sup>342</sup>, ma in ogni caso bisogna controllare che le scelte del legislatore delegato «non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega (sentenza n. 272 del 2012)»<sup>343</sup>. Ebbene, nonostante la evidente flessibilità dei principi enucleati dalla Corte, non vi è dubbio che le disposizioni prima analizzate siano state emanate in violazione dell'art. 76 Cost. La delega, infatti, intende introdurre una disciplina per «le nuove assunzioni», al fine di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro» (art. 7, c. 1, primo periodo e lett. c), l. 183/2014). La sua estensione anche a rapporti di lavoro sorti antecedentemente non può dunque essere ammessa, perché in contrasto con le finalità specifiche della legge 183/2014 ed in quanto non costituisce un «coerente sviluppo» o un «completamento» delle finalità della delega<sup>344</sup>.

Problema più delicato è quello della eventuale incostituzionalità della nuova disciplina per violazione dell'art. 3 della Costituzione. La differenza nei contenuti delle norme non contrasta con la Costituzione quando devono essere regolate situazioni differenti<sup>345</sup>. Inoltre, la diversità di disciplina deve essere valutata in base a due forme di controllo. Il primo, che pone a raffronto diverse normative della stessa materia (*tertium comparationis*), impone un controllo di coerenza e razionalità delle differenze di regolazione. Il secondo «prescinde da raffronti con termini di paragone» «per esaminare la rispondenza degli interessi tutelati dalla legge ai valori ricavabili dalla tavola

<sup>340</sup> C. cost. 13.3.2014 n. 47, *Dejure*, 5.

<sup>341</sup> C. Cost. n. 47/204, cit., 5. La sentenza afferma che tale principio è confermato da numerose altre decisioni della Corte (sentenze n. 119/2013, 272/2012, 293/2010, 98/2008).

<sup>342</sup> C. cost. n. 47/2014, cit., 5, con l'indicazione di altri precedenti in materia che sottolineano l'ampiezza dei poteri attribuiti al Governo. L'Esecutivo, infatti, ha la facoltà di introdurre disposizioni che siano «un coerente sviluppo» o un «completamento delle scelte espresse dal delegante» e con la possibilità di operare anche nel caso del «silenzio del legislatore delegante».

<sup>343</sup> C. cost. 47/2014, cit., 5. Conf. C. cost. n. 341/2007, 426/2006, 285/2006, 481/2005, 163/2000. Su tali aspetti cfr. Speciale, 2014a, 11 – 13, 27 (a cui rinvio per l'indicazione della giurisprudenza della Corte e della dottrina costituzionale). Si veda anche l'analisi della giurisprudenza del giudice delle leggi effettuata da Celentano, 2015, 5 ss.

<sup>344</sup> C. cost. 47/2014, cit., 5. L'eccesso di delega è sostenuto da Giubboni, 2015, 14 – 15; Gentile, 2015, 60 (con riferimento solo ai lavoratori già assunti soggetti alla stabilità obbligatoria); Marazza, 2015, 320 – 321; Santoni, 2015, 119 (come Gentile, 2015, cit.). Celentano (2015, 7 ss.) afferma che, pur permanendo molti dubbi, si potrebbe tentare una interpretazione che, nei casi indicati, escluda la violazione dell'art. 76 Cost. Per ragioni di spazio non posso soffermarmi su questa tesi, che, comunque, non mi sembra possa superare le obiezioni indicate nel testo, anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale.

<sup>345</sup> La inosservanza del principio di eguaglianza si verifica «qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alle diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili (*ex plurimis*: sentenze nn. 108 del 2006, 340 e 136 del 2004)» (C. cost. n. 155/2014, *Dejure*, 14).

costituzionale o al bilanciamento degli stessi»<sup>346</sup> ed in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità (e) coerenza» delle disposizioni<sup>347</sup>.

Nel nostro caso la omogeneità tra la situazione dei vecchi assunti e dei nuovi contratti di lavoro è assolutamente indiscutibile, visto che, in entrambi i casi, si tratta della regolazione della medesima materia (i licenziamenti). Si è ipotizzato che non vi sarebbe alcuna incostituzionalità perché la ragionevolezza della diversità di trattamento sarebbe giustificata dalla necessità di incrementare le assunzioni<sup>348</sup>. Questa finalità, in realtà, potrebbe essere presa in considerazione in un giudizio di bilanciamento con il principio di cui all'art. 4 Cost. In tale ambito, tuttavia, è necessario sempre effettuare il contemperamento tra i valori costituzionali posti a confronto. In questo caso vi è in primo luogo la difficoltà di dimostrare una positiva correlazione tra riduzione delle tutele ed incremento dell'occupazione, il che mette in discussione la stessa finalità perseguita dalla legge e la razionalità della riforma peggiorativa introdotta. Inoltre, anche se questa relazione positiva potesse essere presa in considerazione, la riduzione dello standard normativo è così radicale da determinare esclusivamente la considerazione del fine occupazionale a totale detrimento della tutela della "stabilità" del lavoro, che, pur non imponendo la reintegrazione, richiede solide garanzie contro il licenziamento<sup>349</sup>. Senza dimenticare che una protezione efficace contro il recesso è strumentale alla «dignità» del lavoratore (art. 41, c. 2, Cost.), in quanto funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali già descritti (v. § 2).

Queste considerazioni, peraltro, mettono in evidenza la contraddittorietà tra disciplina per i vecchi e nuovi assunti nella logica del *tertium comparationis*. Infatti, anche se si è in presenza di situazioni «sostanzialmente identiche» (i licenziamenti) che coinvolgono i medesimi valori costituzionali descritti, per i nuovi contratti viene introdotta una disciplina che riduce in modo così drastico le tutele da apparire "incoerente". Il legislatore, infatti, pur potendo modificare la materia (in considerazione della mancata costituzionalizzazione della reintegra), avrebbe dovuto "graduare" il nuovo sistema sanzionatorio, senza introdurre una «contraddizione insanabile»<sup>350</sup> tra i due regimi normativi. In presenza delle medesime esigenze costituzionali di tutela della stabilità del lavoro e della attuazione di diritti fondamentali connessi all'adempimento della prestazione, la radicale differenza tra i sistemi sanzionatori del licenziamento introduce una «diversità ingiustificata» di regole. Inoltre, anche in una valutazione di ragionevolezza, è evidente che la nuova disciplina è intrinsecamente irrazionale per la «evidente sproporzione tra i mezzi appropriati ed

---

<sup>346</sup> Casavola, 1995, 10; Celotto, 2006, 77.

<sup>347</sup> Corte Costituzionale, 2009, 1. La Corte, nella relazione indicata, cita numerosissime sentenze che confermano tali principi. Su tale evoluzione del giudice delle leggi v. Sorrentino, 2011; Celotto, 2006, 77 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche); Scaccia, 2000, 25 ss.

<sup>348</sup> Pisani, 2015, 22; Proia, 2015, 63.

<sup>349</sup> Su tali aspetti v. *infra* § 6 e 7.

<sup>350</sup> Casavola, 1995, 10.

il fine asseritamente perseguito»<sup>351</sup>. Essa, poi, è palesemente contraddittoria in relazione al sistema di valori costituzionali connessi all' esecuzione del lavoro, che trovano nella protezione contro il licenziamento uno strumento indispensabile di attuazione<sup>352</sup>.

La tesi della incostituzionalità della riforma è stata sostenuta anche in base a diversi argomenti<sup>353</sup>. Nei primi commenti alla nuova legge, peraltro, si è sottolineato che l'art. 3 Cost. non sarebbe violato alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale. Quest'ultima, infatti, ritiene che «non contrasta, di per sé, con il principio di eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa fattispecie, ma in momenti diversi nel tempo, perché il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»<sup>354</sup>. Tuttavia la Corte ha precisato che la discrezionalità del legislatore «incontra il solo limite della manifesta irragionevolezza»<sup>355</sup>. Ed a me sembra, alla luce di quanto già detto, che tale limite sia stato in questo caso abbondantemente superato. Inoltre, le ipotesi esaminate dalla Corte in relazione al «fluire del tempo» sono diverse dalla situazione determinata dal contratto a tutele crescenti. Infatti, le varie normative analizzate dalla Corte introducevano una differente regolazione in rapporto a fatti situati in diversi periodi temporali<sup>356</sup>. Le discipline di legge, dunque, pur coesistendo, erano riferite a situazione nettamente distinte nella collocazione nel tempo. Al contrario, nel caso esaminato, lo stesso fatto (un licenziamento) realizzato nel medesimo momento nei confronti di un lavoratore già assunto e di un dipendente con un nuovo contratto determina l'applicazione di regimi normativi radicalmente diversi. Qui dunque non si è in presenza di una normale successione nel tempo di leggi, ciascuna applicabile in relazione alla sua vigenza, bensì ad una coesistenza di normative relative a fattispecie che si verificano nello stesso segmento temporale e rispetto a lavoratori in condizioni uguali (salva la diversa data di assunzione). Non credo, dunque, che la giurisprudenza costituzionale sopra indicata sia adattabile al d.lgs. 23/2015. Il che riconferma i profili di incostituzionalità già descritti.

#### 4. Il licenziamento discriminatorio e nullo.

L'art. 2 del d.lgs. 23/2015 disciplina il licenziamento discriminatorio, nullo ed intimato in forma orale. Per queste forme di recesso la legge riconferma il regime della "reintegra piena" regolato dall'art. 18, commi 1 – 3, dello statuto dei lavoratori, oggi vigente solo per coloro che sono già

<sup>351</sup> Casavola, 1995, 10.

<sup>352</sup> È qui sufficiente rinviare a quanto affermato da Cass. 141/2006 in relazione ai valori costituzionali coinvolti nell'esecuzione del lavoro (v. *retro* testo e nt. 35 e 36). La violazione del principio di ragionevolezza è fortemente sostenuta da Giubboni, 2015, 20 – 21. La sussistenza di una «ingiustificata disparità di trattamento» è affermata da Romeo, 2015, 8.

<sup>353</sup> In tal senso Celentano, secondo il quale la permanenza per lungo tempo trattamenti di miglior favore per i vecchi assunti sarebbe stata realizzata «ben oltre l'affidamento che su di essi poteva dirsi ingenerato» per cui la «coesistenza di regimi differenziati» potrebbe per certi versi essere irragionevole (2015, 15 – 16).

<sup>354</sup> C. Cost. 13.11.2014 n. 254, che parla di «costante giurisprudenza di questa Corte» e cita numerosi precedenti (*Dejure*, 6). In base a questa giurisprudenza la tesi della costituzionalità della riforma è stata sostenuta da Marazza, 2015, 316 ss.; Celentano, 2015, 15 (con ulteriori citazioni di provvedimenti della Corte in tal senso); Santoni, 2015, 119; Gentile, 2015, 59.

<sup>355</sup> C. cost. n. 60/2014 (*Dejure*, 22). Conf. C. cost. ord. n. 61/2010 (*Dejure*, 5).

<sup>356</sup> La decisione n. 254/2014, ad es., è riferita a due diverse discipline previste in tema di responsabilità solidale degli appalti. Con la conseguenza che l'inadempimento dell'appaltatore, se effettuato prima di una certa data - quando era in vigore la precedente normativa - sarà ad essa soggetto, mentre, se effettuato in vigenza della successiva riforma, verrà regolato da quest'ultima. Analoghe considerazioni possono essere fatte per le altre pronunce della Corte in questa materia.

assunti alla data del 7 marzo 2015<sup>357</sup>. Per il licenziamento discriminatorio, che non analizzo in questa sede<sup>358</sup>, la legge fa riferimento alle fattispecie dell'art. 15 della legge n. 300/1970 e non, come nell'art. 18, a quelle previste dall'art. 3 della l. 108/1990. La disposizione dello statuto dei lavoratori non riguarda tutte le ipotesi discriminatorie introdotte dalla legislazione, anche europea, ed un problema analogo si era posto anche per la riforma del 2012<sup>359</sup>. Se si accoglie la tesi del carattere non tassativo delle esemplificazioni di discriminazione contenute nelle fonti normative, la questione non pone particolari problemi e la disciplina dell'art. 2 del decreto delegato si estenderà anche alle ipotesi non espressamente previste. La volontà della legge è infatti quella di garantire la "tutela forte" per un licenziamento che riveste carattere particolarmente "odioso" e senza distinguere tra le varie situazioni<sup>360</sup>. Tuttavia, vi sono anche interpretazioni di segno opposto<sup>361</sup> e questa teoria è stata, anche recentemente, espressa dalla Corte di Giustizia Europea<sup>362</sup>. L'accoglimento di questa tesi determinerebbe la incostituzionalità dell'art. 2 del d.lgs. 23/2015 per «irragionevolezza» ai sensi dell'art. 3 Cost. (v. *retro* § 3). Infatti non è possibile, alla luce anche dell'ordinamento europeo, effettuare una "graduatoria" nel disvalore delle varie forme di discriminazione e quindi limitare la disciplina della reintegrazione solo ad alcune di esse. La questione, comunque, potrebbe essere risolta con una interpretazione "costituzionalmente orientata" della disposizione, che, proprio per evitare le censure di violazione del principio di eguaglianza, estenda l'ambito di applicazione della norma a tutte le discriminazioni previste dalla legislazione nazionale ed europea.

L'art. 2 del d.lgs. 23/2015 modifica anche le regole in tema di licenziamento nullo. Nell'art. 18 dello statuto dei lavoratori la legge contempla espressamente dei casi di recessi viziati da nullità e, in ogni caso, utilizza una formulazione generale che include qualsiasi ipotesi riconducibile a questa forma di invalidità<sup>363</sup>. La nuova disciplina, invece, si riferisce soltanto «agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge», senza alcuna esemplificazione.

Il testo della disposizione può avere, dal punto di vista letterale, un duplice significato. In base al primo, la disciplina dell'art. 2 opera solo quando la nullità è espressamente prevista dalla norma in tema di licenziamento, come nel recesso della lavoratrice in stato di gravidanza (art. 54, c. 1, 2 e 3, del d.lgs. 151/2001) o a causa di matrimonio (art. 35 del d.lgs. 198/2006)<sup>364</sup>. Una seconda possibile interpretazione è quella per cui la tutela reintegratoria "piena" è applicabile, oltre che

<sup>357</sup> Si rinvia, per tutti, a Brino, 2015, 85 ss.; Musella, 2015, 13 ss.

<sup>358</sup> Per l'analisi approfondita della disciplina dopo la riforma v. di Brino, 2015, 85 ss. a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>359</sup> Ad. es., l'art. 3 della l. 108/1990 non contempla la discriminazione basata sulla «accertata infezione da HIV» (art. 5, c. 5., l. 5 giugno 1990, n. 135) o quelle di «origine etnica» o di «cittadinanza» di cui all'art. 43 del d.lgs. n. 286/1998 (Su tali aspetti v., per tutti, Chieco, 2013, 280 ss.). In relazione all'art. 15 della l. 300/1970, questa disposizione non include quella per «origine etnica» (Marazza, 2015, 312, nt. 7).

<sup>360</sup> La non tassatività delle ipotesi previste dalla legge è sostenuta da M. T. Carinci, 2012a, 554 ss.; Perulli, 2015, 39 ss.; Barbera, 2013, 148 ss. (a questi a. si rimanda per le numerose indicazioni bibliografiche di autori favorevoli a questa tesi).

<sup>361</sup> Tra questi, ad es., Chieco, 2013, 281 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>362</sup> Cgce 18.12.2014, *Fag og Arbejde (FOA) c. Kommunernes Landsforening (KL)*, causa C – 354/2013, *De jure*, punti 36 e 37 (con indicazione di altri precedenti della Corte). La sentenza è analizzata da Musella, 2015, 15.

<sup>363</sup> La disposizione, infatti, parla anche di «altri casi di nullità previsti dalla legge» o riconducibili al «motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile». Su tale aspetti cfr. Chieco, 2013, 277 ss.; Perulli, 2015, 39 ss.

<sup>364</sup> Questa tesi è stata sostenuta da Mimmo, 2015, 4; Treu, 2015, 14; Fiorillo, 2015, 121 – 122.

nei casi sopra indicati, anche nelle ipotesi previste dall'art. 1418 c.c.<sup>365</sup>. Non vi è dubbio, infatti, che anche l'art. 1418 racchiuda delle fattispecie di nullità «espressamente previste». Tra l'altro, la prima lettura della disposizione sarebbe in contrasto con i principi in tema di nullità virtuali, in base ai quali questa forma di invalidità opera non solo nel caso in cui la norma violata contenga la formale sanzione di nullità, ma anche quando si sia in presenza della violazione di una norma imperativa<sup>366</sup>. Bisognerebbe, quindi, sostenere che la norma lavoristica ha inteso derogare a tale principio, richiedendo sempre in forma espressa la comminazione della sanzione.

La interpretazione più restrittiva escluderebbe dalla disciplina dell'art. 2 del decreto delegato una serie di casi di rilievo. Si pensi a tutte le ipotesi di licenziamento riconducibili al motivo illecito o alla frode alla legge<sup>367</sup> o ad altre situazioni in cui il licenziamento, pur non espressamente qualificato nullo, sia in contrasto con norme imperative<sup>368</sup>. Una delle fattispecie più rilevanti è quella del licenziamento per superamento del periodo di comporta (art. 2110 c.c.).

La lettura più restrittiva si presta ad una duplice obiezione di incostituzionalità. Vi sarebbe, in primo luogo, la violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega. Infatti, l'art. 1, c. 7, lettera c), della legge n. 183/2014 impone la reintegrazione per i «licenziamenti nulli», senza che la delega consenta di modificare la disciplina preesistente<sup>369</sup>. D'altra parte la formulazione di questa disposizione è così chiara da non permettere, in base ai principi in tema di poteri normativi del legislatore delegato (v. § 3), una regolazione "manipolativa", anche in considerazione della *ratio* e degli indirizzi generali previsti dalla l. 183/2014.

Questa interpretazione, inoltre, si presterebbe ad una censura per violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza (v. § 3). Non si comprenderebbe, infatti, per quale ragione ipotesi di nullità certamente di gravità pari a quelle tassativamente previste da disposizioni specifiche in tema di licenziamento dovrebbero essere esenti da una disciplina sanzionatoria che è stata introdotta proprio per il disvalore delle ragioni a fondamento del recesso. È difficile sostenere che il licenziamento della lavoratrice madre sia più "grave" di quello ritorsivo, per cui sarebbe giustificata una "graduazione" delle tutele (nullità con reintegra nel primo caso, tutela indennitaria nella seconda ipotesi)<sup>370</sup>. Pertanto, una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2 del d.lgs. 23/2015, impone di estendere la disciplina ivi prevista anche ai casi di nullità regolati dall'art. 1418, c. 2, del cod. civ.

<sup>365</sup> Si tratta della contrarietà «a norme imperative», della «mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, (della) illecità della causa, (della) illecità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e (della) mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346». Questa interpretazione è accolta da Brino, 2015, 91 ss.

<sup>366</sup> Si veda, sul punto, per tutte, Cass. 18.2.2008 n. 3950, *Dejure*, 2 (con indicazione di altri precedenti conformi). In dottrina cfr. Villella, 1998, 611 ss.; D'Amico, 2009, 1 ss.

<sup>367</sup> Perulli, 2015, 41 ss., a cui si rinvia per l'esemplificazione di una serie di casi ascrivibili agli artt. 1345 e 1344 c.c.

<sup>368</sup> La legge, in alcune situazioni, stabilisce che il recesso, se effettuato in violazione di previsioni di legge, è ingiustificato (ad es. in relazione al licenziamento motivato dal trasferimento di azienda o dal rifiuto di trasformare il rapporto da full time a part time). In questi casi, poiché la legge parla di carenza di giustificazione, mi sembra che debba essere applicato il regime ordinario previsto per l'assenza di giusta causa o giustificato motivo, perché è la legge stessa a qualificare il tipo di vizio da cui è affetto il recesso (*contra* Perulli, 2015, 41, nell'ipotesi del trasferimento di azienda).

<sup>369</sup> Musella, 2015, 27 ss.

<sup>370</sup> Ovviamente, nell'esempio fatto, il recesso ritorsivo viene ricondotta al motivo illecito determinante di cui all'art. 1345 c.c. e non a quello discriminatorio, anche se non è questa l'opinione di parte della dottrina e della giurisprudenza.

Comunque, qualora si ritenesse di non poter adottare una lettura della norma coerente con la Costituzione, non mi sembra che sia possibile ricondurre le ipotesi di nullità analizzate alla mera tutela indennitaria prevista dall'art. 3 del d.lgs 23/2015. In questi casi non si è in presenza di recessi privi di giusta causa o giustificato motivo. Un licenziamento per motivo illecito è strutturalmente diverso da uno basato sulla «grave negazione del vincolo fiduciario», sul «notevole inadempimento degli obblighi contrattuali» o su ragioni economiche od organizzative. La distinzione si fonda, in primo luogo, sulle diverse formulazioni letterali delle norme, che certamente non consentono una assimilazione tra queste fattispecie. Essa, inoltre, si basa anche (e soprattutto) sulla diversità dei «beni tutelati». Infatti, le ipotesi di nullità sopradescritte «si connotano per una diversa categoria di disvalore giuridico»<sup>371</sup>, assai più grave rispetto all'assenza di giusta causa o giustificato motivo.

In queste ipotesi, dunque, se l'art. 2 del d.lgs. 23/2015 non venisse interpretato nel senso sopra suggerito, si dovrebbe concludere che i casi di nullità analizzati non troverebbero alcuna disciplina specifica nella normativa sul contratto a tutele crescenti. Il che, peraltro, dovrebbe necessariamente comportare – in base alla regola norma generale/norma speciale (dove la prima interviene nei casi non espressamente regolati dalla seconda<sup>372</sup>) – l'applicazione della nullità civilistica e della c.d. tutela reale di diritto comune<sup>373</sup>. Questa opzione, già accolta in giurisprudenza<sup>374</sup>, comporterebbe la nullità del recesso, la prosecuzione del contratto di lavoro ed il diritto del lavoratore a tutte le retribuzioni percepite, in coerenza con i principi in tema di mora del creditore<sup>375</sup>. Inoltre il lavoratore potrebbe chiedere, ai sensi dell'art. 1453 c.c., l'adempimento del contratto, ottenendo una sentenza che condanni il datore di lavoro al ripristino anche in via di fatto del vincolo contrattuale.

Le diverse soluzioni interpretative proposte si applicano anche al recesso per mancato superamento del periodo di comporto, in violazione dell'art. 2110 c.c. È vero che questa ipotesi non può essere ricondotta al licenziamento per disabilità – e non è quindi soggetta alla reintegra «piena» di cui all'art. 2, ultimo comma, del d. lgs. 23/2015 – perché questa disciplina presuppone una condizione di ridotta efficienza fisica di carattere permanente e non una situazione transitoria di impossibilità (o difficoltà) a svolgere la prestazione lavorativa<sup>376</sup>. Tuttavia, anche questo recesso non può certo essere assimilato alla assenza di giusta causa o giustificato motivo. La giurisprudenza si è già da tempo orientata in questo senso<sup>377</sup>. Inoltre, l'art. 18, c. 7, della l. 300/1970 ha formalizzato la diversità strutturale tra queste ipotesi, tanto da individuare il licenziamento per malattia come fattispecie di recesso «intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile». Si tratta, dunque, di una qualificazione giuridica distinta rispetto a quelle previste dall'art. 2119 c.c. o dall'art. 3 della l. 604/1966. La legge, inoltre, ha introdotto uno specifico

<sup>371</sup> Perulli, 2015, 40.

<sup>372</sup> Sul punto cfr, per tutti, Pizzorusso, 2011, 249 ss.

<sup>373</sup> Perulli, 2015, 42 ss.; Marazza, 2015, 311 – 312, nt. 7, e 335 ss.

<sup>374</sup> Si vedano Cass. 10.7.2013 n. 17122 e Cass. 27.7.1999 n. 508 in relazione ai licenziamenti in violazione dell'art. 2 della l. 604/1966 nell'area non inclusa nel regime della stabilità reale. Cfr., sul punto, Marazza, 2015, 336.

<sup>375</sup> Speciale, 1992, 296 ss., 313 ss.

<sup>376</sup> Brino, 2015, 97 ss.; Marazza, 2015, 334 ss.; Giubboni, 2015, 8; Voza, 2015, 12 ss.

<sup>377</sup> Tra le tante Cass. 23.1.2013 n. 1568; Cass. 28.1.2010 n. 1861.

regime sanzionatorio, con una disciplina solo in parte identica ad alcune forme di recesso ingiustificato<sup>378</sup>. In questo contesto, dunque, il licenziamento per mancato superamento del periodo di comporto non può essere soggetto alla tutela indennitaria. Si tratta, invece, di una fattispecie di nullità per contrasto con una norma imperativa, soggetto, in via di interpretazione estensiva costituzionalmente orientata, alla disciplina dell'art. 2 del d.lgs. 23/015, o, in alternativa, alla tutela reintegratoria di diritto comune già descritta<sup>379</sup>.

D'altra parte, tale conclusione elimina un ulteriore profilo di "irragionevolezza", ai sensi dell'art. 3 Cost., della normativa. È assai difficile, infatti, giustificare una differenza così radicale tra il licenziamento del disabile (tutelato con la reintegra) e quello per superamento del comporto (che garantirebbe solo una modesta indennità risarcitoria) in considerazione della sostanziale equivalenza dei valori costituzionali coinvolti e previsti, rispettivamente, dagli artt. 38 e 32 Cost.

### 5. La reintegrazione nel recesso disciplinare.

Nel licenziamento disciplinare la reintegra è prevista esclusivamente nel caso in cui sia «dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto al quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento» (art. 3, c. 2, del d.lgs. 23/2015). Non mi sembra sia configurabile una violazione dell'art. 76 Cost. in relazione alla norma delegante, secondo la quale la reintegra andava limitata «a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato» (art. 1, c. 7, lette c), l. 183/2014). La disposizione, in effetti, lascia pensare ad una regolazione casistica che individui le ipotesi in cui deve applicarsi la tutela "forte". Tuttavia, la norma può essere considerata come una formulazione "riassuntiva" di una serie di comportamenti disciplinari mai compiuti dal lavoratore, che richiamano fattispecie di recesso ingiustificato (furto non commesso; danneggiamento mai realizzato; assenza dal lavoro inesistente ecc.). In considerazione anche della elasticità dei criteri utilizzati dalla Corte Costituzionale in materia (§ 3), non credo si possa ipotizzare un eccesso di delega<sup>380</sup>.

L'art. 3 del d.lgs. 23/2014 utilizza una formulazione che indubbiamente intende restringere in modo sostanziale la reintegrazione. Essa risente del dibattito che, dopo la riforma dell'art. 18 del 2012, si è sviluppato in dottrina e giurisprudenza sulla dicotomia "fatto materiale", "fatto giuridico". Nel primo caso il «fatto insussistente» dovrebbe essere considerato esclusivamente nella sua componente "materiale", privo di qualsiasi connotato soggettivo (e, quindi, inteso come azione/omissione o evento concreto). Nella seconda ipotesi, invece, esso dovrebbe ricomprendere anche l'elemento soggettivo (dolo, colpa, intensità dell'elemento intenzionale ecc.)<sup>381</sup>. La

<sup>378</sup> Speziale, 2013, 338 ss.; Voza, 2015, 15 ss.

<sup>379</sup> In tal senso Fiorillo, 2015, 112 (che peraltro ritiene applicabile l'art. 2 del d.lgs. 23/2015, senza porsi il problema della assenza, in questo caso della nullità «espressamente prevista dalla legge»); Marazza, 2015, 335; Giubboni, 2015, 8 – 9.

<sup>380</sup> In tal senso anche Pisani, 2015, 32 ss.

<sup>381</sup> Per l'analisi di questa problematica e degli autori favorevoli alle due tesi rinvio a Speziale, 2014b, 369 ss.; Sambati, 2015, 170 ss.; Perulli, 2015, 33 ss. Si vedano anche le osservazioni assai acute di Nogler, 2015, 39 ss.

giurisprudenza di merito si era prevalentemente orientata per la tesi del “fatto giuridico”<sup>382</sup>, mentre la Cassazione in tempi recenti si è espressa a favore del “fatto materiale”<sup>383</sup>, con grande soddisfazione di alcuni interpreti<sup>384</sup>. In verità, con una successiva pronuncia «passata quasi inosservata»<sup>385</sup>, la Cassazione ha implicitamente ribadito che un fatto, pur se sussistente, deve essere valutato anche nella sua componente soggettiva. La Corte ha ritenuto che, in quel caso, mancasse il requisito della proporzionalità ed il comportamento addebitato fosse meritevole di una sanzione conservativa, con conseguente diritto alla reintegrazione<sup>386</sup>. La questione, dunque, è ancora aperta.

Non vi è dubbio, peraltro, che il legislatore del 2015 si sia orientato a favore della tesi del “fatto materiale”<sup>387</sup>. In sostanza, ai fini della tutela reintegratoria, la legge attribuisce rilievo soltanto ai componenti dell’azione/omissione, del nesso di causalità e dell’evento, senza alcuna considerazione dei profili connessi all’elemento soggettivo. È vero, infatti, che, nel sistema giuridico, «il “fatto”, nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi»<sup>388</sup>. Tuttavia il legislatore può selezionare gli elementi a cui subordinare la produzione di determinati effetti giuridici, legandoli esclusivamente alle componenti materiali della fattispecie regolata<sup>389</sup>. L’art. 3, c. 2, primo periodo del decreto delegato ha operato tale scelta. Pertanto, soltanto la mancanza dei fattori oggettivi indicati, o la non imputabilità degli stessi al lavoratore (che è elemento diverso dall’assenza di dolo o colpa)<sup>390</sup> può determinare l’applicazione della reintegra “attenuata” prevista da questa disposizione del d.lgs. 23/2015. Quindi, a fronte di una contestazione di danneggiamento volontario di beni aziendali, qualora il comportamento lesivo sia stato realizzato ma, ad es. manchi la volontarietà dell’azione (dovuta a semplice negligenza) ed il giudice ritenga che il recesso è ingiustificato, il lavoratore avrà diritto solo alla indennità risarcitoria.

In verità si è affermato che questa tesi non sarebbe sostenibile, in quanto la legge si riferisce al «fatto materiale contestato», con una nozione che «rinvia, cioè, ad un concetto di “fatto” comprensivo della imputabilità e dell’elemento psicologico-soggettivo», perché altrimenti esso non potrebbe essere qualificato «come “inadempimento” colpevole»<sup>391</sup>. A me sembra che il termine «contestato» serva a delimitare il perimetro dell’indagine sulla materialità dell’azione/omissione, che deve essere svolta in relazione a quanto specificato nella lettera di comunicazione dell’addebito e non ad elementi ad essa estranei<sup>392</sup>. Tuttavia, in relazione a quel “fatto”, soltanto l’assenza

<sup>382</sup> Sul punto cfr. Speciale, 2014b, 371 ss.

<sup>383</sup> Cass. 6 novembre 2014 n. 23669, *Dejure*, 1 ss.

<sup>384</sup> Pisani 2015, 25 ss.; Vallebona, 2014, 874 (secondo il quale la Cassazione avrebbe rimesso «le cose a posto»). Sulla sentenza v. anche Del Punta, 2015, 32 ss.; Nogler, 2015, 49 ss.

<sup>385</sup> F. Carinci, 2015b, 6.

<sup>386</sup> Cass. 11.2.2015 n. 2692, *Dejure*. Sulla sentenza si veda F. Carinci, 2015b, 6 – 7.

<sup>387</sup> Perulli, 2015, 33 ss. (con forti critiche); Sambati, 2015, 187; Fiorillo, 2015, 115 ss.; Marazza, 2015, 322 ss.; Giubboni, 2015, 17 ss.; Pisani, 2015, 25 ss.; Vallebona, 2015, 88 ss.

<sup>388</sup> Perulli, 2012b, 794. L’a. ha recentemente confermato questa tesi (Perulli, 2015, 33 ss.).

<sup>389</sup> Persiani, 2013, 10 – 11; Cavallaro, 2014, 228.

<sup>390</sup> La non imputabilità, infatti, coincide con la mancanza della capacità naturale (Cass. 2.3.2015 n. 4171; T. Ravenna 18.3.2013, *Dejure*).

<sup>391</sup> Perulli, 2015, 34, che ribadisce, quindi, come il fatto debba essere inteso in senso giuridico.

<sup>392</sup> In tal senso anche Nogler, 2015, 42.

degli elementi oggettivi può essere sanzionata con la reintegra. Mentre la mancanza del dolo o della colpa attiene al profilo dell'insussistenza di giusta causa o giustificato motivo che il legislatore ritiene dover essere punita esclusivamente con una indennità economica.

Questa lettura della norma peraltro pone alcuni delicati problemi interpretativi e di coerenza con la Costituzione. In primo luogo è evidente che qualsiasi comportamento, purché esistente, ma anche privo di rilievo disciplinare, potrebbe determinare l'assenza di giustificazione del recesso senza peraltro che si possa applicare la reintegra. Si pensi al cd. "fatto lecito", come nel caso del lavoratore che si rifiuti di salutare il datore di lavoro od al comportamento che sia di tale "lievità" da non configurare un inadempimento pur di scarso rilievo<sup>393</sup>. In questi casi si potrebbe prospettare un profilo di "irragionevolezza" della disposizione ai sensi dell'art. 3 Cost.<sup>394</sup> Non vi è nessuna differenza, che possa giustificare una diversità di trattamento, tra un comportamento di rilievo disciplinare ma non commesso dal lavoratore e quello che, pur attuato dal dipendente, è del tutto estraneo a qualsiasi profilo, seppur minimo, di inosservanza degli obblighi contrattuali o di lesione del vincolo fiduciario.

Tuttavia, la violazione del principio di eguaglianza può essere scongiurata attraverso una interpretazione "costituzionalmente orientata" della disposizione che eviti le conseguenze descritte. Una prima opzione è quella di leggere la norma come riferita non solo alla insussistenza del fatto materiale ma anche alla «"assoluta irrilevanza" disciplinare» del comportamento contestato<sup>395</sup>. In senso analogo si è detto che occorrerebbe interpretare l'art. 3, c. 2, primo periodo come «"fatto-inadempimento"»<sup>396</sup>. Anzi, si è sostenuto che un lavoratore licenziato per un fatto privo di contenuto disciplinare «può richiedere la tutela reale attenuata, non perché non sussiste il fatto giuridico, ma perché non sussiste a monte una idonea contestazione e cioè la contestazione di un fatto inadempimento che sia quantomeno notevole»<sup>397</sup>. Sono tesi condivisibili per gli scopi perseguiti, ma che costituiscono un totale stravolgimento della formulazione letterale della disposizione difficile da poter essere accettata<sup>398</sup>. D'altra parte, questa lettura si porrebbe in contrasto con la *ratio* della riforma, che intendeva risolvere il dibattito "fatto materiale/giuridico" accogliendo la prima impostazione. Il legislatore, proprio alla luce di tale contrapposizione teorica, vuole affermare che il comportamento contestato debba essere considerato «nella sua cruda materialità»<sup>399</sup> ed *a prescindere* dalla sua rilevanza giuridica<sup>400</sup>. Tra l'altro una delle interpretazioni

<sup>393</sup> Marazza, 2015, 324 – 325 fa riferimento anche al fatto esistente, ma derivante da causa non imputabile al lavoratore o al comportamento dovuto a forza maggiore. In senso analogo, Pisani, 2015, 29 – 30.

<sup>394</sup> Giubboni, 2015, 19.

<sup>395</sup> Marazza, 2015, 325.

<sup>396</sup> Pisani, 2015, 30, 32; Fiorillo, 2015, 117.

<sup>397</sup> Nogler, 2015, 43.

<sup>398</sup> E di questo è consapevole anche Pisani, quando afferma che, visto il testo della norma, si tratterebbe di una interpretazione correttiva «più ardua» (2015, 32).

<sup>399</sup> Cavallaro, 2014, 228, nt. 39.

<sup>400</sup> Si è sostenuto che questa interpretazione sarebbe in contraddizione con il testo della legge che lega giusta causa e g. motivo alla insussistenza del «fatto», senza affermare che la reintegra opererebbe in caso di «licenziamento *illegittimo*» (Nogler, 2015, 44). In verità il testo può essere così ricostruito: occorre contestare al lavoratore un comportamento che sia qualificabile come giusta causa o g. motivo di recesso. Se il comportamento è inesistente nella sua componente materiale vi sarà la reintegra. Altrimenti, quando esso è privo di rilievo disciplinare o non vi sia proporzione tra addebito e sanzione vi sarà la tutela indennitaria.

proposte (occorre contestare un comportamento che costituisca un inadempimento notevole) si pone in evidente contrasto con l'art. 3, c. 2, del d.lgs. 23/2015 quando sostiene che «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento». Se, infatti, l'assenza di gravità dell'inadempimento (che non è «notevole») comporta la reintegra si viene a reintrodurre un giudizio di proporzionalità tra fatto e sanzione che il legislatore voleva evitare.

La soluzione del problema può essere trovata sostenendo che nei casi descritti (contestazione di un fatto lecito o privo di qualsiasi valore disciplinare) si sia in presenza di un atto in frode alla legge<sup>401</sup>. Esso infatti sarebbe diretto a bypassare il controllo sulla giustificazione dell'atto di recesso – prescindendo da comportamenti riconducibili a giusta causa o giustificato motivo soggettivo – e ad evitare comunque la sanzione reintegratoria (perché il comportamento addebitato al lavoratore effettivamente esiste). In questo caso, dunque, vi è l'aggiramento di norme imperative (v. *infra* in questo §)<sup>402</sup> e «nonostante il mezzo impiegato sia lecito, è illecito il risultato che attraverso l'abuso del mezzo e la distorsione della sua funzione ordinaria si vuole in concreto realizzare»<sup>403</sup>. Pertanto, ai sensi degli artt. 1418, c. 2, e 1344 c.c. si applicherà la tutela reintegratoria piena di cui all'art. 2 del d.lgs. 23/2015 o quella di “diritto comune”, a seconda della opzione teorica che si intenda preferire (§ 4)<sup>404</sup>. Nei casi in cui, infine, il fatto è stato compiuto in assenza di imputabilità o in una situazione di forza maggiore, il comportamento non è ascrivibile alla persona che lo ha commesso e, quindi, tali situazioni possono essere considerate equivalenti a quella della «insussistenza».

La reintegra nel licenziamento disciplinare pone comunque ulteriori delicati problemi di costituzionalità, che verranno successivamente esaminati (v. § 6).

La reintegrazione richiede anche che l'assenza del «fatto materiale» sia «direttamente dimostrata in giudizio». Una espressione a cui è difficile attribuire un significato<sup>405</sup> e che è stata letta come tale da escludere la possibile utilizzazione in questo caso delle presunzioni<sup>406</sup>. Essa, comunque, imporrebbe al lavoratore di fornire la prova negativa della insussistenza del fatto, rendendo ancora più difficile l'applicazione della tutela reintegratoria<sup>407</sup>. In verità a me sembra che la giusta causa o giustificato motivo, il cui onere probatorio rimane a carico del datore di lavoro (art. 5 l. 604/1966), implica necessariamente la dimostrazione della sussistenza del comportamento addebitato al lavoratore e, quindi, del «fatto materiale» che ne costituisce il sostrato. Non è possibile, dal punto di vista probatorio, separare la prova della giustificazione del licenziamento da quella della effettuazione del comportamento – nei suoi elementi oggettivi e soggettivi – che ne

<sup>401</sup> Così anche Vallebona, 2015, 89. L'utilizzazione in questa ipotesi della frode alla legge è criticata da Nogler, 2015, 35 ss., 58 ss.

<sup>402</sup> Su tali aspetti, v. Bolego, 2011, 60.

<sup>403</sup> Cass. 20.1.2010 n. 1523.

<sup>404</sup> Una soluzione alternativa potrebbe anche essere quella di considerare il licenziamento, nelle situazioni indicate, come “pretestuoso” ed espressivo di un abuso del diritto (Perulli, 2015, 43 – 44).

<sup>405</sup> Pisani, 2015, 37.

<sup>406</sup> Marazza, 2015, 329.

<sup>407</sup> F. Carinci, 2015b, 9. In questo caso, tra l'altro si è sostenuto che questa interpretazione (con l'accollo al lavoratore della prova del fatto negativo), se accolta, sarebbe incostituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. (Giubboni, 2015, 19). Si rinvia, sul punto, a Perulli, 2015, 36 ss. per l'analisi del dibattito in materia. Si vedano anche Pisani, 2015, 36 ss; Marazza, 2015, 328 ss.

costituisce il presupposto<sup>408</sup>. Pertanto il datore di lavoro non potrà fare a meno di articolare mezzi istruttori diretti a tal fine e, se il comportamento addebitato non sarà da lui dimostrato, ne subirà le conseguenze. Dunque, ai sensi dell'art. 5 della l. 604/1966 e del nesso di inscindibilità descritto, l'onere della prova non potrà che essere del datore di lavoro<sup>409</sup>. Comunque, la interpretazione criticata si esporrebbe a profili di incostituzionalità in ragione del principio della "vicinanza o disponibilità della prova", riconducibile all'art. 24 Cost. e che «connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte Cost. 21 aprile 2000, n. 144)»<sup>410</sup>. Non vi è dubbio che attribuire al lavoratore la prova negativa della «insussistenza del fatto materiale» significherebbe violare tale principio, per l'evidente maggiore difficoltà dell'interessato nel fornire questa dimostrazione<sup>411</sup>.

Un problema particolare è quello del ruolo dell'autonomia collettiva. Senza dubbio i contratti ed accordi collettivi potrebbero regolare, in modo diverso e più favorevole per il lavoratore, gli effetti del licenziamento ingiustificato estendendo l'area della reintegrazione oltre i limiti previsti dalla legge e vi sono già esperienze in tal senso<sup>412</sup>. Tale possibilità, oltre ad essere basata sul principio della derogabilità *in melius* della legge da parte del contratto collettivo, è confermata in questo ambito dall'art. 12 della l. n. 604/1966. Questa disposizione, con il riferimento alle «condizioni più favorevoli» per «la materia» disciplinata da tale normativa, consente indubbiamente di operare in questo modo<sup>413</sup>.

Una questione più delicata è quella del licenziamento disciplinare basato su un comportamento per il quale il contratto collettivo prevede una sanzione conservativa (ad es. un ritardo di pochi minuti o un'assenza ingiustificata ridotta nel tempo). Si è affermato che, in questo caso, la disciplina legale prevale su quella contrattuale, e, poiché il «fatto materiale» sussiste, dovrebbe esservi soltanto la tutela indennitaria<sup>414</sup>. Tuttavia, si è detto che il lavoratore potrebbe attivare, ai sensi dell'art. 1218 c.c., una ordinaria azione per inadempimento del contratto collettivo, ottenendo quindi, in aggiunta, un ulteriore risarcimento del danno<sup>415</sup>. Queste interpretazioni sono dirette a riaffermare il ruolo della autonomia collettiva. Si è sostenuto, infatti, che togliere qualsiasi rilievo alle ipotesi di illecito disciplinare tipizzate dai contratti collettivi potrebbe porre problemi di compatibilità con l'art. 39, c. 1, Cost.<sup>416</sup>

A me sembra, peraltro, che in questi casi sia possibile ipotizzare una nullità del licenziamento per contrasto con una norma imperativa del contratto collettivo. Infatti, le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo vengono derogate *in melius*, attraverso la tipizzazione di

<sup>408</sup> Se il lavoratore è stato licenziato per sottrazione di beni aziendali, il datore di lavoro non può dimostrare la giusta causa se non prova che il comportamento è stato materialmente posto in essere dal soggetto a cui è stato attribuito.

<sup>409</sup> Nogler (2015, 58) ritiene che la tesi qui criticata costituirebbe una abrogazione parziale dell'art. 5 della l. 604/1966 ed un effetto «così dirimente avrebbe dovuto essere previsto espressamente». La tesi è assolutamente condivisibile.

<sup>410</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, *Dejure*, 5.

<sup>411</sup> Una difficoltà evidente anche e soprattutto quando si imponga ad un soggetto la prova di un "fatto negativo": Cass., S. U., 141/2006, cit., 5.

<sup>412</sup> Si è data notizia, infatti, di accordi collettivi, di cui uno stipulato da un'impresa multinazionale, che hanno appunto ripristinato l'art. 18 dello statuto. Cfr. Il Diario del Lavoro, 12.06.2015, in <http://www.ildiariodelavoro.it>

<sup>413</sup> Pisani, 2015, 35; F. Carinci, 2015b, 1 – 2.

<sup>414</sup> Pisani, 2015, 34 – 35.

<sup>415</sup> Fiorillo, 2015, 119; Perulli, 2015, 35.

<sup>416</sup> Giubboni, 2015, 19.

fatti che, in relazione alla loro gravità, non giustificano il recesso ma solo una sanzione diversa. In caso di licenziamento, dunque, non vi sarebbe la violazione degli artt. 2119 c.c. e 3 della l. 604/1966 – con applicazione della disciplina prevista dal d.lgs. 23/2015 – bensì l'inadempimento di una pattuizione negoziale che limita il potere di risolvere il rapporto. In queste ipotesi, la deroga migliorativa è tale da impedire la facoltà di licenziamento e, nei limiti in cui il ccnl è vincolante tra le parti, esclude l'applicazione delle regole legali. L'effetto è simile a quello che si avrebbe se il ccnl imponesse la reintegra per il licenziamento ingiustificato. Nel primo caso, con la previsione della sanzione conservativa, la clausola negoziale impedisce il potere di recesso e la sua violazione è una causa di nullità che inibisce il regime risarcitorio di cui all'art. 3 del d.lgs. 23/2015. Questa disposizione, infatti, non regola il licenziamento nullo. Nel secondo caso (art. 18 imposto dall'autonomia collettiva) è l'applicazione del contratto ad imporre una eccezione al regime degli effetti legali del recesso. Si tratta di due meccanismi diversi di operatività del contratto collettivo che determinano la medesima deroga alla disciplina del decreto legislativo.

Questa interpretazione potrebbe essere contestata sotto diversi profili. Una prima obiezione è che essa si fonda sull'art. 1418, c. 1, c.c. Questa disposizione prevede la nullità per contrasto con una norma imperativa di legge e non del contratto collettivo e non sarebbe quindi utilizzabile in questo caso. Tuttavia, nel Diritto del lavoro da tempo si è affermata la piena equivalenza tra norme imperative e norme inderogabili<sup>417</sup>. Inoltre, l'art. 2113 c.c. e l'art. 360 c.p.c. (ed altre fonti legali) hanno da tempo realizzato la completa parificazione tra disposizioni inderogabili di legge e di contratto collettivo. L'art. 1418, c. 1, c.c. è dunque applicabile anche in caso di violazione di norme inderogabili previste dall'autonomia collettiva (e tali sono, indubbiamente, quelle relative alle sanzioni disciplinari)<sup>418</sup>.

Si potrebbe obiettare, inoltre, che, ai sensi dell'art. 30 della l. 183/2010, le tipizzazioni dell'autonomia collettiva in tema di giusta causa e giustificato motivo non sono vincolanti per il giudice. Una simile conclusione potrebbe essere estesa anche a quelle connesse alle sanzioni conservative. Tuttavia, in linea generale, la non obbligatorietà delle tipizzazioni previste dal ccnl opera a favore del lavoratore e non in senso negativo, ed il Giudice non potrebbe applicare nozioni convenzionali di licenziamento giustificato peggiorative rispetto al contenuto della disciplina legale<sup>419</sup>. Il magistrato, a maggior ragione, in presenza di un fatto che il contratto collettivo reprime con una sanzione conservativa, non può riquificarlo in senso sfavorevole al lavoratore, ritenendo che il comportamento possa giustificare il recesso. Tale principio oggi trova espressa conferma nell'art. 18, c. 4, della l. n. 300/1970 che implicitamente conferma l'impossibilità di licenziare per fatti per i quali l'autonomia collettiva esclude il potere di recesso e prevede solo sanzioni conservative.

<sup>417</sup> De Luca Tamajo, 1976, 16 ss.; Voza, 2007, 16), anche se non mancano diverse recenti opinioni (Novella, 2009, 31 ss., 72 ss.; M. C. Cataudella, 2008, 12 ss.). La adesione alla prima tesi è da me espressa in Speciale, 2012b, 373 ss. (a cui rinvio per ulteriori approfondimenti).

<sup>418</sup> Sulla equivalenza tra inderogabilità di legge e contratto collettivo e sull'applicazione dell'art. 1418 anche nel secondo caso mi permetto di rinviare a Speciale, 2012b, 367 ss. e 371 ss. In giurisprudenza si veda, per tutte, Cass. 20.5.2013 n. 13227, che espressamente parla di nullità, «a norma dell'art. 1418 cod. civ.», degli atti diretti «a regolamentare in maniera diversa da quella fissata in maniera inderogabile dalle norme di legge o di contratto collettivo» (*Dejure*, 3, con indicazione di numerosi altri precedenti di analogo tenore).

<sup>419</sup> La giurisprudenza si è da tempo espressa in tal senso, affermando la nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c. delle clausole del ccnl che prevedono la risoluzione automatica del rapporto di lavoro in violazione delle fattispecie di recesso previste dalla legge.

Una ulteriore obiezione è quella che questa interpretazione non è stata mai proposta nel regime della stabilità obbligatoria anteriore alla riforma del 2015 e tutt'ora applicabile ai vecchi assunti. Anche in questi casi, dunque, in presenza delle ipotesi descritte si dovrebbe ritenere applicabile la nullità di "diritto comune"? A mio giudizio la risposta è positiva. La questione, infatti, in passato non è mai stata approfondita perché la prevalenza della tutela reintegratoria rendeva secondario il problema. Oggi, tuttavia, la situazione è diversa. Affermare che la disciplina legale in materia di licenziamenti inibisca qualsiasi effetto derogatorio dell'autonomia collettiva in tema di recesso significa infatti eludere quanto previsto espressamente dalla legge (art. 12 della l. 604/1966). Inoltre, ritenere che la disciplina legale assorbe qualsiasi effetto del licenziamento ingiustificato e non lascia spazio a diversi regimi giuridici vuol dire obliterare completamente principi propri non solo del diritto civile ma anche del diritto del lavoro (come, appunto, la deroga migliorativa dell'autonomia collettiva).

Mi sembra dunque, che quando il contratto collettivo impone una sanzione conservativa, la comminazione del licenziamento determina la sua nullità per violazione della clausola negoziale ed impone o l'applicazione dell'art. 2 del decreto legislativo (reintegra piena) o la tutela reintegratoria di "diritto comune" (v. § 4).

#### 6. La incostituzionalità del regime «binario» reintegrazione/risarcimento del danno.

Il regime "binario" introdotto dalla riforma (reintegrazione in caso di insussistenza del «fatto materiale», tutela indennitaria nelle altre ipotesi) si presta a possibili censure di incostituzionalità.

La Corte ha indubbiamente affermato che la tutela reintegratoria non costituisce una sanzione obbligata e la garanzia al diritto al lavoro può essere realizzata per mezzo di tecniche di tipo indennitario<sup>420</sup>, anche se la Cassazione aveva giustamente sottolineato che «il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma»<sup>421</sup>. A giudizio della Corte costituzionale, la stabilità del lavoro, garantita dalla legge fondamentale, si sostanzia nel divieto del recesso *ad nutum* ed impone al legislatore di introdurre causali giustificative del licenziamento, la cui violazione può peraltro essere repressa con tecniche diverse e lasciando al legislatore la scelta dei tempi e dei modi con cui realizzarle<sup>422</sup>. Questa discrezionalità, tuttavia, non esclude che le disposizioni introdotte debbano rispecchiare un principio di ragionevolezza, in base a considerazioni «di adeguatezza, pertinenza, proporzionalità (e) coerenza» delle disposizioni, la cui assenza determina una violazione dell'art. 3 Cost.<sup>423</sup>. In relazione al precedente assetto normativo ed al "parallelismo delle tutele" (con la reintegra nella stabilità reale ed il risarcimento del danno in quella obbligatoria), la Corte costituzionale aveva chiaramente detto che, pur nella piena discrezionalità del legislatore nella scelta dei regimi sanzionatori, «la disciplina, per essere conforme a Costituzione,

<sup>420</sup> Corte cost. 3 febbraio 2000 n. 46, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 4 – 5. Su tale sentenza si vedano, da ultimo, Fiorillo, 2015, 105 – 106; Celentano, 2015, 16 ss.

<sup>421</sup> Cass., S. U., 10.1.2006 n. 141, *Dejure*, 6. Sottolinea tale aspetto Giubboni, 2015, 21.

<sup>422</sup> Oltre a C. cost. n. 46/2000, cit., cfr. C. cost. n. 45/1965; C. cost. n. 194/1970; C. cost. n. 129/1976; C. cost. n. 189/1980; C. cost. n. 2/1986.

<sup>423</sup> V. *retro* § 3, testo e note 75 ss.

deve rispettare l'esigenza di un trattamento uguale per situazioni uguali e, in relazione a queste, può essere diversificato solo in presenza di giustificate ragioni...»<sup>424</sup>. Questi principi devono quindi necessariamente orientare l'interprete nella valutazione della coerenza delle nuove disposizioni con la legge fondamentale.

In tale ambito, un primo profilo di incostituzionalità è rinvenibile nella "sproporzione" tra la reintegra prevista nel caso di mancanza del «fatto materiale» e la tutela indennitaria nel caso di licenziamento ingiustificato rispetto al quale sia del tutto carente il profilo soggettivo (dolo o colpa). Si tratta di una situazione diversa, da quella già esaminata, della contestazione di un "fatto lecito" o privo di rilievo disciplinare, dove si è proposta una interpretazione correttiva che dovrebbe escludere la violazione dell'art. 3 Cost.<sup>425</sup> In questa ipotesi, il lavoratore ha effettivamente realizzato un comportamento che ha sicuro rilievo disciplinare (ad es. un danneggiamento di macchinari). Tuttavia il fatto non è ascrivibile a sua responsabilità, per assenza di volontarietà o di negligenza e, quindi, il recesso, pur se ingiustificato, comporta solo il diritto al risarcimento. Le due situazioni (assenza del comportamento dal punto di vista materiale/mancanza dell'elemento soggettivo) sono assolutamente equivalenti sotto il profilo della gravità e degli interessi in gioco tutelati e certamente non giustificano una differenza così rilevante nel sistema sanzionatorio<sup>426</sup>. Non aver materialmente commesso un fatto o averlo compiuto in assenza di qualsiasi responsabilità sono, dal punto di vista giuridico, di "pari valore".

Un altro possibile aspetto di incostituzionalità è rinvenibile anche nello "squilibrio" tra reintegrazione per carenza del comportamento «materiale» del lavoratore ed erogazione, in caso di licenziamento ingiustificato, di somme assai ridotte particolarmente nei primi anni di servizio. Tra l'altro questa situazione sarebbe ulteriormente aggravata se venisse accolta l'interpretazione secondo cui le quattro mensilità di retribuzione non sono un minimo risarcitorio da liquidare in ogni caso, ma soltanto qualora vi sia un recesso ingiustificato nel primo anno di lavoro. In base a questa tesi, se invece il licenziamento fosse comminato in un successivo periodo temporale, ogni anno (compreso il primo) garantirebbe solo due mesi di indennità<sup>427</sup>. Inoltre, un ulteriore elemento di possibile penalizzazione del lavoratore è costituito dalla introduzione della «offerta di conciliazione» che induce il lavoratore a scegliere una opzione che riduce ulteriormente l'entità del risarcimento<sup>428</sup>. Il legislatore può certamente graduare il sistema sanzionatorio, ritenendo che l'as-

<sup>424</sup> C. cost. 8.1.1986 n. 2, *Dejure*, 12.

<sup>425</sup> V. *retro* § 5, testo e nt. 122 e ss.

<sup>426</sup> In tal senso anche Nogler, 2015, 44 – 45, 52, che sottolinea l'irrazionalità della scelta del legislatore.

<sup>427</sup> In realtà, a me sembra che la formulazione letterale dell'art. 3, c. 1, del d.lgs. 23/2015 sia chiarissima: le «due mensilità» sono il «valore economico» del recesso ingiustificato per ogni anno di anzianità e costituiscono il parametro generale per valutare l'incremento di risarcimento a cui ha diritto il lavoratore con il passare del tempo. Invece i 4 ed i 24 mesi sono il limite minimo e massimo non superabile, come dimostra la dizione «in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità». Le parole utilizzate ed il termine «comunque» richiamano l'espressione «in ogni caso» contenuta nell'art. 18, c. 2, della l. 300/1970 per le 5 mensilità risarcitorie minime, che non possono essere ridotte.

<sup>428</sup> Sull'offerta conciliativa v. *retro* § 1, testo e nt. 23 ss. L'ammontare del risarcimento è particolarmente ridotta nei primi anni di lavoro. Un lavoratore con 4 anni di servizio avrebbe diritto a 10 (o secondo l'interpretazione qui criticata a 8) mensilità di retribuzione, che, in sede di conciliazione potrebbero dimezzarsi. In verità, in considerazione dei valori costituzionali in gioco (anche di derivazione europea: v. § 7), gli importi dovrebbero essere nettamente superiori. Su tali aspetti rinvio a Speciale, 2013, 315; Id., 2014a, 32 ss.

senza del comportamento materiale comporti la reintegra (poiché si tratta di un addebito insussistente) e la sua concreta effettuazione, se non costituisce giusta causa o giustificato motivo, possa essere sanzionata solo col pagamento di una indennità. Tuttavia, l'esiguità delle somme previste rende evidentemente la tutela del tutto irrisoria e comunque non coerente e razionale rispetto all'altra sanzione. Non si vede, infatti, per quale ragione la mancanza del fatto contestato è tutelata in modo così "forte" ed un comportamento di scarso rilievo disciplinare (un ritardo di pochi minuti, l'assenza di un solo giorno) tale da non giustificare il recesso debba garantire importi così ridotti. Le due ipotesi, infatti, per quanto riguarda la loro "gravità", sono molto simili e non giustificano una differenza così radicale, che avrebbe potuto essere evitata con la previsione di un risarcimento economicamente adeguato.

La esiguità del risarcimento, che come vedremo pone problemi di compatibilità con l'ordinamento europeo (§ 7), inoltre solleva una ulteriore questione di costituzionalità. La Corte, infatti, ha sottolineato che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale (sent. n. 148/1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sent. n. 199/2005 e n. 420/1991)»<sup>429</sup>. Mi sembra evidente che l'indennità prevista dalla legge sia completamente "inadeguata", tenendo conto che in questo caso tale requisito deve essere valutato «con maggior rigore evidentemente in un contesto in cui la "posta in gioco" attiene al diritto al lavoro rispetto al quale la Repubblica è impegnata anche a promuovere le condizioni che lo rendano effettivo»<sup>430</sup>. Non è un caso che, proprio per questa ragione, le Sezioni Unite della Cassazione avevano parlato del potenziale «esproprio» del posto di lavoro connesso al mero risarcimento del danno. La Suprema Corte è indubbiamente orientata ad un approccio molto lontano da quello della *severance pay* e della ricostruzione degli interessi sottesi al contratto di lavoro in chiave meramente economica, secondo i principi della *law and economics*<sup>431</sup>. Tuttavia, anche se non si vuole accedere a questa impostazione, non vi è dubbio che la rilevanza dei valori costituzionali in gioco impone una tutela economica che abbia una certa consistenza e quindi "adeguata" in considerazione della necessità di risarcire un "bene" protetto in modo così rilevante dalla Costituzione. Queste considerazioni possono ovviamente essere estese anche al licenziamento per g. motivo oggettivo, dove la situazione, da tale punto di vista, è del tutto analoga<sup>432</sup>.

Un'altra possibile censura di incostituzionalità, sempre per violazione dell'art. 3 Cost., è rinvenibile nel fatto che l'indennità economica prescinde completamente da qualsiasi giudizio di proporzionalità con il comportamento commesso ed è collegata esclusivamente alla anzianità di servizio. In tal modo il giudice deve trattare «allo stesso modo (con esclusione del rimedio reintegratorio) situazioni che possono essere sostanzialmente diverse (per i profili soggettivi e psicologici che connotano la condotta dell'agente, per la esistenza di cause di giustificazione o esimenti e così via)»<sup>433</sup>. Mentre una disciplina "razionale" avrebbe dovuto graduare l'entità della sanzione proprio in relazione alla valutazione complessiva di tutti gli elementi (soggettivi, oggettivi, cause di

<sup>429</sup> C. cost. 11.11.2011 n. 303, *Dejure*, 9.

<sup>430</sup> Celentano, 2015, 17 (anche se questo a. sembra escludere, pur in forma dubitativa, l'incostituzionalità della disposizione sotto questo profilo: 18 - 19).

<sup>431</sup> Per l'approfondimento di questi aspetti rinvio a Speciale, 2013, 318 ss.

<sup>432</sup> Anche Giubboni (2015, 21) afferma l'inadeguatezza del risarcimento a svolgere una funzione sanzionatoria, dissuasiva e risarcitoria, sottolineando la lesione dei principi costituzionali di cui agli artt. 1, 4 e 35 Cost.

<sup>433</sup> Giubboni, 2015, 19.

giustificazione, livello di responsabilità, tipologia delle mansioni) che la giurisprudenza considera come elementi determinanti nella valutazione della giusta causa. Inoltre, il risarcimento avrebbe dovuto tenere conto, oltre che del comportamento e del livello di responsabilità del lavoratore, anche della condotta del datore di lavoro in relazione alla gravità del fatto contestato, alla sua plausibilità, alla proporzionalità tra contestazione e sanzione ecc. Da questo punto di vista, l'individuazione di questi parametri e l'affidamento al giudice del potere di liquidare una somma tra un minimo risarcitorio di una certa consistenza ed un massimo predeterminato (secondo il modello dell'art. 18 vigente) avrebbe potuto costituire un sistema efficace e tale da porre al riparo la normativa dalla violazione dell'art. 3 Cost. La possibile incostituzionalità qui analizzata è stata negata in base al rilievo che si tratterebbe di un mero «inconveniente di fatto», tale da non giustificare «pronunce di incostituzionalità allorché non siano conseguenti ad un bilanciamento degli interessi manifestamente irragionevole»<sup>434</sup>. A me sembra che, in realtà, la «irragionevolezza» sia del tutto evidente in questo caso. Il potere disciplinare, infatti – come tutti quelli a carattere punitivo o sanzionatorio – è naturalmente caratterizzato dalla proporzionalità tra fatto e sanzione. Ed è proprio tale caratteristica ad essere completamente negata in questa situazione<sup>435</sup>.

Altri possibili profili di contrasto con la Costituzione dell'alternativa reintegra/risarcimento sono stati già esaminati, in relazione, ad esempio, al licenziamento nullo nei casi di nullità non espressamente previsti dalla legge, a quello disciplinare su fatti per i quali il contratto collettivo prevede sanzioni conservative o nel caso di contestazione di un comportamento privo di qualsiasi rilievo disciplinare. Tuttavia la violazione della legge fondamentale può essere esclusa tramite l'adozione di interpretazioni costituzionalmente orientate che sono state già analizzate<sup>436</sup>.

Una ulteriore delicata questione di compatibilità con la Costituzione è quella della totale esclusione della reintegra nel licenziamento economico. Il problema si era posto anche per la riforma Fornero, in relazione alla facoltatività della reintegra prevista in caso di recesso privo di g. motivo oggettivo<sup>437</sup> ed è ancora più rilevante oggi. In relazione all'art. 18 si era sottolineato che nel licenziamento disciplinare è in gioco la «onorabilità della persona», mentre quello per g.m. oggettivo riguarda solo un «interesse economico professionale» e pertanto questa differenza giustificerebbe le diverse tutele<sup>438</sup>. Tuttavia avevo osservato che, dal punto di vista del datore di lavoro, anche nel licenziamento disciplinare sono coinvolti profili connessi alla funzionalità dell'organizzazione, in relazione al riflesso dell'inadempimento o del comportamento del lavoratore sul suo normale svolgimento<sup>439</sup>. Nella prospettiva del lavoratore, la g. causa e il g. motivo soggettivo non riguardano solo la sua «onorabilità» ma anche il bilanciamento tra esigenze organizzative dell'im-

<sup>434</sup> Celentano, 2015, 19.

<sup>435</sup> Marazza (2015, 326 – 327) ritiene che la violazione del principio di proporzionalità descritto potrebbe far ritenere l'indennità in contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza e l'art. 24 della Carta Sociale Europea.

<sup>436</sup> Sul primo aspetto v. *retro* § 4, testo e nt. 93 ss. Sulle altre due questioni v. § 5, testo e nt. 143 ss. e nt. 122 ss.

<sup>437</sup> Rinvio a Speziale, 2013, 348 ss.

<sup>438</sup> Ichino, 2012, 25.

<sup>439</sup> Su tali aspetti cfr. anche *retro* testo e nt. 55. Infatti, il comportamento di rilievo disciplinare può avere «effetti disfunzionali» sull'andamento dell'organizzazione di impresa, soprattutto in alcune ipotesi (si pensi allo scarso rendimento). Inoltre, in conseguenza dei suoi riflessi sulle prestazioni degli altri dipendenti, incide in ogni caso sulla dinamica ordinaria dell'azienda.

presa e suo interesse alla continuazione del vincolo contrattuale (quando, ad es., non vi è proporzione tra fatti e sanzione). D'altra parte, non tutti gli adempimenti mettono in discussione la dignità della persona, come nel caso in cui sono connessi alle competenze tecniche del dipendente o a condizioni di mercato. Infine, nel recesso per g.m.o., non vi è solo la lesione di un interesse economico professionale, perché l'organizzazione nella quale si lavora è anche il luogo di valorizzazione della persona e di altri valori costituzionalmente garantiti al lavoratore<sup>440</sup>.

Le differenze tra licenziamento disciplinare ed economico, pur se esistenti, possono indubbiamente giustificare una diversa disciplina, ma la omogeneità tra le stesse impone che le distinzioni nelle regole siano coerenti e non sproporzionate. Non è questo il caso del d.lgs. 23/2015, sia per la totale assenza della tutela reintegratoria, sia per l'assoluta inadeguatezza del risarcimento del danno assicurato al lavoratore in caso di assenza di giustificato motivo oggettivo.

Infine, un ulteriore profilo di "irragionevolezza" potrebbe essere rinvenuto nel fatto che lo squilibrio tra le tutele previste in caso di licenziamento disciplinare ed economico potrebbe stimolare comportamenti "opportunistici" del datore di lavoro. Perché "rischiare" un recesso per g. causa o g. m. soggettivo (che potrebbe comportare, se ingiustificato, la reintegra) e non utilizzare un licenziamento economico, mai assistito dalla stabilità reale (seppure attenuata)? Infatti, se si commina un recesso per g.m.o. del tutto privo di ragioni giustificative vi sarà sola (modesta) tutela indennitaria, senza alcun rischio di reimmissione del dipendente al lavoro. In questo modo, di fatto, si verrebbe a privare sempre il lavoratore della reintegrazione, con evidente irrazionalità dell'intera disciplina anche in relazione al sistema di graduazione delle sanzioni introdotto dal legislatore.

Tuttavia questa possibile incostituzionalità può forse essere evitata con un duplice meccanismo. Da un lato il lavoratore potrebbe sempre provare – con onere a suo carico – che il recesso, formalmente economico, è in realtà di carattere disciplinare e, in tal caso chiedere la reintegrazione. Tuttavia una simile soluzione presuppone che la carenza della procedura di cui all'art. 7 della l. 300/1970 comporta, in considerazione del contesto in cui è avvenuta, la reintegra (dovendo essere considerata equivalente alla «insussistenza del fatto materiale»)<sup>441</sup>. Perché se invece si ritiene che si debba applicare il regime indennitario previsto dall'art. 4 del d.lgs. 23/2015, questa interpretazione non eviterebbe i profili di incostituzionalità già sottolineati. L'altra opzione è quella di considerare il licenziamento economico diretto ad evitare quello disciplinare come un negozio in frode alla legge e, quindi nullo, con le conseguenze già analizzate<sup>442</sup>. In questo caso, infatti, vi sarebbe la «distorsione» nella funzione ordinaria di un istituto utilizzato per perseguire un risultato «illecito» (evitare in ogni caso il regime sanzionatorio più sfavorevole applicabile nel caso di recesso per g. causa o g. motivo soggettivo)<sup>443</sup>.

## 7. La tutela indennitaria e il suo possibile contrasto con il diritto europeo e la Costituzione.

La previsione di una indennità risarcitoria assai limitata solleva ulteriori problemi di coerenza della

<sup>440</sup> Secondo la prospettiva adottata da Cass. S.U., n. 141/2006, cit. Su le questioni analizzate nel testo rinvio a Speciale, 2013, 349 ss.

<sup>441</sup> Questa è, ad esempio, la soluzione prospettata da Nogler, 2015, 59 ss.

<sup>442</sup> V. § 4, con la possibile applicazione dell'art. 2 del d.lgs. 23/2015 o della nullità di diritto comune.

<sup>443</sup> Sulla frode v. *retro* § 5, testo e nt. 130 ss. In entrambe le interpretazioni delineate il lavoratore non dovrebbe dimostrare il proprio "inadempimento", ma solo che vi sono stati episodi (ad es. una contestazione verbale di scarsa diligenza o un diverbio con un superiore gerarchico) che dimostrano l'esistenza di ragioni disciplinari che sono state "aggirate" con il ricorso al licenziamento per g.m.o.

nuova disciplina con il diritto europeo e la stessa Costituzione. Da questo punto di vista, la questione deve essere esaminata in relazione al carattere vincolante o meno di alcune norme della UE ed alla loro influenza sul d.lgs. 23/2015. Inoltre, occorre verificare se queste disposizioni possono essere prese in considerazione quale parametro di costituzionalità, ai sensi dell'art. 117 Cost.

La prima norma da analizzare è l'art. 30 della Carta di Nizza. Proprio in relazione a questo articolo, si è sottolineato che la previsione di una indennità risarcitoria fortemente attenuata non garantirebbe il «contenuto essenziale» del diritto alla tutela contro il licenziamento, così come previsto dall'art. 52 della Carta stessa<sup>444</sup>. In verità l'art. 30 ha una dizione così generica da rendere difficile un giudizio di adeguatezza tra risarcimento e protezione contro il recesso<sup>445</sup>. In ogni caso, la violazione di questa disposizione non potrebbe essere fatta valere dinanzi alla Corte di Giustizia Europea. È vero, infatti, che la materia dei licenziamenti è tra quelle di competenza dell'Unione, ai sensi dell'art. 153 del Trattato sul Funzionamento della UE<sup>446</sup>. Tuttavia, per giurisprudenza costante della CGE, la violazione delle norme del Trattato può essere fatta valere dinanzi alla Corte soltanto nel caso in cui vi sia la "norma interposta", da intendersi come fonte normativa che espressamente disciplini la materia (ad es. Regolamento o Direttiva)<sup>447</sup>. Nel nostro caso, l'unica Direttiva esistente riguarda i licenziamenti collettivi e non quelli individuali. Dunque solo per i primi sarebbe possibile una valutazione di congruità della indennità risarcitoria, ostacolata, peraltro, dalla genericità del contenuto dell'art. 30.

La questione potrebbe essere diversa per l'art. 24 della Carta Sociale Europea, recepita nel nostro ordinamento dalla l. 30/1999, che, in caso di licenziamento ingiustificato, prevede il diritto «ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione». La disposizione, come si vede, ha un contenuto più specifico. Tra l'altro il Comitato Europeo dei Diritti Sociali, che non ha funzioni giurisdizionali ma svolge il compito essenziale di verificare la corretta attuazione della Carta negli Stati nazionali<sup>448</sup>, ha elaborato una serie di decisioni che possono assumere un valore essenziale ai fini della valutazione della congruità dell'indennizzo<sup>449</sup>. In tale ambito, questo organismo ha ribadito che «il risarcimento per il licenziamento illegittimo deve essere allo stesso tempo proporzionato rispetto alla perdita sofferta dalla vittima e sufficientemente dissuasivo per i datori di lavoro. Qualsiasi limite massimo al risarcimento che impedisce che i danni siano commisurati al pregiudizio subito e che non abbia un carattere sufficientemente dissuasivo è proibito»<sup>450</sup>. D'altra parte,

<sup>444</sup> Perulli, 2015, 32. Dubbi sono sollevati anche da Marazza, 2015, 326 – 327.

<sup>445</sup> In tal senso Marazza, 2015, 327. La norma, infatti, afferma «il diritto di ogni lavoratore alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

<sup>446</sup> Il comma 1, lettera d), di questa disposizione, infatti, include la «protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro» tra le materie nelle quali l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri. In senso contrario, Giubboni, 2015, 22.

<sup>447</sup> Si veda, da ultimo, Cgce 5.2.2015, *Poclava*, causa C-117/14, punti 27 ss.

<sup>448</sup> M. T. Carinci, 2012b, 32; Orlandini, 2012, 625 ss.

<sup>449</sup> Sul valore fondamentale, dal punto di vista interpretativo, delle decisioni del Comitato Europeo, cfr. Speciale, 2013, 313 ss.; M. T. Carinci, 2012b, 32; Orlandini, 2012 625 ss.; Giubboni, 2015, 22 (a questi due ultimi a. si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

<sup>450</sup> European Committee of Social Rights 2012 (Finland), 41. Il principio descritto ha carattere generale ed è stato più volte espresso dal Comitato. Si rinvia, sul punto, a Orlandini, 2012, 636 e Speciale, 2013, 314, con riferimento a paesi che sono stati censurati perché pongono limiti massimi al risarcimento del danno per licenziamento illegittimo.

la Corte di Giustizia ha affermato che, in tema di sanzioni in caso di violazione di un diritto riconosciuto dalla UE, il risarcimento del danno deve essere «adeguato, effettivo e dissuasivo», con un principio elaborato in tema di licenziamento collettivo, recesso discriminatorio e contratto a termine<sup>451</sup>. Sarebbe difficile poter affermare che queste regole non debbano costituire un parametro anche nel caso del recesso individuale, in considerazione del fatto che esse sono state espresse anche in relazione ad altre forme di licenziamento ed hanno comunque una portata generale difficilmente contestabile.

I principi indicati rendono evidentemente del tutto “incongruo” l’indennizzo risarcitorio previsto dal d.lgs. 23/2015, che è lontanissimo dai parametri sopra descritti<sup>452</sup>. Peraltro, la violazione dell’art. 24 della Carta Sociale Europea non può essere denunciata dinanzi alla CGE, in primo luogo perché questa Carta non è espressamente prevista dall’art. 6 del Trattato sulla UE, che è la fonte che ha “costituzionalizzato” le Carte dei diritti<sup>453</sup>. Inoltre, come già si è spiegato, manca la “norma interposta” a livello europeo che consenta l’intervento della Corte.

Tuttavia, l’art. 24 della Carta Sociale è stato espressamente recepito da una legge ordinaria<sup>454</sup>. Le fonti primarie che implementano trattati internazionali (e la Carta ha queste caratteristiche) hanno una “forza di resistenza” superiore rispetto alle successive leggi ordinarie. Non è sufficiente che la norma posteriore intenda disciplinare «*in modo diverso gli stessi rapporti quanto quella di ripudiare gli impegni internazionali assunti*». Ne consegue che una derogazione o modifica delle norme di adattamento al trattato per semplice *incompatibilità* con una legge posteriore non è possibile<sup>455</sup>. Alla luce di tali principi, non vi è dubbio che il giudice nazionale dovrà utilizzare l’art. 24 come parametro di valutazione della congruità dell’indennizzo e non potrà che rilevarne la “inadeguatezza”. E, in tal caso, ne dovrà reinterpretare il contenuto per renderlo conforme alla disposizione recepita nell’ordinamento nazionale ed in base canoni già delineati relativi all’entità del risarcimento.

Inoltre, se non si volesse seguire questa opzione interpretativa, l’applicazione dell’art. 24 può essere un criterio di giudizio della costituzionalità del d.lgs. 23/2015. L’art. 117 Cost., infatti, impone al legislatore nazionale il rispetto dei «vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». In base a tale disposizione, la Corte costituzionale ha statuito che le norme internazionali pattizie, come ad esempio la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), siano “norme interposte” e devono essere utilizzate «come parametro di validità delle leggi, in quanto da esse derivano obblighi che, pur appartenendo di per sé al diritto internazionale convenzionale, in forza dell’art. 117 citato si trasformano in obblighi di diritto costituzionale»<sup>456</sup>. La CEDU è stata qualificata come «un trattato

<sup>451</sup> Orlandini, 2012, 634 – 635, a cui si rinvia per le indicazioni della giurisprudenza della CGE.

<sup>452</sup> Così anche Giubboni, 2015, 21 – 22.

<sup>453</sup> Celentano, 2015, 23.

<sup>454</sup> Infatti, l’art. 2 della l. 70/1999 stabilisce che «piena ed intera esecuzione è data alla Carta sociale europea di cui all’art. 1», che si riferisce alla edizione della Carta del 1961, nella versione «riveduta» nel 1996.

<sup>455</sup> Conforti, 2006, 293.

<sup>456</sup> Zagrebelsky, Marcenò, 2012, 239, con riferimento alle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale che hanno sancito i principi descritti. In senso analogo Sorrentino, 2015, 91 – 92.

internazionale multilaterale»<sup>457</sup> ed in questo ambito rientra certamente anche la Carta Sociale Europea<sup>458</sup>, il cui contenuto, tra l'altro, è stato interamente recepito dall'art. 2 della l. n.70/1999. Pertanto, sia in conseguenza della legge di recepimento - che rende vincolante per lo Stato italiano tutte le disposizioni della Carta -, sia per effetto dei principi sopra descritti, l'art. 24 dovrà costituire un parametro per valutare la conformità alla Costituzione dell'indennità risarcitoria.

Non vi è dubbio, dunque, che, soprattutto in coerenza con l'interpretazione del contenuto dell'art. 24 della Carta Sociale espressa dal Comitato Europeo ed alla stregua dei principi in tema di effettività delle sanzioni enucleati anche dalla CGE, la nuova normativa introdotta dal d.lgs. 23/2015 si pone in netto contrasto con questa fonte e comporti un giudizio di incostituzionalità per inadeguatezza del risarcimento. E tale profilo di illegittimità si aggiunge a quello già enucleato dalla Corte costituzionale in relazione al medesimo aspetto ed in base ad una lettura della legge fondamentale che prescinde dalla influenza esercitata dalle disposizioni delle Carte dei diritti analizzate<sup>459</sup>.

### Riferimenti bibliografici

- Amsterdamski S. (1977). *Certezza/dubbio*. *Enciclopedia Einaudi*, II. Torino: Einaudi, p. 968 ss.
- Barbera M. (2013). Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio. *RGL*, I, p. 139 ss.
- Bellomo S. (2015). Autonomia collettiva e clausole generali. *DLRI*, p. 45 ss.
- Bolego G. (2011). *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*. Padova: Cedam.
- Brino V. (2015). La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*. Torino: Giappichelli, p. 83 ss.
- Brun S. (2012). *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*. Padova: Cedam.
- Carinci F. (2015a). Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014). *CSDLE "M. D'Antona"*. Testo disponibile al sito <http://csdle.lex.unct.it>, p. 1 ss.
- Carinci F. (2015b). Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015. *CSDLE "M. D'Antona"*. Testo disponibile al sito <http://csdle.lex.unct.it>, p. 1 ss.
- Carinci M. T. (2012a). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e *flexicurity* "all'italiana" a confronto, *DLRI*, p. 527 ss.
- Carinci M. T. (2012b). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi. Relazione al XVII Congresso Nazionale AIDLASS, *Il Diritto del Lavoro al tempo della Crisi*, Pisa (7 -9 giugno 2012). Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it/convegni/archivio/congresso-2012>, p. 1 ss.

<sup>457</sup> C. cost. 24.10.2007 n. 348, *Dejure*, 16.

<sup>458</sup> Panzera, 2011, 10 che riporta la espressa definizione attribuita alla Carta dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, secondo la quale essa è «un comune trattato internazionale». In senso analogo Zanghi, 2000, 303.

<sup>459</sup> V. *retro* § 6, testo e note 158 ss.

- Casavola P. (1995). *La giustizia costituzionale nel 1994*. Testo disponibile al sito: <http://www.cortecostituzionale.it>, Documentazione, relazioni annuali, p. 1 ss.
- Cataudella M.C. (2008). *Contratto di lavoro e nullità parziale*. Milano: Giuffrè.
- Cavallaro L. (2014). Il licenziamento disciplinare: una riconsiderazione. *RTDPC*, I, p. 213 ss.
- Celentano C. (2015). La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria. Relazione al Corso di alta formazione della Scuola Superiore della Magistratura sul tema *La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio* (Scandicci 13 – 15 aprile 2015), dattiloscritto, p. 1 ss.
- Celotto A. (2006). *Art. 3, 1° co., Cost.*. In: Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I. Torino: Utet, p. 65 ss.
- Chieco P. (2013). Il licenziamento nullo. In: Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*. Bari: Cacucci, p. 277 ss.
- Chieco P. (2015). Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori. Relazione al XVIII Congresso A.I.D.La.SS tenuto a Foggia, 28, 29 e 30 Giugno 2015. Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>, p. 1 ss.
- Conforti B. (2006). *Diritto Internazionale*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Corte Costituzionale (2009). Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008. Testo disponibile al sito: <http://www.cortecostituzionale.it>, Documentazione, relazioni annuali, p. 1 ss.
- D'Amico G. (2009). Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità). In Pagliantini S. (a cura di), *Le forme della nullità*. Torino: Giappichelli, p. 1 ss.
- De Luca Tamajo R. (1976). *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*. Napoli: Jovene.
- Del Punta R. (2001). L'economia e le ragioni del diritto del lavoro. *DLRI*, p. 3 ss.
- Del Punta R. (2013). Epistemologia breve del diritto del lavoro. *LD*, p. 37 ss.
- Del Punta R. (2015). Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18. *RIDL*, II, p. 32 ss.
- Denozza F. (2013). Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il successo di una tanto debole teoria? *RDC*, p. 43 ss.
- Denozza F. (2015). Il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa neo liberale. *RIDL*, I, p. 41 ss.
- European Committee of Social Rights 2012 (Finland). Testo disponibile al sito: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/conclusionsindex\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/conclusionsindex_en.asp), p. 1 ss.
- Fiorillo L. (2015). La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi – Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*. Torino: Giappichelli, p. 103 ss.
- Gentile G. (2015). L'ambito di applicazione della nuova disciplina. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 51 ss.

- Giubboni S. (2015). Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 246/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Giugni G. (1979, ora 1989), Il diritto del lavoro negli anni '80. In: *Lavoro, legge, contratti*. Bologna: Il Mulino, p. 293 ss.
- Guastini R. (1998). *Teoria e dogmatica delle fonti*. In: Cicu A., Messine F., Mengoni L. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVI. Milano: Giuffrè.
- Ichino P. (2012). La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori. Testo disponibile al sito: <http://www.pietroichino.it>, p. 1 ss.
- Marazza M. (2015). Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel *jobs act*. *ADL*, 2, 310 ss.
- Mengoni L. (1986). Spunti per una teoria delle clausole generali. *RCDP*, p. 5 ss.
- Mimmo G. (2015). *Appunti su schema di decreto legislativo (attuazione della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183)*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- Musella C. (2015). I licenziamenti discriminatori e nulli. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. *Quad ADL*, 14. Milano: Cedam, p. 13 ss.
- Nogler L. (2007). La disciplina dei licenziamenti individuali. *DLRI*, p. 593 ss.
- Nogler L. (2015). I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. *Quad ADL*, 14. Milano: Cedam, p. 33 ss.
- Novella M. (2009). *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè.
- OECD (2004). *OECD Employment Outlook*, Paris.
- Orlandini G. (2012). La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea. *DLRI*, p. 619 ss.
- Panzerà C. (2011). Per i cinquant'anni della Carta Sociale Europea. Intervento al convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il caso italiano. Il diritto del lavoro tra riforme delle regole e vincoli di sistema* (Reggio Calabria, 5.11.2011), p. 1 ss. (dattiloscritto).
- Pedrazzoli M. (2014). Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato. *DLRI*, p. 3 ss.
- Persiani M. (1971). *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*. In Riva Sanseverino L., Mazzoni G. (diretto da), *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, II. Padova: Cedam, p. 591 ss.
- Persiani M. (2013). Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato. *ADL*, p. 1 ss.
- Perulli A. (2012a). *Efficient breach*, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna. *RGL*, I, p. 561 ss.
- Perulli A. (2012b). Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat.Lav. *Ratio* e aporie dei concetti normativi. *ADL*, p. 784 ss.

- Perulli A. (2015). Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro? In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 3 ss.
- Perulli A., Casale G. (2013). *Towards the Single Employment Contract. Some comparative reflections*. Oxford: Hart Publishing Ltd.
- Pisani C. (2015). Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato. In: R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 17 ss.
- Pizzoferrato A. (2015). L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro. Relazione al XVIII Congresso A.I.D.La.SS tenuto a Foggia, 28, 29 e 30 Giugno 2015. Testo disponibile al sito: <http://www.aidlass.it>, p. 1 ss.
- Pizzorusso A. (2011). *Fonti del diritto* In: Galgano F. (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*. Bologna – Roma: Zanichelli – Foro Italiano, p. 1 ss.
- Proia G. (2015). Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele crescenti. In: R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 55 ss.
- Rodano G. (2015). Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il *jobs act*. Testo disponibile al sito: <http://www.pietroichino.it>, 5.04.2015, p. 1 ss.
- Romeo C. (2015). *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del jobs act*, dattiloscritto, p. 1 ss.
- Sambati S. (2015). La qualificazione del “fatto” nella interpretazione di dottrina e giurisprudenza sullo sfondo del “dialogo” aperto dal legislatore delegato. In: Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*. Torino: Giappichelli, p. 171 ss.
- Santoni F. (2015). Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23. In: Ferraro G. (a cura di). *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*. Quad ADL, 14. Milano: Cedam, p. 113 ss.
- Saracini P. (2013). *Contratto a termine e stabilità del lavoro*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Scaccia G. (2000). *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*. Milano: Giuffrè.
- Scarpelli F. (2015). La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetto di sistema del d.lgs. n. 23/2015. WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 252/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Sorrentino F. (2011). *Eguaglianza*. Torino: Giappichelli.
- Sorrentino F. (2015). *Le fonti del diritto italiano*. Milano: Wolters Kluwer.
- Speziale V. (1992). *Mora del creditore e contratto di lavoro*. Bari: Cacucci.
- Speziale V. (2012a). La riforma del licenziamento tra diritto ed economia. *RIDL*, I, p. 521 ss.;
- Speziale V. (2012b). Il rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale di lavoro. *DLRI*, p. 361 ss.

- Speziale V. (2013). Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo. In: Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*. Bari: Cacucci, p. 305 ss.
- Speziale V. (2014a). Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 233/2014. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Speziale V. (2014b). La riforma del licenziamento individuale tra *law and economics* e giurisprudenza (parte I). *RGL*, I, p. 345 ss.
- Speziale V. (2015). Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele. In: F. Danovi (a cura di), *Diritto e processo: rapporti ed interferenze*. Torino: Giappichelli, p. 127 ss.
- Treu T. (2015). Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi. *GL*, 3, p. 12 ss.
- Vallebona A. (2014). Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto. *MGL*, p. 784 ss.
- Vallebona A. (2015). Jobs Act e licenziamento. In: R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*. Torino: Giappichelli, p. 81 ss.
- Varva S. (2014). *Il licenziamento economico: pretese del legislatore e tecnica del giudizio*. Torino: Giappichelli.
- Villella A. (1998). Le nullità virtuali. In Ferroni L. (a cura di), *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*. Milano: Giuffrè
- Voza R. (2007). *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.
- Voza R. (2015). Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore. *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 248/2015. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it>, p. 1 ss.
- Zagrebelsky G., Marcenò V. (2012). *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- Zanghi C. (2000). *Comunità europea. Enc. Dir., Aggiornamento*, IV. Milano: Giuffrè, p. 294 ss.