

Antonella Occhino

Esperienza applicata e riforme dei licenziamenti

Sommario: **1.** Il licenziamento tra sistema e problema. **2.** Osservazioni sul digitale e sulle transizioni occupazionali. **3.** Quale prospettiva di riforma.

1. Il licenziamento tra sistema e problema

Le riforme sul licenziamento si sono rivolte nei decenni alle conseguenze delle violazioni sostanziali, procedurali e formali, alla definizione delle procedure, alla configurazione del rito, alla introduzione del potere di revoca del licenziamento e di diverse forme e luoghi di conciliazione, ma non hanno mai interessato il presupposto sostanziale dell'atto, quel giustificato motivo di cui all'art. 3 della legge 15 luglio 1966 n. 604.

In un certo senso si può ritenere che il sistema normativo, con la saldezza dell'impianto sostanziale, abbia convissuto con riforme impegnate a far fronte alle conseguenze del mancato rispetto dei limiti al potere datoriale, dando vita ad una evoluzione normativa orientata a rivedere costantemente l'impianto sanzionatorio per un effetto di impatto che assicurasse garanzia dei diritti e ristoro delle ingiustizie.

La casistica è innumerevole e la giurisprudenza ha avuto anche un effetto di orientamento delle prassi. L'analisi di impatto delle diverse discipline che si sono succedute sarebbe il piano ordinato dove verificare l'efficacia dell'impostazione complessiva, con una ordinata sui limiti che è un punto fermo e una ascissa delle sanzioni in movimento.

L'interesse degli interpreti si è giustamente indirizzato in primo luogo alla interpretazione delle nozioni di giustificato motivo soggettivo e oggettivo, mentre la giurisprudenza faceva il suo corso su molti aspetti di sostanza che corroborano il nucleo di queste nozioni.

Sono state ricorrenti questioni che hanno riguardato il superamento del periodo di comporto, il mancato superamento del periodo di prova, la giusta causa unita al giustificato motivo (soggettivo, mai oggettivo), e in particolare i casi di giusta causa esterna al rapporto di lavoro, l'obbligo o onere di *repêchage*, l'inidoneità al lavoro fondata su disabilità psichica o fisica, lo scarso rendimento, l'assenza ingiustificata dal lavoro per più giorni (diversa dalle dimissioni per comportamento concludente), la (non) pregiudizialità penale, la recidiva (propria e impropria), la crisi o il riassetto come possibile scelta di giustificazione, e quindi il rapporto con l'andamento economico del datore di lavoro (per contrasto alla crisi di liquidità o per maggior reddito d'impresa), il nesso causale, la non pretestuosità, la differenza con il motivo illecito (discriminatorio o ritorsivo).

Dal lato del legislatore, le riforme hanno mutato forma ed entità del ristoro nei casi ingiusti di licenziamento, mentre la giurisprudenza era impegnata costantemente sulle questioni interpretative che portano al giudizio di legittimità, o di illegittimità, dell'atto di licenziamento.

Un percorso della durata di cinquantasei anni, dal 1966 al 2022, non può essere riletto se non a partire da una diagnosi dell'evoluzione legislativa, e in parallelo di quella giurisprudenziale. E poiché l'una si è interessata delle conseguenze del licenziamento illegittimo, mentre la seconda della sua definizione in giudizio, benché in astratto si sia trattato di binari paralleli, non può escludersi che essi abbiano risentito l'una dell'altra. I mutamenti legislativi potrebbero meglio comprendersi anche visti alla luce di quelli giurisprudenziali, e viceversa.

Su questa ipotesi è in corso una ricerca Prin 2017 ("Licenziamento ingiustificato e tutela del lavoratore: indennità economica *vs.* reintegrazione. La valutazione di impatto delle recenti riforme legislative in Italia"), che punta a far emergere almeno a livello di ermeneutica giuridica la verità di una relazione storica fra il corso della legislazione e quello della giurisprudenza.

Analisi dettagliate saranno possibili solo all'esito della ricerca, che ha la caratteristica di permettere un'analisi distinta per territori (in orizzontale) e per periodi di tempo (in verticale), con pronunce che ovviamente sovrappongono le diverse discipline via via o insieme applicabili.

Gli esiti ancora parziali denotano comunque, come era prevedibile, una distribuzione delle controversie equa fra settore secondario e terziario, la prevalenza di ricorsi di operai e impiegati, una percentuale di genere equilibrata, anzianità di servizio in discussione prevalentemente brevi, là dove identifi-

cabili, non senza vertenze che riguardano lavoratori e lavoratrici con notevole anzianità di servizio, mansioni diverse, ragioni le più varie, e infine una distribuzione di esiti favorevoli all'una o all'altra parte piuttosto equilibrata.

In effetti, al giurista non sono mai assenti i presupposti del ragionamento interpretativo, che si alimenta della relazione fra complessità del reale e fissità apparente della norma giuridica, poiché *ex facto oritur jus*.

La capacità di intuire connessioni di tipo sistematico e problematico nella storia del diritto moderno, frutto di insegnamento di maestri, è comunque una cifra dell'interrogazione giuridica che rende giustizia della mutevolezza del sociale e del normativo insieme, o, come si potrebbe dire, della natura stessa della regolazione, fatta di precetto e di sanzione.

A tacer d'altro, un'analisi della disciplina del licenziamento fondata sulla storia, e altrimenti irrisolta, è necessaria a comprenderne sia l'efficacia sia la prospettiva, e significa affrontare un caso evidente di norma a precetto fisso e sanzione variabile, e anche, insolitamente e per oltre cinquant'anni, un caso in cui molta giurisprudenza ha interpretato il precetto e molta legislazione ha variato la sanzione.

In generale su qualsiasi analisi giuridica sul licenziamento pesa il criterio adottato dal legislatore delle tutele crescenti, che ha fissato nella data di inizio del rapporto di lavoro, nel 2015, l'applicabilità temporale di un nuovo regime, invece del criterio classico del *tempus regit actum*.

La giurisprudenza costituzionale, come è noto, ha validato negli effetti l'impianto delle riforme e l'attuale assetto delle discipline intervenendo però quanto meno sulla questione della singolarità dell'unico criterio dell'anzianità di servizio, e quindi portando il sistema verso l'effettività della tutela. Questa non è solo questione di come e quanto sia ristorabile chi è destinatario di un atto illegittimo di licenziamento, ma anche della relazione fra i parametri della tutela e il concetto stesso di illegittimità, che oggettivamente è difficile ricondurre alla sola durata dell'anzianità di servizio trascorso, per quanto i due aspetti siano intersecati, perché è anche il come e il quanto del ristoro che, innalzando il livello della tutela, mette al riparo il criterio dell'anzianità dal rischio della insufficienza.

Molto recentemente vi è conferma in dottrina che l'esigenza di un intervento legislativo di riunificazione e semplificazione, reale, delle tutele in caso di licenziamento illegittimo è avvertita fortemente¹.

¹ ZOPPOLI L., *Le prospettive di revisione e unificazione del sistema dei licenziamenti*, in *RIDL*, 2023, I, p. 333 ss.

Resta il fatto che le nozioni di giustificato motivo, così plasticamente descritte dall'art. 3 della legge 604 del 1966, hanno dimostrato tenuta logica, prima che normativa, e storica, anche perché erano frutto di una lunga esperienza di contrattazione collettiva, e prima ancora della giurisprudenza dei probiviri.

Il notevole inadempimento degli obblighi contrattuali e le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, in questi termini, hanno rivelato una portata semantica che attraversa quasi sessant'anni di diritto del lavoro ponendo il confine fra il dentro e il fuori dal rapporto di lavoro subordinato, e quindi – da un lato – fissando il limite della gestione del personale interno, e – d'altro lato – consolidando una certa consapevolezza sulla natura fiduciaria della subordinazione come elemento di un rapporto contrattuale sì (sinallagmatico, a prestazioni corrispettive, di scambio, civilmente di natura patrimoniale), ma socialmente ed economicamente portatore di una struttura e di una funzione che denotano il carattere personale del rapporto stesso.

Una prima dimensione interessa la questione dell'attualità di un potere di licenziamento che si misura innanzitutto sulla nozione di potere, che nella gestione del personale, anche nelle PMI, pur rimanendo unilaterale si è via via inserito in procedure aziendali di HR orientate a definire compiti e a distribuire responsabilità, e che quindi – come attività tipiche della managerialità – risentono delle logiche di *compliance* e *internal auditing*, oltre che di *performance measurement*, che sempre più vincolano gli stessi comportamenti aziendali.

Questo fenomeno si riscontra maggiormente nelle realtà di grandi dimensioni, ma anche nelle unità locali delle multinazionali, e si presenta come un fatto più sociale ed economico che giuridico, e comunque ha contribuito a mutare una certa cultura delle relazioni fra datori e lavoratori nelle realtà produttive.

Una seconda dimensione riguarda come l'effettività della disciplina sanzionatoria contro i licenziamenti illegittimi risenta del cambiamento delle regole del gioco in materia di prescrizione, poiché l'interpretazione della Corte costituzionale del 1966 (sentenza 63 depositata il 10 giugno), quasi coeva alla l. n. 604/1966 (che è del 15 luglio), ha distinto i rapporti di lavoro caratterizzati o meno da *metus* a seconda della stabilità del rapporto, e poi legando questa alla "realtà" della tutela in caso di licenziamento.

L'evoluzione di questa disciplina porta con sé quindi l'ampliamento, sostanzialmente completo, dell'insieme dei lavoratori a rischio di un licenziamento non coperto dalla tutela reale e perciò con un rapporto di lavoro "instabile", con la conseguenza che tutto il pregresso di quanto maturato in corso di rapporto può prescrivere nei cinque anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro.

Si tratta di interpretazioni, l'una della giurisprudenza costituzionale, l'altra – più recente – di quella di merito e legittimità, che però diventano diritto vivente capace di incidere sull'entità delle rispettive pretese.

2. Osservazioni sul digitale e sulle transizioni occupazionali

Anche l'avvento del digitale, per tutte le imprese e non solo per le *digital companies*, rappresenta un elemento capace di modificare gli stili aziendali rispetto all'esercizio del potere di licenziamento, sia per una estensione dei comportamenti esterni al rapporto di lavoro che possono tramutarsi in giusta causa esterna, da un lato, sia, dall'altro lato, per il restringersi dell'area della subordinazione a beneficio dei contratti di lavoro autonomo, e, infine, per la volatilità delle ipotesi che antepoendo la forma alla sostanza tendono a trattare delle piattaforme: come un datore o un imprenditore o un intermediario o un interposto a sé stante.

Se il tema del diritto del lavoro, per tutte le tipologie contrattuali, resta quello delle tutele, incontro ad un bisogno straordinario di effettività del rispetto dei diritti fondamentali, l'argine *versus* il potere di licenziamento forse ha perso sul piano quantitativo il protagonismo della scena, ma ne occupa tutto il *backstage*, e quindi finisce per rappresentare ancora la cartina di tornasole del minimo delle garanzie, intese queste come sintesi del concetto costituzionale di diritti come garanzie, e del concetto civile di tutele.

In effetti, come nel caso Foodora, la controversia verteva *in primis* sul riconoscimento, se mai i *riders* fossero stati qualificati come subordinati, della oralità di un licenziamento intimato tramite la disattivazione di una *app*, con la conseguenza – che quindi si poteva prevedere – della applicazione della tutela reale piena.

A monte della questione del licenziamento e del suo motivo, *rectius* presupposto sostanziale dell'atto, sta quindi l'assetto delle relazioni di lavoro e

l'origine contrattuale del rapporto, sia subordinato sia autonomo, e l'analisi della giurisprudenza, che metta insieme fissità delle nozioni di giustificato motivo e mutevolezza della legislazione sanzionatoria, può avere il beneficio indiretto, per gli studiosi, di collocarsi in un periodo storico di mutamento forte, più che in passato, della distribuzione della contrattualistica: non solo per il proliferare dei rapporti di lavoro speciali², che tali poi non sono, incluse quelle precarie e parziali, ma soprattutto per il diffondersi della modalità da remoto, che si interseca con la vicenda delle piattaforme e dei servizi e mercati digitali cui si è accennato sopra, a loro volta destinatari dell'UE *Digital Package* del 2022.

Il tema del licenziamento non può essere letto se non in relazione al “prima” e al “dopo” di un rapporto di lavoro subordinato, che gli fanno da assi cartesiani. Intanto vi è una questione di corrispondenza fra la formazione professionale e il bisogno di professionalità espresso dagli attori economici, e poi vi è la questione delle transizioni occupazionali, legate ancora alla formazione ma anche alla efficienza dei sistemi di intermediazione e più ampiamente dei servizi per l'impiego.

Il primo aspetto riguarda l'idoneità dei frutti del sistema di *education* in un Paese che soffre di fenomeni rilevanti di abbandono scolastico e di una percentuale di laureati inferiore alle aspettative, ma soprattutto che richiede, come ovunque, un ripensamento dei linguaggi della professionalità, che devono ritrovare corrispondenza da un lato con i linguaggi sociali, *social* inclusi, e dall'altro lato con i linguaggi anche tecnici, programmazione inclusa, che le aziende praticano nelle diverse posizioni lavorative e praticamente in tutte.

Il secondo aspetto torna alla condizionalità delle politiche attive ma le considera, insieme al sostegno al reddito, come parte di un processo di *favor* per i lavoratori non solo in senso statico, fatto di tutele e inderogabilità, ma anche in senso dinamico, per consentire realmente l'adeguamento costante della preparazione professionale (la diligenza, si diceva) alle richieste del datore di lavoro.

È un impegno che passa dalle istituzioni formative, dalle aziende, dalle parti sociali, dalle singole persone, e che richiama la necessità di mettere a sistema nuovamente, se mai, gli sforzi pubblici (dello Stato e delle Regioni

² Sempre ricordando NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto*. Scritti in onore di Luigi Mengoni, Giuffrè, 1995, p. 1057 ss.

ed enti locali) e privati volti a dare garanzie serie circa la mobilità occupazionale.

3. *Quale prospettiva di riforma*

La legislazione sui licenziamenti oggi è il risultato di una stratificazione e di una articolazione che non possono non sembrare oggettivamente eccessive. Da un lato si sarebbe mossi a ritenere per ciò stesso inopportuno un ulteriore intervento, anche considerando che l'attuale disciplina sul contratto a tutele crescenti è ancora soggetta ad una fase di interpretazione costituzionale. Solo per esempio, e da ultimo, con la sentenza n. 150, depositata il 16 luglio 2020, e l'ordinanza n. 93, depositata il 7 maggio 2021, si è ritenuto modesto l'indennizzo corrispondente ad una mensilità per ogni anno di servizio in caso di vizi procedurali dell'atto.

Ma sarebbe anche opportuno invocare una semplificazione della disciplina che ad oggi conta troppe variabili, fra le quali la dimensione occupazionale del datore di lavoro, il decorso dell'anzianità di servizio e la sua durata, il motivo addotto, la possibilità della reintegra, la valutazione giudiziale del carattere manifesto della sua mancata prova, il tipo di vizio, l'incidenza degli altri criteri per la determinazione del *quantum*, l'*aliunde perceptum* e *percipiendum*, la natura individuale o collettiva del licenziamento economico.

Non è estraneo a questo discorso, tutt'altro, il fenomeno delle discriminazioni, che rifà capolino in versioni nuove, adatte al moderno: la volatilità di una protezione contro i licenziamenti illegittimi che va diluendosi, questo è oggettivo, verso la monetizzazione da un lato, e per altro verso la crescita professionale affidata spesso alla iniziativa personale, con un ritorno dell'auto-didattica che può spaventare i cultori delle pari opportunità, rimette in discussione la logica stessa dei punti di partenza, e sollecita azioni più concrete, più mirate, più incisive a favore di chi ha ugualmente bisogno di ritrovarsi in un mercato del lavoro esigente e competitivo, ma ha meno mezzi per farlo.

Ne va della tenuta del diritto del lavoro come disciplina di equilibrio fra le ragioni delle due parti, della sua capacità di tutelare la persona che lavora nonostante gli scenari che evolvono e anzi proprio per il loro continuo cambiamento, della finalità di protezione del contraente – persona (più che del contraente debole) preso all'inizio della sua storia professionale, durante

i rapporti di lavoro, e, come simbolicamente e realmente ancora accade, alla fine di una relazione che si risolve con un licenziamento.