

Effetti estintivi del licenziamento ingiustificato

Candidato
Dott. Matteo Verzaro

Tutor
Chiar.mo Prof. Arturo Maresca



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Effetti estintivi del licenziamento ingiustificato

**Dipartimento di Scienze giuridiche
XXXII Ciclo**

**Dottorato di ricerca in “Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela
dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale”**

Curriculum di Diritto del lavoro

**Dott. Matteo Verzaro
Matricola 1500597**

Tutor
Chiar.mo Prof. Arturo Maresca

A.A. 2018-2019

INDICE

CAPITOLO I

LICENZIAMENTO E DIRITTO CIVILE

1. L'atto unilaterale di recesso.....	3
2. Atto viziato e sanzioni.....	12
3. Efficacia estintiva dell'atto imperfetto.....	25

CAPITOLO II

I REQUISITI DELL'ATTO LICENZIAMENTO

1. Diritto e potere di recesso.....	32
2. Vincoli all'esercizio del recesso.....	35
3. Giusta causa e giustificato motivo.....	37
4. Vincoli ulteriori per i licenziamenti collettivi.....	46

CAPITOLO III

SANZIONE INDENNITARIA AL LICENZIAMENTO INGIUSTIFICATO

1. Contemporaneità del regime sanzionatorio per il licenziamento ingiustificato.....	55
2. Legge Fornero e sanzione indennitaria.....	59

2.1.Valutazione del giudice e sanzione applicabile.....	63
2.2. Il regime sanzionatorio nel nuovo art. 18.....	65
2.3.Sanzione indennitaria e ripetizione in caso di riforma dell'illegittimità del licenziamento.....	75
3. La riforma del Jobs Act.....	84
3.1.Il regime sanzionatorio.....	87
3.2.L'incostituzionalità del meccanismo e l'attuale incertezza dei criteri di calcolo.....	89
4. Il diritto del lavoro tra tutele e mercato economico.....	99
BIBLIOGRAFIA.....	105

CAPITOLO I

LICENZIAMENTO E DIRITTO CIVILE

1. L'atto unilaterale di recesso

Il presente studio intende approfondire gli effetti del recesso ingiustificato sulla fattispecie del licenziamento e, in particolare, confrontarsi con l'apparato sanzionatorio che l'ordinamento ha costruito intorno a tale vizio. È bene, sin da subito, chiarire che il punto focale non sarà costituito dalla causale che legittima l'atto in sé e, di conseguenza, sulla nozione e sul contenuto della giusta causa e del giustificato motivo, bensì sarà rappresentato dalle sanzioni che il legislatore ha, nel corso del tempo, sancito per il licenziamento ingiustificato. Tale apparato sanzionatorio non è, infatti, un sistema chiuso in se stesso e separato dall'atto di recesso datoriale, ma costituisce parte integrante della sua patologia producendo effetti (in)diretti sull'istituto del licenziamento.

Occorre partire, innanzitutto, dagli elementi che costituiscono e identificano il licenziamento ricostruendone la categoria giuridica, la fattispecie e gli effetti. Sul primo versante, va osservato che il codice civile prevede due norme sul recesso dal contratto di lavoro: l'art. 2118, comma 1, per il recesso ordinario e l'art. 2119, comma 1, per quello straordinario¹.

¹ Sulla distinzione delle due tipologie di recesso, v. G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie: il recesso ordinario*, Giuffrè, 1962, 205 ss. Più di

Malgrado nessuna delle due disposizioni fornisca una definizione del recesso, entrambe vi si riferiscono sia nella rubrica che nel dettato normativo, statuendo che «ciascuno dei contraenti può recedere». Sorge, allora, un primo problema relativo alla categoria giuridica a cui ricondurre tale espressione e, soprattutto, se per essa è già presente una disciplina generale nelle norme del codice.

L'ordinamento prevede, nell'ambito della fisiologia di un rapporto contrattuale, due forme di estinzione²: la via generale del «mutuo consenso» delle parti per lo scioglimento del contratto (art. 1372, comma 1, c.c.)³ e la via pattizia con la clausola di recesso unilaterale a favore di una od entrambe le parti (art. 1373 c.c.)⁴. Va rilevato che entrambi gli istituti trovano la propria fonte nell'autonomia contrattuale, sebbene con effetti diversi. Infatti, il mutuo consenso costituisce un contratto risolutorio di un precedente rapporto intercorrente tra le stesse parti⁵, contratto che determina anche i modi e i tempi dell'estinzione del vincolo; mentre, il recesso unilaterale costituisce una clausola già prevista dai contraenti al momento della stipula del contratto, poiché l'effetto risolutorio deve prodursi prima che il contratto abbia avuto un

recente, per una ricognizione generale dell'istituto del recesso, v. G. GABRIELLI – F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, *Enc dir*, Giuffrè, XXXIX, 1988, 27 ss.

² F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2019^{XIX}, 1043, ne sottolinea, per i contratti a tempo indeterminato, anche una terza costituita dall'art. 1375 c.c. che consente il recesso, salvo preavviso, stante l'impossibilità di vincoli perpetui.

³ V. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, 2015, 234 ss.

⁴ G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *op. cit.*, 28, sottolineano l'affinità tra le due figure sia per la collocazione che per il fatto che «il recesso pattizio può essere agevolmente qualificato come patto di opzione relativo ad un accordo di mutuo dissenso».

⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè, 2011^{II}, 508.

principio di esecuzione (art. 1373, comma 1, c.c.)⁶, salvo il patto contrario (art. 1373, comma 4, c.c.). Nei contratti ad esecuzione continuata, tale facoltà può essere esercitata anche quando vi sia stato un principio di esecuzione (art. 1373, comma 2, c.c.), ma l'efficacia opera *ex nunc*⁷.

Ora, la facoltà di recesso unilaterale dal contratto di lavoro a tempo indeterminato trova la sua fonte non nell'accordo delle parti, bensì, in una norma legale che stabilisce, a garanzia della parte non recedente⁸, il preavviso ai fini dell'efficacia⁹, salvo giusta causa. La previsione normativa del potere di recesso non è certo estranea all'ordinamento¹⁰, ma, ai nostri fini, pone in evidenza la distanza tra la disciplina delle due tipologie di recesso. Laddove, infatti, il legislatore prevede per il contratto di lavoro a tempo indeterminato l'istituto del recesso unilaterale, ne prevede, altresì, la disciplina in via imperativa¹¹ non potendo tale potere di recesso discendere dalla determinazione dell'autonomia contrattuale delle singole parti. Cosicché, sarebbe contraria a norma imperativa la clausola che limitasse, in deroga all'art. 2118, comma 1, c.c., il recesso a solo beneficio del datore o viceversa. Se

⁶ F. GAZZONI, *Manuale...*, cit., 1041, che specifica giustamente la necessaria previsione di un termine di esercizio del relativo potere di recesso.

⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Giuffrè, 2000^{II}, 739.

⁸ Per la funzione di garanzia del preavviso, v. S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Giuffrè, 1965, 129 ss.

⁹ È, però, consentito (art. 2118, comma 2, c.c.), in mancanza, sostituire al tempo il denaro. In tal caso, l'effetto del recesso si produce al momento della comunicazione: v. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 2002^{II}, 154.

¹⁰ La distinzione tra recesso legale e recesso convenzionale era, peraltro, ammessa già *ante* codice vigente, v. D. CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Giappichelli, 1939, 49 ss. e 160 ss.

¹¹ Cui ricondurre l'effetto invalidante proprio della norma imperativa prospettato da V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, 1967, 114.

è, dunque, da escludere il ricorso al recesso unilaterale convenzionale in presenza di recesso unilaterale legale¹², non può affermarsi altrettanto sulla qualificazione giuridica del recesso.

Infatti, il carattere di unilateralità del recesso sia convenzionale che legale – quindi al di là della fonte e della disciplina regolatrice – consente di qualificare lo stesso come atto unilaterale¹³. Il contraente che decide di recedere dal rapporto contrattuale manifesta, così, all'altra parte la propria volontà per il tramite di un atto unilaterale che produce l'effetto risolutorio sul contratto. La fonte da cui discende la facoltà di recesso non è rilevante ai fini della qualificazione, bensì, come si vedrà, incide sulla disciplina dell'istituto secondo la determinazione delle parti (recesso convenzionale) ovvero, questo il nostro caso, secondo la specifica normativa del tipo contrattuale (recesso legale). Occorre, invece, interrogarsi sulla disciplina applicabile al recesso-atto. Non è difficile ricondurre tale interrogativo all'art. 1324 c.c. che dispone l'applicazione delle norme che regolano i contratti¹⁴, in quanto compatibili, agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale¹⁵; tuttavia

¹² Ne ammettono il carattere suppletivo, seppur con alcuni limiti e facendo, però, salva l'imperatività della norme sul licenziamento, G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *op. cit.*, 30.

¹³ F. GALGANO, *op. cit.*, 233, lo classifica all'interno della categoria degli atti unilaterali diretti a estinguere rapporti giuridici patrimoniali. Definisce il recesso dal contratto di lavoro «negozio giuridico unilaterale» O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA – P. ZATTI, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019^{vii}, 640. Sulla stessa linea M.V. BALLESTRERO, voce *Licenziamento individuale*, *Enc dir*, Giuffrè, V, 2012, 792.

¹⁴ In via diretta, secondo F. GALGANO, *op. cit.*, 11; P. RESCIGNO, voce *Atto giuridico (diritto privato)*, *EGT*, 1988; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Jovene, 1955, 34; in via analogica, secondo R. SACCO, *Il contratto*, 31; F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico (dir. priv.)*, *Enc dir*, Giuffrè, IV, 1959, 211; M. CIAN – A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Cedam, 1997, ad art. 1324, 1215.

¹⁵ Per una ricostruzione del problema dell'applicazione ai negozi unilaterali, v. V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, 1963, 458 ss.

l'applicazione di tale norma non sembra appagare il quesito. Infatti, l'art. 1324 c.c. non è una norma di disciplina¹⁶, bensì una norma di rinvio¹⁷, non ponendo una normativa generale per la categoria degli atti unilaterali e affidandola, invece, al giudizio di compatibilità. Ora, come è stato argutamente sottolineato¹⁸, il criterio della compatibilità della disciplina è basato sul carattere di bilateralità che la norma sul contratto richiede: deve, così, escludersi l'applicazione agli atti unilaterali di tutte quelle norme che si riferiscono agli aspetti di bilateralità del rapporto contrattuale¹⁹. Ai fini della nostra indagine, è bene esaminare, così, le norme concernenti la nullità²⁰ (Capo

¹⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, 1969^{II}, 75, sostiene che «il legislatore si prospetta qui una disciplina comune – salvo disposizioni particolari – dei contratti e dei negozi unilaterali».

¹⁷ Appare condivisibile, in relazione alla posizione di R. SCOGNAMIGLIO (nt. 16), la critica di F. GALGANO, *op. cit.*, 10: «il punto è che il legislatore si prospetta – questo sì – una disciplina comune, ma non la formula; [...] gli artefici del vigente codice civile [...] non hanno deciso, una volta per tutte, quali norme debbano valere e per i contratti e per gli atti unilaterali; hanno invece introdotto un criterio, quello della “compatibilità”, che impone un giudizio da esprimere di volta in volta».

¹⁸ N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, RDC, 1994, I, 560: «nel senso che, laddove la norma presuppone la bilateralità, essa si rivela contraddittoria con le caratteristiche proprie dell'altra materia, e, perciò, inapplicabile. Configurando l'art. 1324 come norma sulla produzione di norme, potremmo dire che vengono prodotte (e, quindi, osservate nella materia degli atti unilaterali) soltanto le norme, le quali non presuppongono e non regolano profili di bilateralità del contratto». ID., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, RTDPC, 1999, I, 1170.

¹⁹ E. DEL PRATO, voce *Negozio giuridico*, *Enciclopedia Treccani online*, 2015, chiarisce che «la compatibilità va commisurata all'intento impegnativo: là dove l'atto si caratterizza per essere manifestazione di un intento impegnativo c'è la compatibilità; quando, invece, l'atto non è volto ad innovare la realtà giuridica, creando, regolando o estinguendo un rapporto così come il contratto, ma produce un altro tipo di effetto – solutorio, di scienza, di mera partecipazione –, non ricorre il presupposto della compatibilità, e la disciplina del contratto non potrà essere applicata».

²⁰ Sul tema del licenziamento, v. P. BELLOCCHI, *La nullità del licenziamento nel decreto legislativo n. 23/2015*, DRI, 2018, I, 145 ss.

XI, Libro IV, c.c.) del contratto²¹ per saggiarne la compatibilità con riferimento all'atto unilaterale di recesso²².

La compatibilità della disciplina dell'art. 1418 c.c. può affermarsi per il primo (contrarietà a norme imperative) e il terzo comma (altri casi stabiliti dalla legge), mentre per il secondo comma essa non è piena. Va, infatti, esclusa, tra le cause di nullità dell'atto unilaterale, quella che si riferisce alla mancanza dei requisiti richiesti dall'art. 1325 c.c., poiché essi formano una fattispecie diversa quale quella del contratto. Così come risulta incompatibile la nullità per mancanza dell'oggetto secondo la previsione dell'art. 1346 c.c.: dato che l'oggetto è riferito non solo all'atto, bensì anche al rapporto e, dunque, presuppone il requisito della bilateralità. Se si guarda, infatti, all'atto di recesso, il suo (improprio nell'accezione degli artt. 1346 ss. c.c.) "oggetto" è costituito dal recesso o meglio dall'atto con cui una parte decide di porre fine al rapporto contrattuale, cosicché si cadrebbe nell'errore di confondere l'oggetto con la nozione dell'atto (recesso) ovvero con la dichiarazione di volontà che, attraverso l'atto, produce l'effetto estintivo del rapporto.

²¹ Non è, invece, applicabile la disciplina della rescissione (Capo XIII, Libro IV, c.c.) e quella della risoluzione (Capo XIV, Libro IV, c.c.) in quanto necessitano di un contratto quale presupposto: cfr. E. DEL PRATO, *op. cit.*

²² Compatibilità già affermata dalla giurisprudenza per l'istituto delle dimissioni per il Capo XII, Sezione II, Libro IV, c.c. sull'annullabilità per vizi del consenso, cfr. Cass. 19 agosto 1996, n. 7629, *NGL*, 1996, 6, 937; Cass. 5 ottobre 2007, n. 20887, inedita a quanto consta; Cass., II Sez. Civ., 23 gennaio 2012, n. 874, inedita a quanto consta. Sul punto, v., per tutti, M. DEL CONTE, *Le dimissioni e la risoluzione consensuale nel contratto di lavoro*, Egea, 2012, 21 ss. Occorre notare che oggi le dimissioni sono destinatarie di una specifica disciplina volta a prevenire, attraverso la revoca entro sette giorni, proprio vizi del consenso sull'atto unilaterale: cfr. G. PROIA, *La nuova disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale*, *RIDL*, 2017, I, 7.

Discorso diverso deve essere fatto per l'illiceità della causa. Qui, infatti, non è necessaria la bilateralità del rapporto, poiché la valutazione che l'ordinamento fa, anche, dell'atto unilaterale deve essere funzionale alla produzione degli effetti giuridici che lo stesso ordinamento vi ricollega²³. Di guisa che la causa dell'atto di recesso, ossia l'estinzione del vincolo contrattuale, viene ritenuta conforme dall'ordinamento e può produrre pertanto il suo effetto sul rapporto quando non risulti, appunto, illecita²⁴.

Deve escludersi, invece, l'applicabilità dell'ipotesi di nullità per motivo illecito. Va rilevato che il rinvio all'«illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345» impedisce, secondo il canone della bilateralità, l'estendersi di tale illiceità per l'atto unilaterale dato che la norma richiede, esplicitamente, la determinazione comune ad entrambe le parti proprio sull'illiceità del motivo per la conclusione del contratto. Sicché il motivo illecito che ha spinto il soggetto a porre in essere l'atto unilaterale, potrebbe non essere determinante

²³ Cfr. G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, 2009, 170: «se lo scopo pratico da conseguire è ricavato dall'ordinamento, se non è altro se non l'essenza del negozio o la sua giustificazione, la volontà che tendesse a uno scopo non riconosciuto non sarebbe giustificata e quindi non produrrebbe effetti giuridici». V., anche, N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 7 (1978). Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, Giuffrè, 1979, 414: «la precettività è propria ed esclusiva della norma, che, assumendo il negozio tra le fattispecie, ne determina l'efficacia nel mondo del diritto. La coincidenza tra codesta efficacia ed un'altra, già prima spiegata sul terreno economico-sociale, ha il valore di un semplice dato di fatto, non di un criterio giuridico».

²⁴ Ossia contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume, cfr. F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, I, Giuffrè, 1978, 973 ss.

per l'altra parte²⁵ ovvero potrebbe non risultare oggettivamente dall'atto²⁶. Non appaiono d'aiuto, ai fini di un'estensione di tale norma, nemmeno i riferimenti contenuti nella disciplina del testamento (art. 626 c.c.) e della donazione (art. 788 c.c.), per almeno due ordini di ragioni: *in primis*, costituiscono norme proprie di una disciplina speciale di negozi tipici e, come tale, non sono suscettibili di analogia (art. 14 prel. c.c.); *in secundis*, entrambe le disposizioni non operano alcun rinvio diretto all'art. 1345 c.c., come invece fa l'art. 1418, comma 2, c.c.

Appare, altresì, difficile dare applicazione all'art. 1419 c.c. sulla nullità parziale poiché l'esercizio del recesso è contenuto essenziale dell'atto unilaterale ed è evidente che tale determinazione è in capo alla sola parte beneficiaria. Deve, inoltre, escludersi l'art. 1420 c.c. inerente la nullità di contratto plurilaterale e l'art. 1424 c.c. sulla conversione del contratto nullo. Risulta, invece, possibile l'applicazione dell'art. 1423 c.c. sull'impossibilità

²⁵ Nota, con riferimento al recesso *ad nutum*, F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, *Il contratto in generale*, V, Giappichelli, 2002, 276, che: «in tanto il legislatore permette il recesso di questo tipo in quanto ritiene di poter attenuare la forza vincolante del contratto, senza pregiudizio di interessi particolarmente rilevanti sotto il profilo socio-economico o addirittura tutelati a livello costituzionale».

²⁶ Per il recesso *ad nutum*, ben sottolinea G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, *I contratti*, 2010, II, 17-18: «ma lo "scopo" per il quale il diritto di recesso *ad nutum* - nelle varie ipotesi in cui esso opera - viene ammesso dal legislatore (che avrebbe, in teoria, potuto prevedere una regola opposta, di recesso "causale"), è, appunto, non altro che quello di consentire al recedente di potersi sciogliere dal contratto (di norma, dando un preavviso alla controparte) *senza la necessità di addurre alcuna particolare motivazione (e/o alcuna causa giustificatrice)*. Questo "scopo" non è, dunque, violato se il contraente recede "immotivatamente", e pertanto non può censurarsi l'esercizio del diritto sotto il profilo della "causa" (*rectius*: motivo) che lo ha determinato, quale che sia tale causa, perché così facendo (lo si ripete) si introdurrebbe ex post una (nuova) qualificazione del diritto (nel senso che si trasformerebbe un diritto di recesso *ad nutum* in un recesso "causale") ad opera del giudice».

della convalida del contratto nullo, in quanto anche l'atto unilaterale non produrrà i suoi effetti a causa della nullità.

Esaurita, quindi, l'analisi di compatibilità con riferimento ai profili della nullità del contratto, occorre dar conto, per l'utilità dell'indagine che ci si accinge a svolgere, che l'art. 1324 c.c. si apre con le parole «salvo diverse disposizioni di legge», escludendo, così, l'osservanza, in quanto compatibili, delle norme che regolano i contratti per quegli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale per i quali la legge disponga diversamente. Occorre, qui, "calare la maschera" e cominciare a porre un primo problema: il licenziamento, quale *species* del *genus* atto unilaterale-recesso, è oggetto di una speciale disciplina che il legislatore ha posto nella legge 604/1966, nell'art. 18 della legge 300/1970, nel d.lgs. 23/2015²⁷. Tale normativa individua i requisiti dell'atto unilaterale-licenziamento e le sanzioni connesse alla loro mancanza. Si può, così, dire che superi l'art. 1324 c.c. e che, di conseguenza, le norme sul contratto in generale non trovino applicazione al licenziamento come atto unilaterale? O deve, invece, ammettersi l'esistenza di due discipline: una per l'atto unilaterale-licenziamento e un'altra per la fattispecie-licenziamento? Il quesito non è un ardito esercizio di logica astratta²⁸, poiché ha ripercussioni sistematiche con riguardo ai limiti della disciplina dell'atto unilaterale su quella del licenziamento. Se si aderisce, infatti, alla prima tesi, ne deriverà che la disciplina speciale costruita dall'ordinamento per il licenziamento

²⁷ Cfr. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, DLRI, 2007, I, 616, sul fondamento positivo del potere di licenziamento.

²⁸ Cfr. il condivisibile monito mosso al giurista positivo da P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 1 (1972), Giuffrè, 1972, 1.

costituisce un sistema chiuso e, quindi, bisognerà muoversi unicamente entro i suoi confini; se, invece, si segue la seconda tesi si otterrà allora lo scostamento tra atto, secondo la disciplina dell'art. 1324 c.c., e fattispecie, secondo le norme della legge 604/1966, con la conseguenza che il possibile vizio del primo (ad esempio nullità per contrarietà a norme imperative) si confonderebbe con il vizio del secondo (licenziamento ingiustificato per mancanza di giusta causa o giustificato motivo). Risulta, così, evidente che la seconda tesi produrrebbe un risultato contrario all'ordinamento in quanto applicherebbe la disciplina generale ad una fattispecie regolata da disciplina speciale, invertendo il principio *lex specialis derogat generali*. Deve, allora, seguirsi la prima tesi²⁹ e collocarsi, così, nel sistema del licenziamento (atto e fattispecie) costruito dal legislatore, lasciando, soltanto, ferma la qualificazione giuridica di atto unilaterale ed escludendone la relativa disciplina generale.

2. Atto viziato e sanzioni

Se gli artt. 2118 e 2119 c.c. consentono di identificare il licenziamento nella categoria giuridica dell'atto unilaterale di recesso, non individuano altrettanto i requisiti che l'atto deve possedere per qualificarsi come licenziamento. In sostanza, tali norme conferiscono a ciascuna parte il potere legale di recesso dal rapporto di lavoro a fronte di preavviso ovvero di giusta causa, ma non

²⁹ Come evidenzia O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro...*, cit., 640, anche sul piano dell'estinzione del vincolo obbligatorio emerge «la specificità del rapporto di lavoro che ruota, fra l'altro, [...] sull'implicazione della persona del lavoratore e sulla natura 'di durata' del vincolo stesso».

pongono alcun elemento che delinei una fattispecie dell'atto unilaterale-licenziamento affinché tale atto sia legittimo e, pertanto, produca il suo effetto estintivo sul contratto. In questa linea, non emerge, dunque, alcuna disciplina speciale per il recesso dal contratto di lavoro cui andrebbe, così, ad applicarsi la disciplina generale delle norme sul contratto secondo il criterio di rinvio dell'art. 1324 c.c.

Il legislatore è, però, intervenuto a costruire una disciplina speciale per il recesso datoriale con la legge 604/1966, ponendo in tal modo una fattispecie per l'atto unilaterale-licenziamento.

Si approfondirà in altra sede l'evoluzione della politica legislativa e i requisiti dell'atto di licenziamento. In questa, occorre, invece, porre i confini della fattispecie concernente l'atto, soprattutto con riferimento alle fattispecie del licenziamento disciplinare e per giustificato motivo oggettivo. È possibile, infatti, prospettare una fattispecie generale dell'atto-licenziamento che deve essere, poi, integrata da quelle proprie derivanti dalla giustificazione del recesso ed a cui si affiancano le fattispecie di vizio con riguardo sia all'atto che alla motivazione. Il sistema si presenta, in questo modo, tripartito: in primo luogo, c'è una fattispecie tipica dell'atto-licenziamento; in secondo luogo, tale fattispecie comprende e si legittima con i presupposti rappresentati dalla causale dell'atto; in terzo luogo, a partire dalla fattispecie tipo, legittimata del presupposto della motivazione, si possono verificare le fattispecie di vizio dell'atto.

È bene, al fine di chiarire il ragionamento che si sta seguendo, richiamare quanto scritto da autorevole dottrina³⁰ sulla fattispecie: «la norma giuridica considerata nel suo congegno logico, consta di una previsione e di una correlativa disposizione. Essa prevede, cioè, in astratto e in generale, ipotesi di fatto classificate per tipi e così orientate nelle direttive di una valutazione giuridica – ipotesi che con termine tecnico si denominano *fattispecie* –, e ne dispone un congruo trattamento, ricollegando ad esse, mercé una sintesi normativa, siccome “effetti”, corrispondenti situazioni giuridiche. Appena si realizza in concreto un fatto o un rapporto della vita sociale che, inquadrato nella sua cornice di circostanze, presenti i requisiti previsti e rientri nel tipo di fattispecie contemplata, funziona la sintesi, il nesso che la norma pone in via ipotetica fra quel tipo di fattispecie e la corrispondente disposizione: si produce cioè la nuova situazione giuridica disposta in previsione». Ora, il legislatore prevede un’ipotesi di recesso tipica dal contratto di lavoro che è il licenziamento, tale atto produce il proprio effetto al ricorrere dei requisiti

³⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, 1952^{II}, 2. Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. del «Foro Italiano», 1951^{III}, 230: «alla descrizione dei requisiti dell’atto giuridico corrisponde la *fattispecie* che vuol dire la *specie del fatto*, ossia quel tanto del fatto giuridico, che il legislatore *fa vedere*; come un modello o un campione esibito ai *subditi* affinché si sappiano regolare. Alla descrizione degli effetti corrisponde, invece, la *statuizione*. In ordine alle norme relative agli atti giuridici questi due concetti [...], e segnatamente il primo di essi, acquistano maggiore forza espressiva; poiché la descrizione dei requisiti si risolve nella costruzione di un *modello dell’atto*, questo è ciò che di esso ai *subditi* si fa vedere (*specie*) affinché regolino la loro condotta; poiché, d’altra parte, determinando gli effetti dell’atto, il diritto collega al passato il futuro, è giusto dire che così *statuisce*, il qual verbo allude a una unificazione». V., anche, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, RDP, 2014, I, 38 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, DRI, 2019, I, 437, che afferma l’utilità della fattispecie quando vi è piena coincidenza tra essa e il caso oggetto di decisione.

richiesti dall'ordinamento³¹. Sicché, sono i requisiti che l'ordinamento pone che consentono di qualificare l'atto come licenziamento e, altresì, di produrre la sintesi tra la fattispecie e la disposizione dando vita alla nuova situazione giuridica della libertà delle parti dal vincolo contrattuale. In assenza dei requisiti che compongono l'atto, manca la fattispecie del licenziamento e, di conseguenza, non potranno prodursi i relativi effetti. Occorre notare, allora, che la giustificazione dell'atto è sì requisito dello stesso, ma la sua fattispecie non è propria dell'atto-licenziamento. In altre parole: occorre la giustificazione affinché l'atto sia valido, ma gli elementi che la giustificazione richiede per avere rilevanza giuridica non riguardano l'atto-licenziamento bensì la stessa in quanto richiesti per la sua valida sussistenza. Si vuol, così, affermare che il licenziamento è un meccanismo di risoluzione legale del contratto di lavoro³², che produce l'effetto estintivo sul contratto solamente al verificarsi del presupposto previsto dalla legge (cfr. art. 1, l. 604/1966); sicché diviene necessario indagare la natura giuridica del presupposto al fine di stabilire se esso è un elemento interno ovvero esterno alla fattispecie dell'atto-licenziamento.

Il quesito non è di facile soluzione. Se, infatti, si guarda al disposto dell'art. 1 della legge 604/1966 sembrerebbe che la giusta causa o il giustificato motivo si atteggino a condizione risolutiva del contratto di lavoro. Il legislatore non consente lo scioglimento del contratto se non in presenza della giustificazione

³¹ F. CARNELUTTI, *ibidem*: «in tanto gli effetti giuridici si producono in quanto, d'altra parte, la situazione iniziale e il mutamento dei suoi elementi non giuridici, in cui l'atto consiste, presentino determinati caratteri, i quali prendono nome di *requisiti dell'atto*. Requisiti dell'atto non sono dunque tutti i suoi caratteri, ma *quelli tra i caratteri, che sono giuridicamente rilevanti, ossia dai quali dipendono gli effetti giuridici*».

³² Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, 877.

e, così, potrebbe ritenersi che al verificarsi dell'evento futuro ed incerto, il cui contenuto viene individuato dall'art. 3 della legge 604/1966³³ e dall'art. 2119 c.c.³⁴, conseguirebbe il venir meno del vincolo contrattuale. Di guisa che, secondo questo ragionamento, il contratto spiegherebbe i suoi effetti fino al verificarsi della condizione³⁵, *rectius* al venir in essere della giustificazione, per poi cessare in presenza della stessa. Tuttavia, tale qualificazione ha un'evidente pecca nell'automatismo del suo funzionamento: non può, infatti, ritenersi che al verificarsi della giusta causa o del giustificato motivo il contratto si risolva di conseguenza, dovendo discendere l'effetto risolutorio dalla volontà del datore di dar luogo al recesso dal rapporto. Come ha affermato un'illustre dottrina³⁶: «nell'atto condizionale coesistono da una parte il regolamento di un piano di interessi interno, e dall'altra la valutazione di un piano di interessi esterno, che al primo si contrappone ma la cui esistenza è prevista come futura ed incerta; il rapporto tra i due piani di interessi viene posto nel senso che la realizzazione di quello interno è voluta solo in quanto quello esterno non si manifesti. Viene introdotto così nel piano della fattispecie un particolare intento, estraneo al suo contenuto tipico, e che deve venire tutelato e realizzato con mezzi che non sono quindi compresi nella configurazione tipica dell'atto». Nel caso del licenziamento, il piano di interessi interno al rapporto di lavoro può continuare ad essere voluto anche

³³ «Notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro» ovvero «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

³⁴ «Una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto».

³⁵ Come notava A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, 1941, 239: «[la condizione risolutiva] opera dall'esterno, in un momento nel quale l'atto ha già spiegato i suoi effetti».

³⁶ *Idem*, 80.

quando si manifesti il piano di interessi esterno che consente lo scioglimento del contratto: lo sarà certamente per il lavoratore che, malgrado la sussistenza della giustificazione, avrà interesse a mantenere in vita il rapporto; ma potrà esserlo anche per il datore sul quale non grava un obbligo di licenziare e che è, invece, libero di scegliere se recedere o meno dal contratto.

Esclusa, dunque, la qualificazione della giustificazione come condizione risolutiva, si potrebbe sostenere che essa costituisca la causa dell'atto di recesso, ossia la causa del licenziamento. Considerata, infatti, la causa come «una ragione pratica tipica» immanente al negozio, «una “causa”, un interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile, cui esso deve rispondere»³⁷, si sarebbe portati a ritenere che la giusta causa e il giustificato motivo svolgano, appunto, questo ruolo di controllo e di interesse sociale oggettivo poiché il recesso dal contratto di lavoro può avvenire solamente al loro verificarsi (art. 1, l. 604/1966)³⁸. Tuttavia, va rilevato che se la causa rappresenta «la *funzione economico-sociale* del negozio»³⁹, allora il licenziamento, in quanto atto unilaterale di recesso, presenta già una sua funzione – ritenuta legittima dall'ordinamento, poiché è lo stesso che la pone – nella estinzione del vincolo obbligatorio⁴⁰. Non può, così, identificarsi il ricorrere del giustificato motivo o

³⁷ E. BETTI, *op. cit.*, 174.

³⁸ V. G. ZAGARI, *Contributo alla teoria del licenziamento nel diritto italiano e comparato*, Giuffrè, 1974, 86; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2005, 115 ss.; E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, Cedam, 2006, 34 ss. V. la critica a tali posizioni di L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti...*, cit., 618.

³⁹ E. BETTI, *op. cit.*, 183.

⁴⁰ Cfr. L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, DLRI, 2012, I, 679.

della giusta causa con la *causa dell'atto*, poiché essi costituiscono semmai un presupposto legittimante lo stesso⁴¹.

Come qualificare dunque la giustificazione del licenziamento? Una parte della dottrina⁴² ha ricondotto tale nozione alla tutela accordata dall'ordinamento: qualificando, per l'area della tutela reale, la giustificazione come presupposto esterno al licenziamento incidente sul potere di recesso del datore; per l'area della tutela debole, *rectius* obbligatoria, come «un onere accessorio ed esterno allo stesso potere di licenziamento, il cui esercizio [...] è comunque [...] valido ed efficace, sebbene illecito». Occorre, però, rilevare che seguendo tale distinzione si confonde il piano del requisito con quello della tutela, *rectius* della sanzione. Infatti, l'illiceità dell'atto ricorre anche nel caso della tutela reale e la scelta del legislatore di reintegrare il lavoratore non può incidere sulla necessità o meno della giustificazione come requisito al fine del

⁴¹ Con riferimento al recesso unilaterale subordinato a giusta causa, argutamente evidenziava E. BETTI, *op. cit.*, 180, che «non è nullo il recesso, se la pretesa “giusta causa” adottata dal recedente si rivela inconsistente al controllo del giudice; ma spetta alla controparte il risarcimento del danno che essa risente per la risoluzione ingiustificata del rapporto: nel che si palesa parimenti una indubbia rilevanza indiretta di quella causa remota; rilevanza, che non potrebbe mai spettarle, se si trattasse di un semplice motivo individuale incontrollabile. [...] La verità è che l'interesse al recesso e l'apprezzamento individuale dell'interessato sottostanno, qui, alla *critica* della controparte e al *controllo* del giudice: questo e non altro significa il concorso giustificante di una “giusta causa”. Ora la possibilità stessa della critica e del controllo dei consociati esclude la legittimità di un motivo qualsiasi rimesso all'arbitrio soggettivo dell'interessato recedente; e postula una *stregua di valutazione oggettiva* congrua al rapporto in discussione». Si prospetta, in tal modo, una funzione della “giusta causa” come un *posterius* all'atto unilaterale di recesso, mentre occorre evidenziare che per il licenziamento essa, come il giustificato motivo, è un *prius* dello stesso.

⁴² L. NOGLER, *La disciplina*, cit., 607 e 617. Riprende tale qualificazione M.V. BALLESTRERO, voce *Licenziamento...*, cit., 800-801. Per la natura di onere esterno nell'area della tutela obbligatoria, cfr. E. GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, LD, 1992, I, 465 e P. TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, 1994, 181.

valido realizzarsi della fattispecie dell'atto. Negare il carattere di presupposto alla giustificazione significa ammetterne la sua irrilevanza sul piano della fattispecie dell'atto-licenziamento, oltreché la sua labilità sul piano della natura giuridica. Va, dunque, lasciata, in ogni caso, ferma la natura di presupposto dell'atto e, come si vedrà in altra sede, indagato, invece, l'effetto della sanzione, la cui determinazione spetta al legislatore.

Accolta, allora, la natura di presupposto esterno all'atto, deve chiarirsi l'incidenza dello stesso sulla fattispecie del licenziamento. Su questo versante, appare utile richiamare, in via sistematica, quanto previsto dal diritto amministrativo sui presupposti del provvedimento⁴³. Anche qui, ai fini dell'approvazione dello stesso, occorre l'avverarsi di fatti giuridici indicati espressamente nelle norme. Tali fatti, *rectius* presupposti, «sono praticamente inclassificabili, stante la varietà degli eventi o delle situazioni oggettive qualificabili come fatto giuridico, e sono fatti esterni rispetto al provvedimento, che la norma stabilisce in quanto, mediante essi, vuole ottenere certi risultati di cura di interesse pubblico, o, inversamente, ne vuole evitare certi altri»⁴⁴. Risulta, così, che i presupposti del provvedimento amministrativo sono funzionali all'interesse pubblico che tale atto mira a conseguire⁴⁵. Tale nesso, però, non li rende, secondo il GIANNINI, elementi del provvedimento, bensì «è [stata] la giurisprudenza che li ha considerati elementi del provvedimento, in quanto la loro mancanza o il loro difetto vizia

⁴³ V., per tutti, M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1981, 294 ss.

⁴⁴ *Idem*, 294-295.

⁴⁵ *Idem*, 295, l'A. sottolinea, però, come elemento fondamentale del provvedimento amministrativo sia il motivo, in quanto «conseguenza diretta della funzionalizzazione delle potestà pubbliche e della procedimentalizzazione delle attività amministrative».

il provvedimento di illegittimità»⁴⁶, venendo meno il presupposto che legittima l'adozione dell'atto.

Tali considerazioni non risultano estranee alla disciplina del licenziamento nel diritto del lavoro: se si guarda, infatti, alla giusta causa e al giustificato motivo come presupposti legittimanti l'atto datoriale di recesso, emergono tre importanti complementarità: *in primis*, l'ampiezza di tali nozioni, su cui dottrina⁴⁷ e giurisprudenza⁴⁸ continuano a confrontarsi e ad interrogarsi; *in secundis*, il loro carattere esterno all'atto di recesso; *in tertiis*, il loro nesso alla cura di un interesse generale di tutela ovvero di esclusione del recesso

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Tra la sterminata letteratura in merito, v. M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, 1993, 74 ss.; P. TULLINI, *Contributo alla teoria...*, cit.; M. PAPALEONI, *Il licenziamento per giusta causa o motivo*, Cedam, 1998; C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, 2004; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo...*, cit.; C-. PISANI, *Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di F. CARINCI, III. *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. MAINARDI, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XXIV, Giappichelli, 2007, 81 ss.; A. BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Utet, 2012, 119 ss.; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012, 107 ss.; L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, *ADL*, 2015, I, 515 ss.; S. VARVA, *Il licenziamento economico*, Giappichelli, 2015, 23 ss.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, 2016, 1 ss.; AA. VV., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, a cura di A. PERULLI, Giappichelli, 2017; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo "organizzativo": la fattispecie*, *DRI*, 2017, I, 61 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: da (corno di una) dicotomia a fattispecie*, *DRI*, 2018, I, 993 ss.; ID., *La giustificazione del licenziamento per motivi economico-oggettivi. Differenze e variazioni di fattispecie nei principali paesi europei*, *RIDL*, 2019, I, 3 ss.

⁴⁸ Tra le più recenti e significative pronunce, v. Cass. 28 settembre 2016, n. 19185, *Labor*, 16 novembre 2016, nt. CAVALLINI; Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, *MGL*, 2017, II, 317, nt. VALLEBONA; Cass. 9 maggio 2019, n. 12365, inedita a quanto consta; Cass. 20 maggio 2019, n. 13534, inedita a quanto consta; Cass. 28 maggio 2019, n. 14504, inedita a quanto consta; Cass. 5 luglio 2019, n. 18195, inedita a quanto consta.

ingiustificato. Non deve essere, altresì, trascurata un'altra complementarietà dovuta alla loro mancanza e alla conseguente illegittimità dell'atto. Emerge, infatti, il nesso di causalità tra l'atto legittimo, adottato in presenza della causale, e l'atto illegittimo, qualora la stessa risulti insussistente. Occorre, però, rilevare che l'effetto di illegittimità è indiretto in quanto la causale come presupposto dell'atto è sì requisito dello stesso, ma non è, similmente, elemento della sua fattispecie. Quest'ultima, infatti, risponde alla qualificazione dell'atto unilaterale nella declinazione, però, della legge 604/1966 e, pertanto, si aggiunge il requisito giustificativo (art. 1) e quello formale (art. 2); tuttavia, mentre il secondo diviene elemento dell'atto, il primo, in quanto fatto rilevante, ne costituisce sì requisito, ma non elemento, poiché resta esterno all'atto intervenendo in una fase antecedente al suo venire ad esistenza⁴⁹.

È bene richiamare le aeree parole del CARNELUTTI⁵⁰: «precisamente le qualità rilevanti dell'atto ne costituiscono i *requisiti*; la parola è felice in quanto significa (da *requirere*) qualcosa che è richiesto affinché l'atto raggiunga il suo scopo. La fattispecie dell'atto si risolve dunque in *un complesso di requisiti*, la qual risoluzione è il frutto d'una ulteriore analisi; pure il concetto di fattispecie dev'essere scomposto; scomponendolo n'è venuto fuori il concetto di requisito, come *modo di essere dell'atto richiesto per la sua giuridica efficacia*». Ora, i requisiti dell'atto seguono una classificazione «impostata su un sistema ternario, secondo il quale si distinguono i *presupposti*, gli *elementi* e le

⁴⁹ Si potrebbe, così, verificare, a seguito di difetto originario della causale, un'ipotesi di falsa presupposizione, cfr. F. GAZZONI, *Manuale...*, cit., 948.

⁵⁰ F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 235.

circostanze»⁵¹. Per la prima categoria, deve essere evidenziato «a proposito dell'efficacia dell'atto, che questa consistendo nell'alterazione di un rapporto giuridico preesistente, ogni atto si risolve nello svolgimento di un rapporto; il presupposto deve dunque essere qualcosa che si riferisce, appunto, al rapporto giuridico preesistente, il quale, per via dell'atto, subisce il mutamento. Si tratta, qui, in altri termini, d'un collegamento tra l'atto e il rapporto, onde si spiega l'influenza dell'uno sull'altro»⁵². Ebbene, dovrebbe apparir chiaro che la giustificazione del licenziamento, in quanto presupposto e dunque fatto che deve sussistere prima dell'atto, esprime non solo il collegamento tra l'atto-licenziamento e il rapporto di lavoro oggetto del contratto *ex art. 2094 c.c.*⁵³, incidendo la giusta causa o il giustificato motivo sulla continuazione dello stesso, bensì anche, e soprattutto, la legittimazione affinché tale atto possa compiersi⁵⁴. Se si giunge, allora, a considerare la giustificazione sul piano della legittimazione del datore di lavoro⁵⁵, ci si

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Idem*, 236.

⁵³ Prospettandosi, qui, la combinazione di rapporti tra il licenziamento e il rapporto di lavoro derivante dal contratto ed essendo, così, possibile identificare il primo come *rapporto qualificato* e il secondo come *rapporto qualificante*, dipendendo l'esistenza del licenziamento dall'*esistere attuale* del rapporto di lavoro. Cfr. *idem*, 179-182.

⁵⁴ *Idem*, 236: «riflettiamo che l'atto è lo svolgersi della forza di un soggetto su un oggetto, cioè di una persona su una cosa: occorre dunque, affinché l'atto si compia, un soggetto capace di spiegare la forza, una forza che gli appartenga, e un oggetto sul quale possa essere spiegata».

⁵⁵ Da distinguersi rispetto alla capacità giuridica del soggetto, poiché come avvisava A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, *Enc dir*, Giuffrè, VI, 1960, mentre «la capacità consiste di qualità intrinseche ed astratte del soggetto», «le figure di legittimazione consistono invece in posizioni del soggetto rilevanti in funzione di determinate fattispecie, e più precisamente con riferimento all'oggetto o all'altro soggetto dell'atto o del rapporto ed ai corrispondenti piani di interessi. La legge, cioè, oltre che subordinare la rilevanza e quindi la efficacia di un

accorge che essa identifica «la sua *competenza ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento d'interessi* avuto di mira: competenza, la quale risulta da una specifica *posizione del soggetto rispetto agli interessi* che si tratta di regolare»⁵⁶. Si ottiene, così, che la giustificazione quale presupposto del licenziamento, quindi requisito della sua fattispecie, ma che rimane esterno all'atto poiché non suo elemento⁵⁷, costituisce la legittimazione al potere di recesso attribuito al datore di lavoro.

In tale ottica, allora, ci si sposta su un piano diverso, appartenente sì all'atto, ma riferito al soggetto che lo pone in essere. Sicché, il titolare del potere unilaterale di recesso potrà esercitarlo solamente quando si verificano quei presupposti di fatto che sostanziano la sua legittimazione ad esercitare il recesso⁵⁸. Il datore, quindi, potrà recedere dal contratto di lavoro, unicamente quando si trovi nella «specifica *posizione*» (vale a dire la sussistenza del

atto all'esistenza di un soggetto dotato di capacità, può anche richiedere che il soggetto si trovi in una determinata posizione giuridica rispetto all'oggetto ovvero rispetto all'altro soggetto della fattispecie; e ancora: oltre a subordinare la validità e quindi la stabilità degli effetti di un atto alla capacità di agire di chi lo pone in essere, può esigere che il soggetto ricopra una determinata posizione giuridica, rispetto all'oggetto o rispetto all'altro soggetto, che lo abiliti al compimento dell'atto».

⁵⁶ E. BETTI, *op. cit.*, 225, che supera la definizione della legittimazione di F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 238, come «l'*idoneità giuridica dell'agente ad essere soggetto del rapporto, che si svolge nell'atto*». Per una ricostruzione dell'istituto e delle diverse posizioni, v. A. DI MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, *Enc dir*, Giuffrè, XXIV, 1974.

⁵⁷ F. CARNELUTTI, *op. cit.*, 240-241: «a differenza dai presupposti, gli elementi degli atti giuridici riguardano non ciò che esiste prima dell'atto, ma ciò che esiste nell'atto o, in altri termini, per quanto sempre approssimativi, non l'atto nel suo essere ma nel suo divenire: i presupposti, insomma, ci sono anche se l'atto non si compie; invece, gli elementi, se l'atto non si compie o almeno non si inizia, non si possono dare».

⁵⁸ A. DI MAJO, voce *Legittimazione...*, *cit.*, ben chiarisce che la legittimazione non concerne la titolarità del potere del soggetto di compiere l'atto, bensì il compimento dell'atto stesso, che richiede però una particolare qualità del soggetto.

giustificato motivo o della giusta causa)⁵⁹ che si pone in relazione all'interesse di continuità o meno del rapporto di lavoro. Notasi, però, che per il licenziamento la «specifica *posizione*» non si riferisce al soggetto-datore di lavoro: non identifica, cioè, una sua particolare relazione, bensì ad un fatto esterno (g.m.o.) ovvero riferito all'altra parte (giusta causa e g.m.s.); sicché la legittimazione postula rispetto alla giustificazione come presupposto. Per dir meglio: il datore di lavoro che esercita il licenziamento è legittimato all'esercizio del potere legale di recesso solo se il presupposto dell'atto, *rectius* la giustificazione del licenziamento richiesta dalla legge, è venuto ad esistenza. Si devono, così, distinguere tre fasi: 1) il presupposto (giusta causa e giustificato motivo); 2) la legittimazione (competenza del datore ad esercitare il potere di recesso unilaterale e ad ottenere gli effetti giuridici del regolamento d'interessi che viene ad esistenza con il recesso); 3) l'atto unilaterale-licenziamento, il cui vizio può derivare da una od entrambe⁶⁰ le fasi precedenti.

Occorre, allora, domandarsi come l'assenza della giustificazione infici l'atto. Vista, infatti, la sua natura di presupposto, essa è esterna all'atto-licenziamento e riferita, invece, alla legittimazione del potere del datore di lavoro. Ne derivano così due importanti conseguenze: la prima è che l'atto non è viziato nei suoi elementi, ponendosi il vizio in una fase antecedente allo

⁵⁹ Riprendendo il sillogismo con il diritto amministrativo, si può richiamare la tesi dell'«incompetenza temporanea» di M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 122.

⁶⁰ Per la prima ipotesi, si pensi al caso di un licenziamento disciplinare che viene attuato senza lo svolgimento del procedimento *ex art. 7* della l. n. 300/1970; per la seconda ipotesi, si pensi al caso di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo in cui sia provato che il fatto posto a base dello stesso sia insussistente.

stesso; la seconda è che l'illegittimo esercizio del potere porta *ugualmente* alla nullità dell'atto-licenziamento.

3. Efficacia estintiva dell'atto imperfetto

L'affermazione conclusiva del precedente paragrafo deve, però, essere considerata non solo dal punto di vista della genesi dell'atto-licenziamento, secondo le tre fasi dianzi descritte, bensì anche dalla prospettiva (a valle) del sistema sanzionatorio delineato dall'ordinamento.

Infatti, il licenziamento che viene esercitato in assenza di presupposto ovvero di legittimazione è certamente un atto viziato poiché assunto al di fuori dei limiti che la legge impone al titolare del potere⁶¹. È un atto in cui la fattispecie concreta difetta rispetto alla fattispecie astratta e, di conseguenza, *dovrebbe* incorrere nell'inefficacia *ex tunc* a seguito della sua contrarietà a norme imperative. L'atto è, così, nullo e di conseguenza non produce alcuno degli effetti che l'ordinamento vi riconduce quando attuato nella fisiologia della fattispecie. Emerge qui, però, un'ulteriore peculiarità dell'atto-licenziamento poiché il legislatore, a partire dalla legge n. 604/1966, ha posto un meccanismo di sanzioni e rimedi all'illegittimità del licenziamento che non sempre collimano con l'inefficacia conseguente alla nullità del diritto civile⁶². Può qui affermarsi, seppure in via approssimativa, che la specialità della

⁶¹ M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, 1979, 13, scriveva della reintegrazione come risposta rispetto ai bisogni di tutela generati proprio dal «l'abuso del potere di licenziamento».

⁶² Almeno per quanto concerne gli effetti tipici, cfr. A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, 1943, 63 ss.

disciplina del recesso datoriale dal contratto di lavoro si esprime, non solo nella fase genetica dell'atto, ma anche, se non soprattutto, in quella dinamica dei suoi effetti. Di fronte ad un atto imperfetto, perché carente del suo presupposto (la giustificazione) e, conseguentemente, della legittimazione del soggetto agente (il datore), risulta palese, almeno in via generale, che tale atto non possa produrre l'effetto tipico che l'ordinamento avrebbe consentito se lo stesso fosse stato perfetto⁶³. In altre parole: il licenziamento adottato in presenza dei presupposti e degli elementi che la legge designa per la sua fattispecie produce l'effetto, tipico e proprio dell'atto, di estinguere il contratto di lavoro. Se, invece, l'atto non è conforme alla fattispecie richiesta dalla legge, non può produrre l'effetto estintivo, in quanto l'imperfezione ne vizia *irrimediabilmente* l'efficacia tipica.

Occorre, tuttavia, rilevare che il sistema sanzionatorio costruito dal legislatore non prevede più tale automatismo tra atto-licenziamento imperfetto, sua inefficacia e continuazione del rapporto di lavoro. Già il legislatore del 1966 se, da un lato, aveva previsto l'inefficacia del licenziamento ove non ricorressero gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, statuendo per il datore di lavoro l'obbligo di riassunzione del lavoratore entro il termine di tre giorni; dall'altro, aveva, altresì, previsto, in mancanza di riassunzione, la corresponsione di un'indennità risarcitoria da cinque a dodici mensilità⁶⁴. Va rilevato che allo scadere del termine per la

⁶³ V. E. GROSSI, *Nullità dei negozi giuridici*, Tip. Lombardo, 1916, 221 ss., che ammette la possibilità per l'atto nullo di tendere ad un'efficacia simile a quella dell'atto perfetto. B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Esi, 2012, 20 e 56, riferisce, in questo caso, gli effetti non all'atto, ma al comportamento del soggetto agente.

⁶⁴ Cfr. art. 8, l. n. 604/1966 nella sua originaria versione, modificato, poi, dall'art. 2, comma 3, della l. n. 108/1990.

riassunzione, periodo di inefficacia dell'atto in quanto a seguito dell'illegittimità il rapporto tornava in essere senza soluzione di continuità, il licenziamento viziato nei suoi presupposti esplicava, comunque, il suo effetto proprio: vale a dire l'estinzione del contratto di lavoro. Del resto, il meccanismo della tutela indennitaria-risarcitoria copriva, nei limiti edittali posti dal legislatore, il danno che il lavoratore subiva a seguito della chiusura, seppure illegittima, del rapporto⁶⁵.

Fu il legislatore dello Statuto dei lavoratori a superare il dissidio (apparente) tra atto imperfetto, *rectius* viziato, ed efficacia perfetta, *rectius* estintiva, dello stesso con la previsione del principio della reintegrazione⁶⁶. L'art. 18 nella sua originaria versione stabiliva, infatti, che il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo veniva annullato dal giudice ovvero ne veniva dichiarata la nullità a norma della legge stessa e, altresì, imponeva la reintegrazione del lavoratore. La contrarietà del licenziamento alle statuizioni della legge 604/1966 produceva, così, in via automatica l'inefficacia dell'atto di recesso datoriale e il ripristino dello *status quo ante* per il tramite del rimedio reintegratorio. In tale ottica, è facile notare come la scelta del legislatore sulla sanzione era ugualmente unificata in assenza di giusta causa o giustificato motivo, giungendo ad una rimozione dell'atto-licenziamento e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro per il tramite della

⁶⁵ La norma parla, in caso di mancata riassunzione, dell'obbligo per il datore di «risarcire il danno».

⁶⁶ Cfr. M. D'ANTONA, *La reintegrazione...*, cit., 26, che sottolinea in ciò il distacco del licenziamento dal complesso dei valori giuridici riassunti nel principio della non perpetuità dei rapporti obbligatori.

dichiarazione di nullità del giudice⁶⁷. Non si produceva, così, nessuna frattura tra il vizio dell'atto e l'effetto tipico che lo stesso, se non fosse stato viziato, avrebbe dovuto produrre: vale a dire l'estinzione del contratto di lavoro.

Senonché il paradigma statico-automatico tra illegittimità, nella specie licenziamento ingiustificato, e reintegrazione, ossia rimozione dell'effetto estintivo dell'atto, viene meno con la legge n. 92 del 2012. Il legislatore introduce, così, un diverso rapporto tra l'illegittimità e l'inefficacia dell'atto attraverso la modulazione del regime sanzionatorio⁶⁸. Per quanto riguarda il

⁶⁷ V. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2012, I, 424.

⁶⁸ Tra i numerosi contributi sul punto, v. M.V. BALLESTRERO, "Habemus legem"!, DLM, 2012, I, 229 ss.; A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 ed il lavoro pubblico*, LPA, 2012, I, 991 ss.; M. BROLLO, *Il diritto del mercato del lavoro postmoderno*, ADL, 2012, I, 856 ss.; F. CARINCI e M. MISCIONE, *La riforma Fornero (l. n. 92/2012)*, LG, 2012, 10, 845 ss.; F. CARINCI, "Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto, RIDL, 2012, I, 3 ss.; M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previsto dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, RIDL, II, 1052 ss.; C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi e tutela reale*, LG, 2012, 10, 861 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, RIDL, 2012, II, 1064 ss.; S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, ADL, 2012, I, 535 ss.; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, ADL, 2012, I, 612 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio...*, cit., 415 ss.; M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro nella "riforma Monti-Fornero" ma soprattutto "art. 18"*, LG, 2012, 11, 1025 ss.; L. NOGLER, *La nuova disciplina...*, cit., 661 ss.; G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, DLRI, 2012, 139, 619 ss.; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, ADL, 2012, I, 785 ss.; A. PROTO PISANI, *Tre note sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori scritte da un giurista ingenuo*, FI, 2012, 4, 121 ss.; A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, DLRI, 2012, 3, 621 ss.; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, RIDL, 2012, I, 617 ss.; M. BARBIERI, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime proposte giurisprudenziali*, RGL, 2013, II, 333 ss.; M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, ADL, 2013, II, 1235 ss.; F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, ADL, 2013, I, 461

licenziamento ingiustificato, vale a dire intimato in assenza di giusta causa o giustificato motivo, la reintegrazione comincia ad assumere un ruolo secondario: rimane la sanzione applicabile in assenza degli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa in base ai codici disciplinari (art. 18, comma 4); ma diviene *possibile* sanzione nell'ipotesi in cui il giudice accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 18, comma 7). Resta esclusa nelle altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo (art. 18, commi 5 e 7). Nelle tre ultime prospettazioni, il legislatore indica, almeno in via generale, la sanzione indennitaria: vale a dire la dichiarazione di risoluzione del rapporto di lavoro e il pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva tra dodici e ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Ecco, allora, che il paradigma dell'inefficacia del licenziamento viziato, *rectius* ingiustificato, si rompe: l'atto-licenziamento è privo («insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo») del suo presupposto, eppure produce ugualmente l'effetto tipico del atto-licenziamento legittimo vale a dire l'estinzione del rapporto di lavoro.

ss.; M. FERRARESI, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, DLRI, 2013, 2, 338 ss.; M. PERSIANI, *Fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, ADL, 2013, I, 1 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Commento alla Legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, RIDL, 2013, I, 783 ss.; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, DLRI, 2013, 1 ss.; S. VARVA, *Riforma del mercato del lavoro e indennità sostitutiva della reintegrazione*, LG, 2013, 4, 333 ss.

Tale impostazione non viene rinnegata nemmeno dagli ultimi interventi sulla disciplina dei licenziamenti. Il d.lgs. n. 23 del 2015, in linea con la legge delega n. 183 del 2014⁶⁹, ha previsto la reintegrazione come ipotesi sanzionatoria residuale. Ricorre, infatti, per il licenziamento ingiustificato per l'unico caso descritto dall'art. 3, comma 2: «esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato». Nelle altre ipotesi di ingiustificatezza ricorre la dichiarazione di estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e la condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità⁷⁰. Questa scelta di restringimento dell'area della reintegrazione ha ricevuto anche l'avallo della Corte costituzionale che ha confermato la discrezionalità del legislatore, in funzione dello scopo perseguito, nella determinazione della sanzione applicabile all'illegittimità del licenziamento⁷¹.

Si giunge, così, ad avere un atto imperfetto (licenziamento ingiustificato) che produce il medesimo effetto tipico (l'estinzione del rapporto di lavoro) dell'atto perfetto (licenziamento assunto in presenza di giusta causa o

⁶⁹ Cfr. Art. 1, comma 7, lett. c): «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, *escludendo* per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro [...] e *limitando* il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato».

⁷⁰ Il cui importo è stato aumentato nel minimo e nel massimo dall'art. 3, comma 1, d.l. n. 87 del 2018, convertito con modificazioni in l. n. 96 del 2018 e la cui modulazione è stata recisa dalla sentenza C. Cost. 8 novembre 2018, n. 194.

⁷¹ V. C. Cost. 8 novembre 2018, n. 194, paragrafo 6.

giustificato motivo)⁷². Fuggendo l'apparente paradosso di questa costruzione, del resto non incoerente con il disegno originario della legge n. 604 del 1966⁷³, occorre indagarne la fattibilità sul piano sistematico del diritto positivo nell'ottica del bilanciamento e dell'interpretazione valoriale fornita dalla logica dell'ordinamento.

⁷² Si potrebbero richiamare i versi di Orazio a Quinzio Irpino, *Carm.*, II, XI, 9-11: «*non semper idem floribus est honor/vernīs neque uno luna rubens nitet/voltu*».

⁷³ Cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio...*, cit., 426.

CAPITOLO II

I REQUISITI DELL' ATTO LICENZIAMENTO

1. Diritto e potere di recesso

Il licenziamento, quale atto unilaterale di recesso, è espressione di un potere (proprio) del datore di lavoro che la legge gli attribuisce⁷⁴: vale a dire la possibilità di estinguere il rapporto instauratosi con il contratto. Potere che, del resto, non è estraneo neanche al lavoratore per il tramite dell'istituto delle dimissioni⁷⁵. Può, allora, affermarsi che sul piano del recesso entrambi i contraenti godano, per espressa previsione di legge, di un potere unilaterale di risoluzione del contratto di lavoro. Ciò potrebbe non stupire: come visto, infatti, vige nell'ordinamento il principio generale del divieto di vincoli perpetui e, dunque, non sarebbe conforme a tale previsione l'impossibilità per il datore di lavoro, ma anche per il lavoratore, di recedere in via unilaterale dal contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Sennonché la chiara logica del principio generale deve qui confrontarsi con il particolare oggetto del contratto di lavoro⁷⁶ che richiede, anche a livello più alto⁷⁷, una speciale tutela.

⁷⁴ Cfr. S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1947, 172 ss.

⁷⁵ Anch'esso di fonte legale *ex*, da ultimo, art. 26 del d.lgs. n. 151/2015.

⁷⁶ V. F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *ID.*, *Saggi di diritto civile*, II, Jovene, 1961, 1071.

⁷⁷ Cfr. C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, *DL*, 1954, I, 160 ss.

Occorre, innanzitutto, chiarire che il potere identifica, al pari della legittimazione, un presupposto soggettivo e, come tale, si pone in un momento antecedente all'atto. Malgrado la prospettiva di sovrapposizione tra legittimazione e potere⁷⁸, secondo cui la legittimazione non indica nient'altro che potenzialità riferite all'agire del soggetto rientranti nell'ambito del potere a lui attribuito, va osservato che la prima si riferisce all'atto, in quanto elemento dello stesso che si riflette sul soggetto, mentre il secondo alla possibilità di operare che l'ordinamento attribuisce al soggetto titolare⁷⁹. Ora, la legittimazione deve essere vista in una doppia prospettiva: se, da un lato, essa identifica la qualità del soggetto legittimato ad agire; dall'altro, deriva da un presupposto dell'atto che l'agente vuol porre in essere. Essa è, dunque, estranea alla sfera del potere che l'ordinamento attribuisce al soggetto e, sebbene incida sulla legittimità del suo esercizio, non ne preclude la titolarità. Deve, così, porsi al di fuori dell'indagine sul potere di recesso che l'ordinamento attribuisce al datore di lavoro, poiché non ha incidenza diretta sull'essere o il non essere dello stesso.

Si può, semmai, prospettare una distinzione tra potere e diritto soggettivo. I due termini interferiscono, coordinandosi o contrapponendosi, ma non si sovrappongono né si elidono.

Il diritto soggettivo, secondo l'insegnamento tradizionale, ha come elementi della sua struttura l'interesse ed il potere: dovunque al singolo è riconosciuto

⁷⁸ V. A. LERNER, voce *Potere e potestà*, *Enc dir*, Giuffrè, XXXIV, 1985, 6 ss.; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Cedam, 1960, 128.

⁷⁹ A. DI MAJO, voce *Legittimazione...*, cit., «la legittimazione in sostanza è un elemento dell'atto o, meglio, un fatto che afferisce all'autore di esso», cosicché la mancanza della prima impedisce all'agente di esercitare il potere di cui è titolare.

direttamente un potere per la realizzazione di un suo interesse, dice una formulazione che merita di essere considerata classica, ivi la legge ravvisa un diritto soggettivo⁸⁰. Se non ogni potere è in funzione della realizzazione dell'interesse che costituisce il nucleo di un diritto soggettivo, è altrettanto vero, dall'altro lato, che il diritto soggettivo non si risolve nel potere o nei poteri di cui il titolare può avvalersi per la realizzazione del proprio interesse, poiché lo stesso diritto soggettivo abbraccia e qualifica la situazione di quiete che corrisponde all'interesse realizzato: l'assetto *secundum ius*, in altre parole. Momento statico e momento dinamico si assommano nella figura del diritto soggettivo, che non è mero potere né mera qualificazione; bensì costituisce un istituto complesso i cui requisiti sono costituiti dall'interesse che si intende realizzare e dal potere che consente al titolare di realizzare detto interesse.

Proprio al fine di bilanciare questa posizione di supremazia del datore e di tutelare la conservazione del posto di lavoro in linea con il disposto costituzionale (art. 4 Cost.) già prospettato dalla Consulta, il legislatore è intervenuto con la legge n. 604/1966, introducendo il limite della giustificazione al fine «di ridurre l'ambito di libertà del recesso datoriale»⁸¹. Si introduce, così, una limitazione relativa all'esercizio del diritto soggettivo, *rectius* potestativo, di cui è titolare il datore di lavoro.

⁸⁰ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 2012, 70.

⁸¹ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto...*, cit., 2.

2. Vincoli all'esercizio del recesso

Il potere di recesso del datore di lavoro trova limiti nel suo esercizio a seguito dell'intervento del legislatore. Tale novella dell'istituto si inquadra nell'ottica di due pronunce della Corte costituzionale che hanno fornito la linea evolutiva costituzionalmente conforme dell'istituto, al fine della tutela della parte debole del rapporto di lavoro.

Su questo versante, la Consulta è intervenuta, dapprima, con la sentenza 27 gennaio 1958, n. 7 con la quale ha cominciato a scalfire la forza inderogabile dell'art. 2118 c.c. laddove previsioni ulteriori e di maggior tutela trovavano spazio all'interno della contrattazione collettiva. Si delineava, così, un sistema binario tra la regolamentazione legale e quella posta dall'autonomia collettiva che cominciava a richiedere, ai fini del recesso datoriale, un requisito di giustificazione dell'atto.

Si segnala, in particolare, la pronuncia della Corte costituzionale del 9 giugno 1965, n. 45 che, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2118 c.c., ha sottolineato come «il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisce più un principio generale del nostro ordinamento. Aspetto particolare di una disciplina che, in quanto riguarda tutti i contratti di durata a tempo indeterminato, non concede la dovuta rilevanza alla peculiare natura del rapporto di lavoro ed alla posizione del lavoratore nell'impresa, l'art. 2118 del Codice civile è stato progressivamente ristretto nella sua sfera di efficacia sia da provvedimenti legislativi, i quali a tutela di particolari interessi dei lavoratori hanno limitato o temporaneamente precluso il potere di recesso del

datore di lavoro, sia, soprattutto, da anche recentissimi accordi sindacali. Questi ultimi dimostrano che le condizioni economico-sociali del Paese consentono una nuova disciplina, verso la quale l'evoluzione legislativa viene sollecitata anche da raccomandazioni internazionali (cfr. 46 e 47 sessione della Conferenza internazionale del lavoro)».

A questi primi orientamenti di politica legislativa indicati dalla Consulta, segue l'azione del legislatore che introduce due importanti vincoli al potere di recesso del datore di lavoro: la giustificazione del licenziamento (art. 1, legge n. 604/1966) e il requisito di forma scritta *ad substantiam* (art. 2, legge n. 604/1966). Tali requisiti incidono sulla legittimità dell'atto licenziamento che, in assenza degli stessi, risulta contrario a norma imperativa. Ne discende, di conseguenza, la sua nullità secondo il disposto dell'art. 1418, comma 1, c.c. Tuttavia, la conseguenza dell'inefficacia dell'atto viene corrisposta, unicamente, a seguito della mancanza dell'elemento formale. Il legislatore ha, infatti, previsto che la mancanza del presupposto del licenziamento porta, alternativamente, ma comunque prevalentemente (art. 8, l. n. 604/1966), alla risoluzione del rapporto di lavoro con la sanzione dell'indennità risarcitoria. Si giunge, così, ad un atto non più libero nel suo esercizio, bensì vincolato alla presenza dei presupposti, la cui sussistenza può essere indagata dal giudice nella pronuncia di merito. Si attua in tal modo anche un controllo eteronomo sulla legittimità dell'operato datoriale con riferimento al potere di recesso. Viene meno il libero esercizio del diritto, che trova realizzazione, in via legittima, al solo verificarsi dei presupposti, giusta causa e giustificato motivo, richiesti dal legislatore.

3. Giusta causa e giustificato motivo

Si tenterà in questa sede di svolgere una rapida disamina del contenuto dei presupposti (giusta causa e giustificato motivo) che il legislatore ha individuato al fine di rendere possibile l'esercizio del potere di recesso da parte del datore di lavoro.

Ora, la nozione di giusta causa è stata delineata nel tempo da giurisprudenza⁸² e dottrina⁸³ e l'art. 2119 c.c. la indica come causa «che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto», dunque una condotta che configuri un inadempimento più che notevole (cfr. art. 3, p.p., l. n. 604/1966). In tale contesto, è stretta la connessione tra la giusta causa e gli obblighi di diligenza e fedeltà (artt. 2104 e 2105 c.c.)⁸⁴, che hanno compreso anche fatti extralavorativi come informazioni che sono «rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore» (cfr. art. 8 Stat. lav.): infatti, è da escludere che i precedenti rapporti lavorativi cadano sotto la scure del divieto di indagini sulle opinioni del lavoratore ed escano quindi fuori dalla sfera di conoscibilità del datore⁸⁵. Si può anzi dire che sia prassi comune, prima di procedere ad un'assunzione, richiedere al lavoratore (o aspirante

⁸² *Ex pluribus*, Cass. 21.11.2000, n. 15004, *FI*, 2003, n. 6, 1846, nt. FABIANI; Cass. 10.12.2007, n. 25743, *NGCC*, 2008, n. 7, 908, nt. MONTESARCHIO; Cass. 26.04.2012, n. 6498, *RGL*, 2012, n. 4, 736, nt. MAGNIFICO; Cass. 21.02.2017, n. 4453, *D&G*, 2017, 22 febbraio.

⁸³ Per tutti, v. P. TULLINI, *op. cit.*, *passim*.

⁸⁴ V. il classico studio di A. CESSARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, 1969.

⁸⁵ Cfr., seppure con riferimento a fattispecie diverse, ma comunque concernenti fatti privati del lavoratore, Cass. 12.06.1982, n. 3592, *FI*, 1983, n. 1, 113 e Cass. 03.04.1990, n. 2683, *NGL*, n. 1990, 223.

tale) informazioni riguardo alle sue pregresse esperienze di lavoro, al loro contenuto, nonché alla loro conclusione.

Ora, se è dunque consentita dall'ordinamento l'indagine *de qua* del datore, la condotta del lavoratore è altresì soggetta al veglio dei principi di correttezza e buona fede contrattuale (artt. 1175 e 1375 c.c.), principi che non sono estranei alla sfera disciplinare del rapporto di lavoro, dato che costante e consolidata giurisprudenza⁸⁶ li riconduce nell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c., che amplia così la sua portata anche in merito a comportamenti extralavorativi⁸⁷. E sempre la giurisprudenza⁸⁸ afferma che tale obbligo impone al lavoratore di «astenersi da qualsiasi condotta che risulti in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima o sia comunque idonea a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto». È dunque condotta lesiva dell'obbligo di fedeltà quella anche solo

⁸⁶ *E pluribus*, Cass. 09.01.2015, n. 144, *MGL*, 2015, n. 7, 491, nt. FABOZZI.

⁸⁷ *E pluribus*, Cass. 09.03.2016, n. 4633, *RIDL*, 2016, n. 4, 800, nt. FRIGO. Sul dibattito dottrinale in merito alla rilevanza di condotte extralavorative al fine della sussistenza di giusta causa di licenziamento, v. L. ZOPPOLI, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, Cedam, I, 2005, 837 ss. Per la teoria soggettiva, che ritiene rilevanti solamente i comportamenti rientranti nell'obbligazione lavorativa oggetto del contratto, vd., in giurisprudenza, Cass. 26.01.1989, n. 472, *NGL*, n. 2, 167, e, in dottrina, M.V. BALLESTRERO, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, I, 1991, 104 ss.; per la teoria oggettiva, cui ha aderito la giurisprudenza ampiamente maggioritaria e che riconosce le condotte extralavorative come suscettibili di integrare giusta causa di licenziamento, C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, 2004, 10 ss.

⁸⁸ Cass. 04.04.2005, n. 6957, *MGL*, 2005, n. 7, 550, nt. BRUZZONE.

potenzialmente idonea ad arrecare danno all'impresa⁸⁹, al di là della gravità dello stesso⁹⁰, e ad incrinare il rapporto fiduciario tra datore e lavoratore.

Il giustificato motivo soggettivo viene individuato dall'art. 3 della legge n. 604/1966 come un «notevole inadempimento» commesso dal lavoratore. La giurisprudenza⁹¹ ha recentemente chiarito che «solo ove il fatto contestato e accertato sia espressamente contemplato da una previsione di fonte negoziale vincolante per il datore di lavoro, che tipizzi la condotta del lavoratore come punibile con sanzione conservativa, il licenziamento sarà non solo illegittimo ma anche meritevole della tutela reintegratoria». Così facendo, la Cassazione ha ben definito il peso e il ruolo dei codici disciplinari limitandone l'interpretazione estensiva laddove la stessa non sia propedeutica a conferire più chiara espressività al voluto delle parti. In quest'ottica, dunque, l'individuazione del giustificato motivo soggettivo diviene più rigorosa in base al codice disciplinare vigente e non può estendersi al di fuori della sfera di obbligazioni previste dal contratto di lavoro.

L'altro presupposto che la legge individua per il licenziamento è dato dalle ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa. Rientrano, in questa definizione, varie situazioni di fatto che generano un eccesso di personale all'interno della struttura organizzativa dell'azienda⁹². Si tratta di situazioni di fatto nelle quali entra una valutazione del datore di lavoro che ritiene, e su questo non è possibile alcun

⁸⁹ Cass. 01.02.2008, n. 2474, *LPO*, 2008, n. 12, 1879, nt. CAPONETTI.

⁹⁰ Cass. 19.08.2004, n. 16260, *LG*, 2005, n. 9, 845, nt. BELLUNAT.

⁹¹ Cass. 9 maggio 2019, n. 12365, *RIDL*, 2019, 3, nt. DEL PUNTA.

⁹² Cfr. S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012, 2.

controllo da parte del giudice⁹³, di procedere alla soppressione di una posizione lavorativa. La ragione che legittima il licenziamento è la soppressione del posto di lavoro, che ha l'effetto di porre fine al rapporto tra le parti. La giurisprudenza ha individuato un altro elemento: il *repêchage*, vale a dire un onere probatorio gravante sul datore di lavoro, il quale deve dimostrare di non poter ricollocare quel lavoratore in altre mansioni, anche inferiori.

Su questo aspetto, occorre tener conto di quanto previsto dall'art. 2103, comma 6, c.c. Infatti, oltre alla sede protetta, per la stipula del patto in deroga sul mutamento di mansioni occorre che esso sia concluso *nell'interesse del lavoratore*.

Il comma 6 dell'art. 2103 c.c. non prevede però un interesse generico riconducibile al prestatore di lavoro, bensì indica interessi qualificati: la conservazione dell'occupazione, l'acquisizione di una diversa professionalità o il miglioramento delle condizioni di vita.

Deve trattarsi di una modifica delle mansioni che incida su una di queste categorie di interessi che fa capo al lavoratore, e che dunque comporti un suo vantaggio, in quanto l'interesse è suo proprio ed è esso che costituisce la ragione pratica che spinge il lavoratore ad accordarsi con il datore di lavoro per un patto modificativo delle mansioni.

Emerge allora che la deroga consentita dalla norma al regime legale dei mutamenti di mansioni ha un presupposto inderogabile⁹⁴: quello della

⁹³ V. Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, *RIDL*, 2018, II, 545 ss., nt. ICHINO.

⁹⁴ Sottolinea R.VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 262/2015, 11: "Si tratta di un

sussistenza di un interesse proprio del lavoratore che rientri in una delle categorie indicate dalla norma.

Categorie che presentano un'innegabile ampiezza, data la loro formulazione, e che dovranno essere specificate e dall'interpretazione e dall'applicazione che ne daranno le parti nell'esercizio dell'autonomia individuale e dal controllo che ne faranno i soggetti terzi delle sedi protette in cui verranno stipulati gli accordi di modifica.

Si deve ritenere, poi, che tali finalità, per cui il patto viene in essere, siano previste in via alternativa⁹⁵ e non cumulativa, così che basta che ne sussista una perché non si produca la nullità dell'atto.

È bene ora esaminare le tre categorie di interessi previste dalla norma.

La prima finalità, che legittima la modifica consensuale delle mansioni, è la conservazione dell'occupazione. Sebbene la formulazione sia alquanto generica⁹⁶, è possibile ricondurre tale ipotesi alla situazione in cui sussista un giustificato motivo oggettivo di licenziamento⁹⁷, accogliendo così

presupposto di validità del patto, nel senso che se quest'ultimo fosse concluso in assenza di tali finalità, ricadrebbe sotto la scure del (tradizionale) regime di nullità: se si volesse sostenere il contrario, l'indicazione del legislatore non avrebbe alcuna ragion d'essere".

⁹⁵ Su questa linea G.MIMMO, *Mansioni, la riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015, 21, e R. VOZA, *ibidem*, che richiama l'utilizzo nella norma della congiunzione o.

⁹⁶ R. VOZA, *ibidem*: "L'interesse all'occupazione riecheggia la tematica del declassamento come 'male minore' rispetto alla perdita del lavoro e, quindi, non sembra dotato di una particolare forza innovativa. Certo, sarebbe stato meglio spendere qualche parola in più, magari esplicitando che deve trattarsi di interesse alla conservazione del posto di lavoro in caso di sopravvenute circostanze che ne giustificerebbero la soppressione (nella logica della *extrema ratio*, insomma)".

⁹⁷ U. GARGIULO, *Lo ius variandi nel «nuovo» art. 2103 cod. civ.*, *RGL*, I, 2015, 629 – 630, e A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, *DRI*, I, 2016, 142.

l'orientamento della giurisprudenza⁹⁸ che ammette il demansionamento in una situazione di sussistenza di riorganizzazione aziendale che comporti, in assenza di possibilità di *repêchage* o di consenso del lavoratore all'adibizione a mansioni inferiori, l'estinzione del rapporto di lavoro.

Sul piano processuale, l'onere probatorio al fine della dimostrazione della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo grava sul datore di lavoro, così come affermato recentemente dalla Suprema Corte⁹⁹: "In materia di illegittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di *repêchage* del lavoratore licenziato, in quanto requisito del giustificato motivo di licenziamento, con esclusione di un onere di allegazione al riguardo del lavoratore, essendo contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i due suddetti oneri". Per quanto tale interesse debba far capo al lavoratore, si può dire che esso si avvicini molto all'interesse generale al mantenimento dell'occupazione¹⁰⁰.

⁹⁸ Si vedano, tra le tante, Cass., Sez. lav., 5 aprile 2007, n. 8596; Cass., Sez. lav., 13 agosto 2008, n. 21579; Cass., Sez. lav., 18 marzo 2009, n. 6552; Cass., Sez. lav., 6 ottobre 2015, n. 19930; Cass., Sez. lav., 8 marzo 2016, n. 4509.

⁹⁹ Si veda la sentenza Cass., Sez. lav., 22 marzo 2016, n. 5592.

¹⁰⁰ Nota M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University press e-Book series, n. 48, 2015, 77: "Si segnala che, mentre la legge delega faceva riferimento «all'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro», il decreto declassa la posizione garantita alla mera «conservazione dell'occupazione» che, nel richiamare un interesse comune anche alla collettività, giuridifica l'ipotesi giurisprudenziale più frequente di patto di demansionamento". Ma C. CESTER, *La modifica in peius delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c., DRI*, I, 2016, 182, vede in quest'opinione "una forzatura, dal momento che l'occupazione che con il patto si mira a conservare è pur sempre quella del singolo lavoratore, cioè il posto, che poi, proprio in ragione della modifica a mansioni inferiori, non sarà mai in realtà lo stesso di prima".

Si è detto che i patti *ex comma 6* possono essere considerati in via neutrale, così da poter riguardare sia l'assegnazione a mansioni inferiori, che quella a mansioni superiori.

Ora, è prospettabile un interesse di conservazione all'occupazione per un patto modificativo delle mansioni verso l'alto? È allora evidente che qui si è in presenza non solo di un interesse semi-pubblicistico, ma anche unidirezionale con riferimento al patto modificativo, poiché implica l'unica via di accordi per mutamenti *in peius*, dovendosi escludere, perché priva, a mio modesto avviso, di possibili ragionevoli riscontri nella pratica, la sussistenza di un tale interesse nel caso di accordo avente ad oggetto un'assegnazione migliorativa.

Oltre l'interesse del lavoratore e la relativa tutela che l'ordinamento predispone in via preventiva anche attraverso la modifica delle mansioni al fine della conservazione dell'occupazione, occorre considerare che il licenziamento per g.m.o. costituisce una forma di tutela per l'impresa laddove ricorrano situazioni di fatto che impediscano il normale svolgimento dell'attività economica ovvero richiedano una riorganizzazione degli assetti aziendali. Quest'ultimo aspetto è stato ampiamente apprezzato dalla recente giurisprudenza della Suprema Corte che ha affermato¹⁰¹ che «la modifica della struttura organizzativa che legittima l'irrogazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo può essere colta sia nella esternalizzazione a terzi dell'attività a cui è addetto il lavoratore licenziato, sia nella soppressione della funzione cui il lavoratore è adibito sia nella ripartizione delle mansioni di

¹⁰¹ Cass. 2 maggio 2018, n. 10435. Si veda l'ampia ed approfondita ricostruzione sistematica di M. PEDRAZZOLI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: da (corno di una) dicotomia a fattispecie*, DRI, I, 2018, 993 ss.

questi tra più dipendenti già in forze (Cass. n. 21121 del 2004, Cass. n. 13015 del 2017, Cass. n.24882 del 2017) sia nella innovazione tecnologica che rende superfluo il suo apporto sia nel perseguimento della migliore efficienza gestionale o produttiva o dell'incremento della redditività».

Le ragioni organizzative non possono essere sindacate nel merito da parte del giudice, che dovrà limitarsi a constatarne la reale esistenza¹⁰² non potendo intromettersi nella scelta organizzativa dell'imprenditore che rientra, in pieno, nella libertà di iniziativa economica riconosciutagli dall'art. 41 Cost.

Ciò si pone in coerenza anche con il limite introdotto dal legislatore con la legge n. 183 del 2010 laddove all'art. 30 stabilisce che: «il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente»¹⁰³.

Un punto importante sulla legittimità del licenziamento per g.m.o. è stato aggiunto dalla nota sentenza Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, secondo cui: «ai fini della legittimità del licenziamento individuale intimato per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell' art. 3 della L. n. 604 del 1966, l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed

¹⁰² Cfr. B. CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo" di licenziamento tra storie e attualità*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, n. 323, 10.

¹⁰³ Sull'estensione di tale limite, v. M. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e "controllo di pretestuosità"*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017, 52 ss.

all'organizzazione del lavoro, tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa». La Cassazione precisa, inoltre, che «ove però il licenziamento sia stato motivato richiamando l'esigenza di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli ovvero a spese notevoli di carattere straordinario ed in giudizio si accerti che la ragione indicata non sussiste, il recesso può risultare ingiustificato per una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità e sulla pretestuosità della causale adottata dall'imprenditore». Tale sentenza ha così temperato il diritto al lavoro dell'art. 4 Cost. con la tutela della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., lasciando, nei limiti delle scelte che l'imprenditore può assumere (v. art. 41, comma 2, Cost.), la «libertà in ordine al se, al come e al quanto dell'impresa»¹⁰⁴. Se dovesse ammettersi un limite a tali determinazioni, scomparirebbe la libertà prescritta dalla Costituzione. Non devono qui confondersi i limiti esterni all'attività d'impresa (art. 41, comma 2, Cost.) con la funzione sociale della stessa e con gli istituti di solidarietà sociale che sono in capo allo Stato (art. 38 Cost.), dovendo distinguendo i relativi compiti secondo la responsabilità dei rispettivi soggetti.

¹⁰⁴ R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 32.

4. Vincoli ulteriori per i licenziamenti collettivi

Il tema dei licenziamenti collettivi si inserisce nella distinzione tra licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo per riduzione del personale¹⁰⁵.

L'art. 11 della legge n. 604/1966 stabilisce che "le disposizioni della presente legge non si applicano ai licenziamenti collettivi per riduzione di personale", escludendo così l'applicazione della sua disciplina a questa fattispecie di licenziamenti.

In assenza di una normativa che disciplinasse la materia, la regolazione dei licenziamenti collettivi avveniva per il tramite degli accordi interconfederali.

Nel 1991 il legislatore rompe il silenzio e, con notevole ritardo, recepisce, con legge 23 luglio 1991, n. 223, la direttiva 75/129/CE del Consiglio del 17 febbraio 1975, concernente il ravvicinamento della normativa degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi. La direttiva prevede l'obbligo per il datore di lavoro, previa effettuazione dei licenziamenti, di avviare una consultazione con le rappresentanze dei lavoratori al fine del raggiungimento di un accordo e di informare le autorità pubbliche competenti.

La direttiva è stata poi modificata dalle successive direttive 92/56/CE e 98/59/CE, che ne hanno comportato la recezione da parte della legislazione interna, con il conseguente adeguamento della l. n. 223/1991.

¹⁰⁵ Si veda sul tema, R. DE LUCA TAMAJO e F. BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, 2006.

Da ultimo, la suddetta legge ha subito importanti modifiche ad opera della l. n. 92/2012 (art. 1, commi 44 – 46), che ha recepito alcuni orientamenti giurisprudenziali ed ha adattato le norme alla nuova disciplina dell'art. 18 Stat. lav., e del d.lgs. n. 148/2015 (art. 46), che ha modificato la normativa degli ammortizzatori sociali.

La normativa sui licenziamenti collettivi¹⁰⁶ va esaminata tenendo presente tre norme chiave della l. n. 223/1991: l'art. 24, in relazione all'ambito di applicazione e alla definizione della fattispecie, l'art. 4, per quanto riguarda la procedura preventiva di informazione e consultazione delle parti sociali e degli organi amministrativi, e l'art. 5, concernente l'individuazione dei criteri di scelta dei lavoratori da mettere in mobilità e le sanzioni per i vizi di procedura.

Si nota sin da subito che l'impianto è proteso alla tutela dei lavoratori, consentendo loro di avviare una trattativa con il datore di lavoro e di avere il supporto dello Stato per la ricollocazione dei lavoratori licenziati. Una tutela che si affida all'opera delle rappresentanze sindacali e che permette la realizzazione dell'interesse collettivo nel corso dell'esame congiunto con il datore di lavoro licenziante.

¹⁰⁶ V. F. SCARPELLI, *I licenziamenti per riduzione del personale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *I rapporti di lavoro nel diritto vivente. Casi e materiali*, Giappichelli, 2013, 223 ss.

L'art. 24 dispone l'ambito di applicazione della disciplina alle imprese che occupino più di quindici lavoratori, compresi i dirigenti¹⁰⁷ (comma 1), nonché ai datori di lavoro privati non imprenditori (comma 1-bis)¹⁰⁸.

La norma definisce il licenziamento collettivo come quello adottato dal datore di lavoro per riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, individuandosi così il licenziamento collettivo come quello che segue ad una decisione del datore di lavoro di ridurre l'attività imprenditoriale, ovvero il lavoro. Quest'ultimo caso si determina, ad esempio, quando si realizza una situazione di automazione dei processi produttivi, che porta alla riduzione dei lavoratori impegnanti in quella unità produttiva a causa dell'impiego di macchinari che necessitano soltanto di manutenzione.

Dal punto di vista della nozione legale non si deve dimostrare la crisi economica dell'impresa¹⁰⁹, bensì che ci sia una riduzione definitiva dell'attività o del lavoro. La giurisprudenza cerca di distinguere tra licenziamento collettivo per riduzione del personale e licenziamento plurimo individuale: una cosa è decidere di licenziare persone che ricoprono posizioni analoghe nell'impresa, altra cosa decidere di licenziare una pluralità di lavoratori. L'obiettivo del licenziamento collettivo è quello di ridurre la quantità dei lavoratori.

L'art. 24 pone un'importante chiarificazione per l'individuazione del licenziamento collettivo: è tale quello che riguarda almeno cinque lavoratori,

¹⁰⁷ A seguito della condanna dell'Italia per l'esclusione della categoria dirigenziale dalla procedura dei licenziamenti collettivi, intervenuta con sentenza Cgue, 13 febbraio 2014, causa C-596/2012, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, cui è seguito l'intervento del legislatore con l'art. 16 della l. n. 161/2014, che ha modificato gli artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991.

¹⁰⁸ Sull'estensione a queste figure datoriali è intervenuta la sentenza Cgce, 16 ottobre 2003, causa C-32/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

¹⁰⁹ Si vedano le sentenze Cass., Sez. lav., 21 ottobre 1999, n. 11794, e Cass., Sez. lav., 19 aprile 2003, n. 6385.

nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia (comma 1). Solamente in presenza di questi requisiti¹¹⁰ viene realizzata la fattispecie licenziamento collettivo e trova dunque applicazione la disciplina in esame.

La seconda norma chiave del licenziamento collettivo è quella concernente la procedura preventiva di informazione e consultazione sindacale.

L'art. 4, sulla scorta della direttiva europea che intende sottoporre la volontà del datore di lavoro di licenziare collettivamente al previo confronto del datore di lavoro con i sindacati, prevede una dettagliata disciplina volta a far sì che il licenziamento collettivo avvenga soltanto dopo il confronto tra le parti interessate.

Come viene costruita questa procedura? Si impone al datore di lavoro l'obbligo di informare le organizzazioni sindacali (Rsa e Rsu, costituite ai sensi dell'art. 19 Stat. lav.), anche attraverso l'associazione dei datori di lavoro alla quale l'impresa aderisce o conferisce mandato (comma 2).

La comunicazione che il datore di lavoro invia, in forma scritta, e nella quale manifesta la volontà di licenziamento, deve contenere: i motivi che determinano la situazione di eccedenza del personale; i motivi per i quali non si ritiene idoneo adottare strumenti alternativi al licenziamento; il numero, la collocazione aziendale e i profili professionali dei lavoratori eccedenti, nonché di quelli abitualmente impiegati; i tempi di attuazione del programma di

¹¹⁰ Ma si vedano le attente considerazioni per la distinzione rispetto al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e per gli orientamenti giurisprudenziali di L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in R. DE LUCA TAMAJO e F. BIANCHI D'URSO, *op. cit.*, 78 ss.

riduzione del personale; le eventuali misure da adottare per fronteggiare le conseguenze sociali del licenziamento collettivo in progetto (comma 3). Copia della comunicazione deve essere inviata anche alla Direzione provinciale del lavoro (comma 4).

Inizia così una prima fase che è quella dell'informativa: i sindacati nei successivi sette giorni dal ricevimento della comunicazione, possono chiedere che si apra un confronto per discutere con il datore di lavoro riguardo ai temi dell'informativa e alla possibilità di una diversa utilizzazione del personale individuato per il licenziamento, o di sua parte, mediante il ricorso a contratti di solidarietà e a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro, nonché alle misure sociali da adottarsi per facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati (comma 5). Questo confronto dura complessivamente settantacinque giorni (commi 6 e 7), che si dividono in due fasi: una aziendale (quarantacinque giorni) ed una amministrativa-eventuale, che si realizza presso la Direzione provinciale del lavoro qualora la prima abbia avuto esito negativo. Se il licenziamento riguarda un'impresa a livello nazionale questo confronto è fatto presso il Ministero del Lavoro (comma 15).

La procedura si può chiudere con un accordo, ma anche con un mancato accordo: l'accordo non è imposto alle parti, sebbene lo scopo della procedura sia quello di trovare soluzioni condivise, che nell'esperienza pratica si sono rivelate molto utili per entrambe le parti. Inoltre, in sede di accordo si può prevedere anche il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori eccedenti, anche in deroga all'art. 2103, comma 2 c.c., come espressamente previsto dall'art. 4, comma 11.

Chiusa la procedura di consultazione, si ha il momento più delicato: l'individuazione dei lavoratori da licenziare, ossia il passaggio da una indicazione meramente quantitativa ad una soggettiva-individuale.

Come si individuano le persone da licenziare? Il criterio di individuazione è quello stabilito dall'accordo tra impresa e organizzazione sindacale, ovvero dai contratti collettivi stipulati ai sensi dell'art. 4, comma 2.

Se l'accordo non è stato raggiunto, sopperiscono i criteri legali (c.d. *default rules*) di cui all'art. 5, comma 1, che considerano: a) i carichi di famiglia, b) l'anzianità e c) le esigenze tecnico-produttive. Sono tre criteri disomogenei perché i primi due rappresentano criteri sociali, il terzo, invece, guarda all'esigenza dell'impresa.

La giurisprudenza ha ritenuto il criterio delle esigenze tecnico-produttive¹¹¹ come prioritario¹¹² perché il datore di lavoro deve circoscrivere la platea dei lavoratori in licenziamento tra coloro che sono i lavoratori in esubero¹¹³. Dopodiché, tra questi lavoratori si applicano i criteri sociali che impongono di mantenere in servizio i lavoratori più anziani e quelli che hanno il maggior carico di famiglia, sui quali quindi il licenziamento avrebbe un

¹¹¹ Si vedano le sentenze Cass., Sez. lav., 12 dicembre 1997, n. 12774; Cass., Sez. lav., 3 febbraio 2000, n. 1201; Cass., Sez. lav., 6 novembre 2000, n. 14434, che ritengono il criterio delle esigenze tecnico-produttive come quello più coerente con le finalità perseguite mediante la riduzione del personale. Ed anche Cass., Sez. lav., 6 aprile 2002, n. 4949 e Cass., Sez. lav., 19 maggio 2006, n. 11886, che considerano del tutto legittimo l'accordo sindacale, intervenuto nella consultazione, che tenga conto solamente delle esigenze tecnico-produttive.

¹¹² Ma si veda *contra* Cass., Sez. lav., 5 agosto 2008, n. 21138, che in caso di mancato accordo con le organizzazioni sindacali prevede l'applicazione dei criteri legali in concorso tra loro.

¹¹³ Si vedano le recenti sentenze Cass., Sez. lav., 12 gennaio 2015, n. 203, e Cass., Sez. lav., 9 marzo 2015, n. 4678.

costo sociale molto elevato, data la difficoltà di ricollocazione sul mercato del lavoro e le necessità di mantenimento del nucleo familiare.

Nell'applicazione dei criteri di scelta occorre rispettare il principio di non-discriminazione nei confronti dei lavoratori disabili e della manodopera femminile (art. 5, comma 2).

Individuati quindi i lavoratori da licenziare (*ex pacto vel ex lege*), l'art. 4, comma 9, prevede in capo all'impresa la facoltà di licenziare, previo invio al lavoratore di lettera di licenziamento, in conformità all'art. 18 Stat. lav.; qualora tale forma non sia rispettata, ovvero vi sia stata violazione delle procedure di comunicazione o violazione dei criteri, si applicano le sanzioni previste dall'art. 5, comma 3.

Descritti i punti salienti della procedura dei licenziamenti collettivi, è opportuno soffermarsi su due punti che interessano il profilo della tutela e quello dell'inderogabilità: la determinazione dei criteri ad opera delle parti interessate e l'efficacia degli stessi.

Per entrambi i profili rileva l'azione che viene svolta dai sindacati nel corso del confronto in sede di esame congiunto *ex art. 4, comma 2*.

La norma assicura alle parti collettive una tutela informativa preventiva, che si esplica nella comunicazione del datore di lavoro della volontà di porre in essere licenziamenti collettivi, dando così alle stesse una base su cui costruire la propria azione, ed una tutela consultiva con la previsione della richiesta di esame congiunto e l'avvio di una trattativa.

Ora il punto centrale di questa, quando non si riesca a trovare una soluzione alternativa ai licenziamenti, è la determinazione dei criteri per l'individuazione dei lavoratori eccedenti, e questo sia per i lavoratori, che per

il datore di lavoro, dato che i criteri legali non consentono una scelta che vada a colpire i lavoratori meno produttivi.

Per il profilo che qui interessa, occorre valutare il rapporto tra la scelta dei criteri con accordo collettivo e criteri stabiliti in via legale.

Per i primi, la legge non pone vincoli, affidando alla libera contrattazione delle parti la loro determinazione. Si dovrà comunque trattare di criteri che garantiscono un'oggettività nell'individuazione dei lavoratori da licenziare e la cui scelta deve, dunque, corrispondere ad un principio di ragionevolezza.

È bene notare come sul momento più delicato dell'intera procedura, la legge faccia un passo indietro – prevedendo anche un'ulteriore fase di consultazione in sede amministrativa, qualora la prima non vada a buon fine – ed affidi, nella modalità più permissiva, la disciplina alle parti interessate, questo perché una previsione in via inderogabile di criteri di individuazione non risponde sempre a logiche soddisfacenti per gli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro. Ed effettivamente entrambe le parti hanno molto da perdere: la prima i posti di lavoro e la seconda il fine produttivo che persegue con la riduzione del personale.

Tuttavia, valendo il brocardo, adattato alla circostanza, *ubi partes voluerunt dixerunt, ubi noluerunt tacuerunt*, occorre una previsione legale di criteri che supplisca al silenzio del mancato accordo, introducendo però una rigidità che, data la previsione generale ed astratta propria di ogni previsione legislativa, non può rispondere in maniera soddisfacente al caso concreto.

I criteri legali vengono individuati come *default rules*, e questo evidenzia come l'inderogabilità della loro previsione sia solamente residuale, applicandosi unicamente in una situazione di mancato accordo tra le parti e,

dunque, trovando la concretizzazione del proprio effetto imperativo soltanto in una situazione di non-volontà, ovvero di non-decisione, delle parti.

Infine, sul profilo dell'efficacia dei criteri stabiliti dall'accordo sindacale, la giurisprudenza¹¹⁴ ha affermato che tale accordo ha efficacia generale sul datore di lavoro e su tutti i lavoratori eccedenti, perché è la legge che attribuisce efficacia all'accordo che individua i criteri, e dunque l'accordo sindacale in questione ha l'effetto della legge.

¹¹⁴ Si veda Corte Cost., 30 giugno 1994, n. 268, la quale statuisce che «Il problema dell'efficacia "erga omnes" del contratto collettivo si pone per i contratti normativi, ma non per quelli che, in base all'art. 5, comma primo, della L. n. 223 del 1993, stabiliscono i criteri di scelta cui gli imprenditori debbono attenersi nella scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, dal momento che l'efficacia di tali contratti nei confronti dei singoli lavoratori (mediata dai provvedimenti individuali di licenziamento) si fonda sulla legge che ad essi rinvia».

CAPITOLO III

SANZIONE INDENNITARIA AL LICENZIAMENTO INGIUSTIFICATO

1. Contemporaneità del regime sanzionatorio per il licenziamento ingiustificato

La legge delega n. 183/2014 ha dettato al suo art. 1, comma 7, lett. c) delega al Governo di adottare un decreto legislativo di «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

Il legislatore ha così rafforzato la linea già introdotta con la legge n. 92/2012 di restringimento del campo di operatività della reintegrazione e di elevazione della sanzione indennitaria come sanzione generale per il licenziamento illegittimo.

Il nuovo decreto trova applicazione per i lavoratori assunti a tempo indeterminato dal 7 marzo 2015, aprendosi così un doppio binario¹¹⁵ di

¹¹⁵ Cfr. V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: Il Jobs Act e la riforma dei contatti e di altre discipline del rapporto di lavoro* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 233, 2014, 28.

disciplina tra vecchi e nuovi assunti a tale data. Nell'ottica della legge Fornero è noto come la reintegrazione possa trovare ancora applicazione per il licenziamento intimato in assenza di g.m.o. e, quindi, anche per i licenziamenti economici la cui sanzione, nel *Jobs Act*, risulta essere solamente quella indennitaria. È, così, possibile, all'interno della medesima impresa, l'esistenza di situazioni uguali che incontrano conseguenze sanzionatorie differenti.

Non pochi sono stati i dubbi di costituzionalità, in riferimento all'art. 3 Cost., che sono stati avanzati in presenza di questo doppio regime sanzionatorio per violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza¹¹⁶. In dottrina, alcuni hanno sostenuto una «vistosa differenziazione di trattamento»¹¹⁷ ovvero di «ingiustificata disparità di trattamento»¹¹⁸, altri¹¹⁹,

¹¹⁶ Cfr. C. cost. 22 marzo 2006, n. 108 che ha statuito la violazione del principio di uguaglianza «qualora situazioni sostanzialmente identiche siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso e non quando alle diversità di disciplina corrispondano situazioni non assimilabili».

¹¹⁷ Cfr. L. MARIUCCI, *I molteplici inganni del contratto a tutele crescenti*, in M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014*, n. 183, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - *Collective Volumes*, n. 3, 2014, 111.

¹¹⁸ Cfr. C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, *ADL*, 2, 2015, 285, «si tratta di una disparità che non trova giustificazione alcuna, atteso che avrebbe ben potuto la disposizione in discussione stabilire le nuove regole del licenziamento per tutti i lavoratori, sia quelli assunti con tutele crescenti, sia quelli già occupati in precedenza».

¹¹⁹ V. M. FERRARESI, *op. cit.*, 165; G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in L. FIORILLO - A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015*, n. 22 e n. 23, Giappichelli, 2015, 59; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *IT*, n. 236, 2015, 9; C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, *RIDL*, 2015, 377, che sottolinea come «non contrasta con il principio d'eguaglianza un trattamento differenziato applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo, poiché il fluire del tempo costituisce un valido elemento di diversificazione delle

sulla scorta della sentenza della Corte costituzionale 13 novembre 2014, n. 254¹²⁰, hanno giustificato la sussistenza del diverso regime in base alla scelta di politica legislativa tempo per tempo adottata. Certamente, va notato che qui non avviene una successione di leggi: vale a dire non sussiste una novella normativa, bensì i due regimi, seppur posti in tempi diversi, trovano applicazione contemporaneamente¹²¹.

Alcuni Autori hanno evidenziato come il criterio della successione della disciplina applicabile per i rapporti di durata possa essere l'unica alternativa all'estensione della disciplina anche ai vecchi rapporti¹²², discrezionalità che spetta soltanto al legislatore, e come la scelta di inserire la data di applicazione quale spartiacque sia funzionale alla riduzione dell'impatto sociale sulla modifica del regime sanzionatorio¹²³.

Occorre dire come il dibattito sul punto pare essere stato chiuso dalla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018, laddove ha affermato che «la modulazione temporale dell'applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015, censurata dal rimettente, non contrasta con il «canone di ragionevolezza» e, quindi, con il principio di eguaglianza, se a essa si guarda alla luce della ragione giustificatrice – del tutto trascurata dal giudice rimettente – costituita dallo

situazioni giuridiche»; F. SANTONI, *Il capo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, in M. PERSIANI - F. CARINCI (ordinati da), *QADL*, n. 14, Cedam, 2015, 119.

¹²⁰ «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».

¹²¹ Cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT n. 259, 2015, 20-21.

¹²² V. M. FERRARESI, *op.cit.*, 165.

¹²³ V. P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, *RIDL*, 2015, I, 210-211.

«scopo», dichiaratamente perseguito dal legislatore, «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (alinea dell'art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014).

Lo scopo dell'intervento, così esplicitato, mostra come la predeterminazione e l'alleggerimento delle conseguenze del licenziamento illegittimo dei lavoratori subordinati a tempo indeterminato siano misure dirette a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro per chi di un lavoro fosse privo, e, in particolare, a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Il regime temporale di applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 si rivela coerente con tale scopo. Poiché l'introduzione di tutele certe e più attenuate in caso di licenziamento illegittimo è diretta a incentivare le assunzioni a tempo indeterminato, appare coerente limitare l'applicazione delle stesse tutele ai soli lavoratori assunti a decorrere dalla loro entrata in vigore, quelli, cioè, la cui assunzione avrebbe potuto essere da esse favorita.

Pertanto, l'applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 ai lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato a decorrere dalla data della sua entrata in vigore, in quanto conseguente allo scopo che il legislatore si è prefisso, non può ritenersi irragionevole. Di conseguenza, il deteriore trattamento di tali lavoratori rispetto a quelli assunti prima di tale data non viola il principio di eguaglianza».

2. Legge Fornero e sanzione indennitaria

La legge n. 92/2012¹²⁴ ha riformato la disciplina del licenziamento introducendo una nuova prospettiva per sanzionatoria per il recesso illegittimo del datore di lavoro attraverso la preponderanza della sanzione indennitaria su quella reintegratoria. L'eccezionalità della reintegrazione scardina il tradizionale apparato che si era radicato nella cultura giuridica giuslavorista a partire dal 1970. A qualsiasi vizio, dal più lieve al più grave, la sanzione che il legislatore irrogava era la medesima: la reintegrazione del lavoratore e la corresponsione di un'indennità risarcitoria.

Il legislatore decide di mutare tale orientamento e di rendere meno gravosa la flessibilità in uscita del lavoratore, per il tramite di una graduazione delle sanzioni applicabili e rendendo il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato più attrattivo anche per le imprese¹²⁵.

¹²⁴ Art. 1, comma 1: «la presente legge dispone misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione, in particolare: a) favorendo l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato, cosiddetto 'contratto dominante', quale forma comune di rapporto di lavoro, e [...] c)... adeguando alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento».

¹²⁵ V. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art.18 Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2012, I, 415: «in altre parole si deve tentare di invertire la tendenza che il nostro legislatore persegue da almeno un decennio concentrando la flessibilità nella fase di acquisizione del lavoro (la cd. flessibilità in entrata) e moltiplicando le tipologie contrattuali che consentono all'impresa di avvalersi di lavoro (subordinato e non) in via temporanea. Con le modifiche all'art. 18 contenute nel d.d.l. questo tentativo è stato positivamente avviato, ma, come avviene per tutte le riforme legislative, sarà, poi, l'applicazione (specialmente quella giurisprudenziale) delle nuove disposizioni a stabilirne il successo e, in questo caso, se integrale o parziale. Fino ad oggi, come si è detto, il legislatore ha alimentato la flessibilità

L'intervento del legislatore deve essere inquadrato nella strategia di *flexicurity* europea. Il legislatore è intervenuto con la riforma del mercato del lavoro per imprimere una svolta alla situazione occupazionale con la l. n. 92/2012 (c.d. legge Fornero). La legge ha modificato molti aspetti della normativa ed ha adottato previsioni, tra l'altro, riguardanti: lo scoraggiamento dell'abuso dei contratti flessibili, la promozione della flessibilità positiva con l'importante previsione dell'acausalità del contratto a termine, la riforma dell'art. 18 della l. n. 300/1970 con il ridimensionamento della tutela reintegratoria per il caso del licenziamento illegittimo e la sua sostituzione con una tutela economica, la promozione dell'inclusione dei giovani e delle donne nel mercato del lavoro, l'introduzione dell'Assicurazione sociale per l'impiego (ASpI) per la tutela della disoccupazione involontaria. La riforma si è mossa quindi nella ricerca di un nuovo equilibrio, sul modello della *flexicurity* europea, rendendo meno ampia la flessibilità in entrata e favorendo quella in uscita, cercando di rispondere alle esigenze imprenditoriali e di sostenere i lavoratori nel momento della inoccupazione¹²⁶.

moltiplicando le forme giuridiche di accesso al lavoro (anche non subordinato) caratterizzate dalla loro temporaneità e proposte alle imprese come alternativa "accattivante" al lavoro subordinato a tempo indeterminato. Con il nuovo art. 18, viceversa, si intende instillare la flessibilità nei gangli vitali (il licenziamento) del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con l'intento di renderlo attrattivo per le imprese e, così, arginare la fuga in atto da questa forma contrattuale».

¹²⁶ R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2019, 95, evidenzia la ricerca, operata dalla legge Fornero, di un equilibrio tra norme *pro-labour* e norme *pro-business*. Ricerca che non è valsa comunque a sottrarre la riforma dalle critiche.

Questo impianto crea comunque delle situazioni critiche¹²⁷: per la flessibilità in uscita in riferimento alle tutele per il lavoratore per il caso del licenziamento in cui il conflitto sorge con le ragioni economiche dell'impresa; per la flessibilità in entrata con riguardo allo statuto protettivo del lavoratore ed alla sua collocazione in forme contrattuali che inclinano lo schema classico subordinazione-indeterminatezza ed alla capacità di essere portate avanti con l'instabilità lavorativa e con l'offerta sul mercato del lavoro¹²⁸.

L'ultimo tassello per la flessicurezza è rappresentato dal *Jobs Act* che ha esteso la flessibilità di regime anche al contratto di lavoro *standard* ai fini della sua riaffermazione tra le forme contrattuali preferibili sul mercato del lavoro¹²⁹.

Appare evidente come l'istituto del licenziamento e, in particolare quello per g.m.o., sia particolarmente rilevante per portare avanti la flessibilizzazione del sistema del lavoro in uscita. La scelta del legislatore si è mossa unicamente

¹²⁷ Come non manca di sottolineare E. GHERA, *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, DLRI, 2013, 140, 699 ss.

¹²⁸ E. GHERA, *ibidem*, 710 – 711. Seppure in relazione al contratto di lavoro, ma comunque interessante per il profilo esaminato in questa sede, l'A. afferma la necessità della creazione di un apparato di tutele «adeguato a fronteggiare le dinamiche del lavoro e le trasformazioni dell'economia». E tale apparato, nuovo da quello tradizionale del «contratto-presupposto» e delle «tecniche di tutela imperativa interna al rapporto», dovrebbe prevedere tutele che siano funzionali «alla sicurezza del reddito e alla promozione dell'occupazione».

¹²⁹ Si pensi all'introduzione ad opera del d.lgs. n. 23/2015 del contratto a tutele crescenti che dispone una flessibilità in entrata nella forma del contratto a tempo indeterminato e soprattutto, ai fini della *flexicurity*, una flessibilità in uscita per la disciplina dei licenziamenti. Per una rassegna dei riferimenti diretti e indiretti all'ordinamento europeo e a quello internazionale ai quali la riforma si ispira e che la legge delega (l. n. 183/2014) rende vincolanti, seppur derivati da fonti europee non vincolanti, si veda M. DELFINO, *Note su Jobs Act, flexicurity e ordinamenti sovranazionali*, DLM, 11, 2015, 407 ss.

sul sistema sanzionatorio, lasciando ferma la nozione di giustificato motivo presente nella legge n. 604/1966¹³⁰.

La volontà del legislatore di intervenire su un dettato normativo che era rimasto immutato per oltre quarant'anni e che prevedeva come unica conseguenza all'illegittimità del licenziamento la reintegrazione nel posto di lavoro ha visto alcune reazioni critiche da parte della dottrina che vede in questo passaggio una «tirannia dei valori economici»¹³¹ rispetto alla tutela del danno subito dal lavoratore e che solo la reintegrazione è in grado di risarcire.

La *ratio* che è alla base della legge trova le proprie basi nella prevedibilità della sanzione applicabile al singolo caso di illegittimità. Se, quindi, da un lato si ravvisa la graduazione delle sanzioni e l'emergere della sanzione indennitaria come forma comune di tutela per il lavoratore licenziato; dall'altro, si delineano anche i casi a cui la reintegrazione non trova applicazione rendendo, così, l'atto di recesso irregolare e non più nullo. C'è, in ciò, una nuova valutazione di politica legislativa che viene a farsi strada anche tenendo conto delle esigenze del mercato, non solo economico, ma anche del lavoro. Il dinamismo non è infatti estraneo nemmeno a quest'ultimo,

¹³⁰ Cfr. C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in (a cura di) C. CESTER, *I licenziamenti dopo la L. n. 92/2012*, Cedam, Padova, 2013, 5; A. MARESCA, *ult. op.cit.*, 419, che avvisa come «per tentare di dare soluzione ai problemi che riguardano occupazione e flessibilità», occorresse intervenire «sulle causali che legittimano il licenziamento oppure sulla valutazione delle prove che gravano sul datore di lavoro tenuto a dimostrare tali causali [...] tipizzando alcune presunzioni con l'effetto di vincolare il giudice e di ridimensionarne, così, la discrezionalità che caratterizza l'esame delle prove relative alla legittimità del licenziamento».

¹³¹ V. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 190, 2013, 2.

se avesse concreta attuazione il sistema di politiche attive che già nella legge Fornero andava delineandosi con l'assicurazione sociale per l'impiego.

Si apre, qui, un dibattito tra chi sostiene una legislazione delle tutele del posto di lavoro più flessibile, con tutele nel mercato¹³², e chi, invece, ritiene che tale prospettiva non porti affatto ad un incremento dell'occupazione ovvero ad una reale ricollocazione dei lavoratori disoccupati sul mercato del lavoro¹³³. Se, quindi, non è dimostrabile che una flessibilizzazione delle tutele in uscita produca, automaticamente, una crescita dell'occupazione o degli investimenti, non è altrettanto chiaro il contrario, dovendosi collocare la politica legislativa nell'ottica della costante evoluzione economica su scala globale. Certamente, il costo dell'atto di recesso del datore di lavoro, qualora non sia sostenuto da giusta causa o giustificato motivo come richiesto dalla legge, trova nella legge Fornero ancora la sanzione della reintegrazione, che diviene, però, possibile - si badi bene - per il g.m.o.

2.1. Valutazione del giudice e sanzione applicabile

Il nuovo regime sanzionatorio introdotto dalla legge Fornero comporta una riflessione anche sul ruolo di controllo del giudice in tema di licenziamento illegittimo e, in particolare, sul piano della discrezionalità dello

¹³² P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, RIDL, 2012: «la scienza economica non ci offre nessuna evidenza del fatto che l' 'equilibrio mediterraneo', caratterizzato da forti tutele contro i licenziamenti, determini di per sé tassi di disoccupazione più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei paesi nord europei o a quello statunitense».

¹³³ V. SPEZIALE, *ult. op. cit.*, 11; ID., *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, 305.

stesso. Occorre, innanzitutto, evidenziare come l'art. 1, comma 43, della legge n. 92/2012 abbia completato l'art. 30 della legge n. 183/2010 stabilendo che costituisce motivo d'impugnazione per violazione di norme di diritto il controllo giudiziale sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro. In tal modo, la verifica di legittimità del recesso datoriale che deve compiere il giudice è limitata, qualora non lo fosse stata anche prima, alla verifica della sussistenza dei presupposti per il licenziamento, non potendo sindacare il merito delle scelte, bensì la loro sola esistenza ed incidenza sulla posizione lavorativa soppressa. Un Autore ha evidenziato come tale intervento legislativo sia teso a blindare l'art. 30 ed a riconoscere alla Cassazione un sempre più pervasivo ruolo sulla determinazione della legittimità o meno del licenziamento¹³⁴.

Il ruolo del giudice deve, però, essere valutato alla luce del nuovo sistema sanzionatorio introdotto dalla legge Fornero e va riscontrato come lo stesso mantenga un margine di discrezionalità sulla scelta della sanzione applicabile tra tutela reale attenuata e tutela indennitaria forte. Il giudice deve, infatti, verificare o la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo ovvero la non ricorrenza degli estremi che ne identificano la fattispecie. In questo modo, il giudice non si limita a riscontrare l'illegittimità dell'atto, bensì ne saggia la gravità del vizio al fine di determinare la sanzione applicabile¹³⁵.

¹³⁴ Cfr. F. CARINCI, *Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, LG, 2012, 548.

¹³⁵ V. A. MARESCA, *ult. op. cit.*, 438; M. MARAZZA, *ult. op. cit.*, 613; V. SPEZIALE, *La riforma dei licenziamenti*, cit., 557.

Condotta tale verifica, per il caso del g.m.o., il giudice dovrà compiere una scelta su quale sanzione applicare: essendo possibile, e non certa, quella reintegratoria. L'art. 18, comma 7, come riformato, recita infatti che il giudice «può applicare la predetta disciplina [reintegrazione attenuata] nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo». È quindi la discrezionalità del giudice a stabilire quale sanzione applicare. Occorre notare che non c'è qui alcun parametro definito dal legislatore e che il caso che la norma individua è circoscritto alla insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. Sicché, deve ritenersi che il giudice proceda ad un apprezzamento della gravità dell'insussistenza. Così facendo, però, si rischia di fare una valutazione non richiesta dal legislatore che intende ricondurre la sanzione alla semplice insussistenza del fatto e non ad una valutazione della gravità della stessa. Pertanto, può notarsi come il «può applicare» debba essere letto come un'affermazione della generalità della sanzione indennitaria rispetto alla reintegrazione, dato che, in assenza di specifica previsione del caso in cui applicarla, l'irrogazione della sanzione reintegratoria potrebbe esporre la decisione a ricorso per cassazione per violazione o falsa interpretazione di norme di legge.

2.2. Il regime sanzionatorio nel nuovo art. 18

La legge n. 92/2012 modifica l'art.18 Stat. lav. nella sua previsione sanzionatoria unitaria per qualsiasi vizio sia alla base della illegittimità del licenziamento. Il legislatore introduce una modulazione della sanzione in

relazione all'offesa arrecata al lavoratore¹³⁶ mediante l'esercizio in via illegittima del recesso da parte del datore di lavoro.

Come noto, l'art. 18 un'opzione di politica del diritto che era entrata nella nostra tradizione culturale e che si fondava sul concetto che il lavoro è un bene fondamentale e quindi chi toglie il lavoro illegittimamente non può che essere punito con la reintegrazione. La Carta di Nizza tutela i lavoratori in caso di licenziamento all'art. 30 dicendo che il licenziamento deve essere causale.

Il legislatore del 2012 introduce un sistema articolato in due sanzioni articolate ciascuna su due livelli¹³⁷: 1. Reintegrazione piena che si applica però solo al licenziamento discriminatorio, al licenziamento nullo; 2. Reintegrazione attenuata perché c'è sempre la reintegrazione, ma con un risarcimento del danno che si attesta nella misura massima di 12 mensilità; 3. Indennità onnicomprensiva, da 12 mensilità a 24 mensilità; 4. Indennità onnicomprensiva in misura ridotta da 6 a 12 mensilità in caso di una irregolarità formale del licenziamento (adottato per iscritto, ma senza i motivi, o non è stata rispettata una certa procedura, ecc.). Appare palese come la tutela reale diventi da regola eccezione¹³⁸, valorizzando il legislatore il risarcimento

¹³⁶ A. MARESCA, *ult. op. cit.*, 423.

¹³⁷ M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexsecurity "all'italiana" a confronto*, DLRI, 500; C. Cester, *op.cit.*; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 56; P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti*, *op. cit.*, 9.

¹³⁸ Cfr. G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, DRI, 2015, 58, che afferma che l'obiettivo della riforma «era quello di limitare l'ambito di applicazione della reintegrazione fino quasi a considerarla sanzione eccezionale rispetto alla sanzione del risarcimento per il licenziamento ingiustificato».

del danno in misura variabile, ma tra limiti fissi, attraverso l'indennità risarcitoria onnicomprensiva¹³⁹.

La reintegrazione attenuata può essere accordata al lavoratore nel caso di licenziamento disciplinare se ricorrono due ipotesi: fatto insussistente oppure se il fatto posto in essere dal lavoratore è sanzionato dal codice disciplinare con una sanzione conservativa. In tutti gli altri casi si paga l'indennità onnicomprensiva. La terza ipotesi riguarda il licenziamento per motivi organizzativi e il legislatore dice che la reintegrazione può essere disposta dal giudice soltanto se si verifica la manifesta insussistenza del fatto del giustificato motivo oggettivo. In tutti gli altri casi non ci sarà reintegra, ma ci sarà il pagamento di un risarcimento.

Per avere presente qual è l'evoluzione del sistema: si è passati da un sistema libero, a un sistema vincolato, a uno vincolato con sanzione reale e infine la legge 92/2012 interviene sulla sanzione del licenziamento illegittimo modulando la stessa e passando ad una sanzione articolata su quattro tipologie che impongono al giudice una riflessione più complessa per passare ad indicare quale delle quattro sanzioni è applicabile. Il problema del licenziamento è l'incertezza e tale difficoltà deve essere misurata anche nella sempre più pervasiva prospettiva economica. Come è stato evidenziato da una parte della dottrina¹⁴⁰, la concezione del lavoro come *property rule* «mal si concilia con il principio della insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con

¹³⁹ P. Ichino, *La riforma dei licenziamenti*, op. cit., 10, con la legge Fornero si è assistito «passaggio da un regime di job property del lavoratore a un regime di liability dell'impresa, nel quale sia protetta la sicurezza economica e professionale di chi deve cercare una nuova occupazione, ma non la sua inamovibilità rispetto al vecchio posto di lavoro».

¹⁴⁰ *Ibidem*.

la stessa regola del giustificato motivo oggettivo», che deve invece essere valutata in termini di responsabilità del datore a fronte del costo cui l'illegittimità del licenziamento lo espone¹⁴¹. In questo contesto deve inserirsi anche la riflessione circa la conformità costituzionale della scelta del legislatore di restringere il campo d'azione della reintegrazione. Alcuni autori¹⁴² sostengono che rientra pienamente nella discrezionalità legislativa la determinazione della sanzione applicabile al licenziamento illegittimo. Sulla stessa linea si era già espressa anche la Corte costituzionale¹⁴³, statuendo che «l'eventuale abrogazione della c.d. tutela reale avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline attualmente in vigore sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento. E neppure, una volta rimosso l'art. 18 della legge n. 300 del 1970, verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi, poiché resterebbe comunque operante nell'ordinamento, anche alla luce dei principi desumibili dalla Carta sociale europea, ratificata e resa esecutiva con legge 9 febbraio 1999, n. 30, la tutela obbligatoria prevista dalla legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificata dalla legge 11 maggio 1990, n. 108».

¹⁴¹ *Ibidem*: «una norma che consente all'obbligato libertà di scelta, responsabilizzandolo in riferimento alle 'esternalità negative', cioè obbligando a indennizzare chi subisca un pregiudizio per effetto della sua scelta».

¹⁴² A.Maresca, op. cit., p. 423; A. Vallebona, op. cit., p. 60; P.Ichino, ult. op. cit., p. 24; M.T.Carinci, op. cit., p. 549; V.Speziale, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P.Chieco (a cura di) *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013, p. 310; M.Ferraresi, op. cit., p. 212.

¹⁴³ C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 46.

Altra dottrina¹⁴⁴ ritiene, invece, determinante sul punto quanto affermato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel 2006¹⁴⁵, che ha sottolineato come il diritto del lavoratore al proprio posto di lavoro subirebbe con la tutela indennitaria una «sostanziale espropriazione».

Va rilevato che anche dalla normativa europea, in particolare la Carta sociale, non è ravvisabile un obbligo ad applicare la sanzione della reintegrazione, bensì richiedono la giustificazione dell'atto e la possibilità di ristoro del danno subito attraverso un indennizzo, purché lo stesso sia «adeguato, effettivo e dissuasivo»¹⁴⁶.

L'impianto sanzionatorio costruito dalla legge n. 92/2012 prevede, come visto, per il licenziamento ingiustificato che il giudice annulli il licenziamento e condanni il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento fino a quella della effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative (*aliunde perceptum*) ovvero quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione (*aliunde percipiendum*). Si tratta, quindi,

¹⁴⁴ M.Barbieri, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in M.Barbieri - D.Dalfino, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013, p. 15; V. inoltre, V.Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 190, 2013, p. 40, secondo l'A. solo attraverso la reintegrazione è possibile la ponderazione tra interessi organizzativi dell'impresa, e l'interesse del lavoratore alla stabilità in quella formazione sociale dove si realizza la sua personalità e la sua esigenza di continuità nel reddito".

¹⁴⁵ Cass. Sez. Un. 10 gennaio 2006, n. 141, *GI*, 2006, 10, 1830, nt. DEL VECCHIO.

¹⁴⁶ Cfr. G.Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, *DLRI*, 2012, p. 623.

di reintegrazione attenuata¹⁴⁷ in quanto l'indennità non può superare le dodici mensilità e, in più, vi è l'incidenza sulla stessa dell'attività, anche potenziale, posta in essere dal lavoratore per un'altra occupazione. Questa attenuazione nella quantificazione dell'indennità risarcitoria non fa venir meno la natura reale di tale sanzione poiché è solamente l'aspetto indennitario ad essere mutato, rispetto all'originaria formulazione dell'art. 18, mentre rimane integro l'ordine reintegratorio del giudice¹⁴⁸.

Per il licenziamento per g.m.o. si pongono due importanti questioni al fine di ricondurre l'illegittimità nel campo della sanzione reale. Infatti, il comma 7 dell'art. 18 non prescrive la stessa in via obbligata al giudice e la ammette nei casi in cui sia accertata la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. Come è stato notato¹⁴⁹, la legge richiede una forma di ingiustificatezza qualificata al fine dell'applicazione della tutela reale, mentre negli altri casi è prevista la sanzione indennitaria. Deve, così, affermarsi che di fronte ad un licenziamento per g.m.o. ingiustificato si apre un sistema binario¹⁵⁰ dovuto alla possibilità della doppia sanzione applicabile a seconda della gravità del livello di ingiustificatezza¹⁵¹.

¹⁴⁷ A.Maresca, op.cit., p. 426; C.Cester, op. cit., p. 67; M.Barbieri, op.cit., p. 20.

¹⁴⁸ V. A.Vallebona, op. cit., p. 60, secondo cui "si tratta di una vera e propria tutela reale ed è sbagliato parlare di tutela depotenziata o ridotta". Per l'A. semmai è il regime risarcitorio ad aver subito un'attenuazione; O.Mazzotta, I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in M. Cinelli-G. Ferrero-O. Mazzotta (a cura di), op. cit., p. 238, il quale afferma che: "si tratta pur sempre di una tutela reintegratoria, ma con un ricostruzione solo parziale della continuità del rapporto".

¹⁴⁹ A.Vallebona, La riforma del lavoro cit., p. 56.

¹⁵⁰ V.V.Speziale, La riforma del licenziamento individuale cit., p. 34.

¹⁵¹ V.P.Albi, op. cit., p. 276; A.Topo, Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo cit., p. 161.

Diviene, così, determinate individuare la definizione di manifesta insussistenza al fine dell'applicazione della tutela reale¹⁵². Se un Autore¹⁵³ definisce tal espressione come «un infortunio linguistico del legislatore, che richiama la 'manifesta infondatezza' del giudizio di costituzionalità, che è ipotesi del tutto diversa», va rilevato che essa dovrebbe concretarsi in una evidente inesistenza del fatto posto a base del licenziamento¹⁵⁴. Parte della dottrina ritiene irrilevante la qualificazione del fatto, in quanto il suo non realizzarsi nella realtà fenomenica, ne esclude altresì la qualificazione¹⁵⁵; altra parte ritiene utile la specificazione del legislatore per sottolineare, sul piano dell'illegittimità, anche la pretestuosità del licenziamento¹⁵⁶. Altra parte ancora¹⁵⁷ valorizzano l'espressione sul piano della prova dato che

¹⁵² V. G.Santoro-Passarelli, op. cit., p. 11.

¹⁵³ V. Speciale, op. cit.

¹⁵⁴ V. C.Cester, op. cit., p. 33, che fa coincidere l'espressione con l'inesistenza del fatto.

¹⁵⁵ V. A.Maresca, op. cit., p. 443; V. Speciale, Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo cit., p. 351, che afferma che "un fatto sussiste o non sussiste e non è possibile ipotizzare alcuna differenza tra 'insussistenza' e 'manifesta insussistenza', [...] per cui il valore semantico di tale espressione dal punto di vista sostanziale ha poco senso." Nello stesso senso v. inoltre M.T.Carinci, op. cit., p. 560.

¹⁵⁶ V. A.Vallebona, op. cit., p. 58, che ritiene integrata la "manifesta insussistenza del fatto" davanti al "torto marcio del datore di lavoro". Sulla stessa linea cfr. Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013, n. 767, il "concetto di insussistenza 'manifesta' impone all'interprete di cogliere con criteri soggettivi e temporali il senso della disposizione, che evidentemente intende sanzionare con maggior rigore un comportamento datoriale non solo illegittimo, ma particolarmente grave, che per questo lo obbliga al ripristino del rapporto e non solo al pagamento dell'indennità risarcitoria. Se questo è il senso della disposizione, la 'evidenza' della illegittimità del recesso non può che rapportarsi alla posizione ed al punto di vista nonché alle conoscenze datoriali, quali erano all'atto del licenziamento".

¹⁵⁷ V. F.Carinci, Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 172, 2013, p. 49; C.Cester, op. cit., p. 28.

l'illegittimità del licenziamento appare così evidente da non richiedere un'approfondita istruttoria da parte del giudice.

Dalle molteplici posizioni emerse, è chiaro che l'espressione introdotta dal legislatore può determinare difficoltà applicative al fine di riscontrare la manifesta insussistenza del fatto e di accordare la tutela reale¹⁵⁸. Oltre al significato da attribuire all'attributo di insussistenza, notevoli dubbi ha suscitato anche il termine fatto. Da un lato, si è sostenuto che il fatto vada inteso come fatto materiale¹⁵⁹ e, di conseguenza, l'insussistenza deve essere accertata sul piano fenomenico: in mancanza di realizzazione della situazione esistente, viene meno il fatto posto a base del licenziamento. Altri Autori hanno, invece, ritenuto importante la qualificazione del fatto come fatto giuridico, comprendente gli elementi che compongono la fattispecie del giustificato motivo oggettivo¹⁶⁰. Affinché il fatto sia sussistente è, così, richiesta l'esistenza di tutti gli elementi che compongono la fattispecie del g.m.o.: ragioni economiche od organizzative, nesso di causalità e obbligo di *repechage*.

¹⁵⁸ V. F.Carinci, Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro, *LG*, 2012, p. 529; P. Albi, op. cit., p. 270; V.Speziale, op. cit., p. 560.

¹⁵⁹ V. A.Maresca, op. cit., p. 432; A.Vallebona, L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori, *DRI*, 2012, 623; M.Marazza, L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori, *ADL*, n.3, 2012, 612.

¹⁶⁰ V. V.Speziale, La riforma del licenziamento cit., p. 522; F.Carinci, Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente osservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012) *ADL*, n. 4, 2012; A.Perulli, Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art.18 Stat. Lav. Ratio e aporie dei concetti normativi, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 785.

Un ultimo aspetto da chiarire è il valore del “può” che il legislatore attribuisce al giudice. Molti autori ritengono che tale espressione non consenta al giudice alcuna scelta alternativa tra la tutela reale e tutela indennitaria, dovendo applicare in presenza della manifesta insussistenza del fatto sempre e comunque la tutela reale¹⁶¹. A questa tesi ha aderito una giurisprudenza di merito¹⁶², rilevando che «‘la manifesta insussistenza’ debba essere riletta alla luce del dettato costituzionale che pone il lavoro a fondamento della Repubblica e dell’effettiva partecipazione alla vita sociale dei cittadini ai sensi degli artt. 1, 2, 3, 4, 35, 36, 37, 38, 39, 40 e 41 Cost. Pertanto l’apparente discrezionalità del Giudice, sottesa al predicato verbale utilizzato dalla normativa ordinaria “può”, non consente affatto al Giudice di individuare un rimedio alternativo alla reintegrazione del lavoratore nel precedente posto di lavoro, trattandosi questa, infatti, della soluzione ideale a cui tende la Carta Costituzionale e a cui, conseguentemente, deve essere vincolato il Giudice in mancanza di chiare e precise indicazioni di segno opposto da parte del legislatore».

Altra parte della dottrina¹⁶³ ritiene, invece, ben possibile la scelta del giudice sulla sanzione da applicare tra reintegrazione e indennità risarcitoria. Tesi

¹⁶¹ V. G.Santoro-Passarelli, op. cit., p. 71; C.Cester, op. cit., p. 33, che evidenzia che “nei casi di assoluta pretestuosità del licenziamento è davvero assurdo lasciare discrezionalità al giudice”; A.Topo, Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in C.Cester, op. cit., p. 163; V. A.Maresca, op. cit., p. 433; v. infine V.Speziale, La riforma die licenziamenti individuali cit., p. 40.

¹⁶² Trib. di Foggia 11 settembre 2013.

¹⁶³ V. M.Ferraresi, op.cit., p. 147, secondo cui la disposizione va letta alla luce della ratio dell’intera riforma per cui “il legislatore ha inteso rendere marginale la tutela reintegratoria per i licenziamenti per g. m.o., lasciandola sussistere per le ipotesi di illegittimità più direttamente configgenti con beni della persona del lavoratore come tale”. P.Ichino, La riforma

accolta da altra giurisprudenza di merito¹⁶⁴, che ha rilevato che «il ristoro del recesso illegittimo non è altro che il risarcimento per inadempimento contrattuale, ed alla luce della giurisprudenza di legittimità deve ritenersi che il ristoro del diritto leso debba avvenire - ove possibile e non eccessivamente oneroso per il debitore - in forma specifica, per la regola generale dettata in materia dell'art. 2058 cod. civ.; regola che il diritto del prestatore di lavoro è stata ribadita da Cass. Sez. Unite n. 141 del 2006. [Tale principio] può applicarsi nel pur mutato contesto dell'art. 42 legge 92/2012, almeno la dove la legge conservi la possibilità ai giudici di scegliere tra tutela reintegratoria ed indennitaria».

Va rilevato che l'adattamento della sanzione applicabile al caso di specie e il restringimento del campo d'azione della reintegrazione sono pienamente

dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori, cit., p. 18, il quale ritiene che "il legislatore affida alla discrezionalità del giudice la scelta della sanzione perché soltanto il giudice può valutare, in ciascun caso concreto, se la mancanza di alcuna evidenza della perdita attesa indicata dall'imprenditore possa o no considerarsi indizio di un motivo illecito del licenziamento". V. anche A.Vallebona, op. cit., p. 58. secondo cui "nel licenziamento per g.m.o. l'accertamento della manifesta insussistenza del fatto, costituisce solo il necessario presupposto per l'eventuale esercizio in tal senso della equità integrativa del giudice". V. Speciale, Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo cit., p. 347, afferma che "la ricostruzione del contratto di lavoro è facoltativa e mai obbligatoria per il magistrato". Dello stesso avviso C.Ponterio, Il licenziamento per motivi economici, in F.Amato-R.Sanlorenzo (a cura di), La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata, in www.magistraturademocratica.it, p. 143. L'A. parla esplicitamente di "reintegra facoltativa" e secondo lui "la disposizione attribuisce al giudice un potere assolutamente discrezionale e non pare siano fondati i tentativi di attribuire al termine 'può' il significato di un vincolo per il giudice, al solo fine di non alterare l'immagine di un sistema in cui le condizioni per la reintegra siano tassative".

¹⁶⁴ Trib. di Reggio Calabria 3 giugno, n. 767.

coerenti la *ratio legis* della riforma del 2012, ponendo la reintegrazione come eccezione alla regola¹⁶⁵.

2.3. Sanzione indennitaria e ripetizione in caso di riforma dell'illegittimità del licenziamento

Qualora il licenziamento sia illegittimo, ma non si sia in presenza di una manifesta insussistenza del fatto posto a base dello stesso, il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo. Con tale previsione il legislatore fa salvo l'effetto tipico dell'atto imperfetto: infatti, malgrado il licenziamento sia illegittimo, quindi intimato in violazione di una norma imperativa e, di conseguenza, nullo, produce il medesimo effetto estintivo del licenziamento legittimo. La sanzione indennitaria salva, così, gli effetti dell'atto e produce l'estinzione del rapporto, addebitando al datore di lavoro una sanzione di tipo economico.

L'indennità ha natura onnicomprensiva e, quindi, copre anche il risarcimento del danno subito dal lavoratore. Su questo aspetto, merita un

¹⁶⁵ V. A.Vallebona op. cit., p. 59. Id., (a cura di), L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, p. 105.

approfondimento il caso di un licenziamento dapprima dichiarato illegittimo e, nei successivi gradi di giudizio, riscontrato come legittimo.

Con la sentenza 23 aprile 2018, n. 86, la Consulta ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 18, comma 4, l. n. 300/1970, con riferimento all'art. 3, comma 1, Cost., nella parte in cui attribuisce natura risarcitoria, anziché retributiva, alle somme di danaro che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere in relazione al periodo intercorrente dalla pronuncia di annullamento del licenziamento e di condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro provvisoriamente esecutiva fino all'effettiva ripresa dell'attività lavorativa o fino alla pronuncia di riforma della prima. Con tale decisione, la Corte costituzionale ha, così, statuito, sulla linea del legislatore, la natura risarcitoria dell'indennità prevista a seguito di licenziamento illegittimo, derivandone, in caso di riforma della sentenza del primo giudice, la ripetizione delle somme indebitamente percepite a titolo di risarcimento del danno.

Ecco, dunque, il profilarsi di una questione di primario interesse concernente la natura risarcitoria e non retributiva dell'indennità collegata alla reintegrazione. Questione non nuova, in quanto già presente nella prima formulazione dell'art. 18, ove nel secondo comma, veniva previsto il diritto del lavoratore al risarcimento del danno subito per il licenziamento¹⁶⁶.

Occorre evidenziare che la riforma Fornero (l. n. 92/2012), modulando le sanzioni del licenziamento in base alla sua qualificazione¹⁶⁷, ha previsto che

¹⁶⁶ Cfr. M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, 1979, 130 ss.

¹⁶⁷ V. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, RIDL, I, 2012, 415 ss.

l'indennità risarcitoria *ex art. 18, comma 4*, decorra dalla data del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto *l'aliunde perceptum* e *l'aliunde percipiendum*. Da qui, il porsi della questione di costituzionalità che ha ritenuto che la natura risarcitoria di tale indennità «determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento, sotto il profilo della ripetibilità delle somme corrisposte a tale titolo, tra il datore di lavoro che ottemperi all'ordine di reintegra e il datore di lavoro inadempiente rispetto a tale ordine, che si limiti a versare la retribuzione a titolo risarcitorio, "scommettendo" con ciò sulla sua ripetibilità».

È bene, quindi, riflettere sulla sanzione che il legislatore intende ricollegare all'illegittimità del licenziamento e sugli effetti legati alla reintegrazione. Sulla scorta di una antica, ma sempre sagace dottrina, vale la pena richiamare la distinzione prospettata tra diritto primario e diritto secondario¹⁶⁸ del lavoratore con riferimento alla conservazione del posto di lavoro¹⁶⁹. Infatti, la reintegrazione rappresenta il diritto (primario) del lavoratore a seguito dell'illegittimità del licenziamento, mentre l'indennità discende dall'atto illegittimo «e si colloca, di conseguenza, in una dimensione prettamente risarcitoria» (diritto secondario). Questa distinzione si dimostra utile con riferimento alla fattispecie dell'art. 18, comma 4, oggi vigente. È, infatti, possibile rilevare nella norma un nesso tra il risarcimento e l'invalidità del licenziamento: in quanto solamente in presenza dell'illecito – licenziamento

¹⁶⁸ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976, 271, per riferimenti sistematici nt. 53: «si intende alludere alla *summa divisio* tra diritto derivante da norma inderogabile ("*diritto primario*") e diritto di natura patrimoniale conseguente alla violazione del precetto imperativo ("*diritto secondario*")».

¹⁶⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 284.

ingiustificato ovvero sproporzionato – sorge, in capo al datore, l'obbligazione risarcitoria¹⁷⁰.

Ora, la sanzione che il legislatore prevede è, così, composta della reintegrazione e del risarcimento del danno, danno che deriva dalla lesione del diritto alla conservazione del posto di lavoro a seguito dell'illecito utilizzo della facoltà di recesso del datore di lavoro.

Se, dunque, l'illiceità del licenziamento è condizione indispensabile per l'applicazione della sanzione da parte del giudice, al venir meno della stessa – ad esempio a seguito di riforma della sentenza – corrisponde il venir meno della sanzione: pertanto, il lavoratore reintegrato cesserà dal lavoro, in quanto il rapporto si è estinto, e dovrà ripetere le somme avute a titolo risarcimento, poiché è venuto a mancare il fatto illecito fonte dell'obbligazione risarcitoria (art. 2033 c.c.)¹⁷¹. Il datore non avrà, però, diritto alla ripetizione della retribuzione corrisposta per le prestazioni rese a seguito di reintegrazione, dato il sussistere del sinallagma contrattuale ed il relativo adempimento dell'obbligazione di *facere* del lavoratore.

Descritta sin qui la situazione fisiologica dinnanzi ad un datore che ottempera all'ordine di reintegrazione, corrisponde l'indennità risarcitoria e, quindi, la retribuzione a seguito della continuazione del rapporto, bisogna

¹⁷⁰ Come puntualizza U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, 1991, 104, la categoria del fatto illecito come fonte di obbligazione si caratterizza per «la nascita di un'obbligazione primaria (ossia: non sostitutiva di altra già inadempita) che ha per oggetto il risarcimento dei danni».

¹⁷¹ Come ben puntualizza F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2015, 708, nel «l'ipotesi del c.d. *indebitio oggettivo* il debito non è mai esistito».

interrogarsi sulla questione concernente la mancata reintegrazione e sul confine tra natura risarcitoria e natura retributiva dell'indennità.

Occorre rilevare, come noto, che l'ordine di reintegrazione è caratterizzato «dal dogma dell'incoercibilità delle obbligazioni di fare»¹⁷², risultando, così, esclusa l'esecuzione forzata e possibile soltanto l'esecuzione per coazione. Di guisa che alla mancata reintegrazione corrisponde la *mora credendi* del datore¹⁷³.

Va, qui, aggiunto che, a differenza della versione originaria dell'art. 18, il legislatore del 2012 ha previsto che l'indennità risarcitoria, di cui al comma 4, decorra dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione. Risulta evidente che l'adempimento del datore all'ordine del giudice incide sul l'effettivo tē della reintegrazione, sicché la sua mancata cooperazione impedisce la soddisfazione del diritto primario del lavoratore.

Ora, nella sentenza richiamata, la Consulta ben chiarisce che la natura retributiva dell'obbligazione pecuniaria corrisposta dal datore ha luogo soltanto quando la prestazione trova esecuzione¹⁷⁴. E ciò ha senso anche se si pensa allo sciopero: il rapporto risulta sospeso sia nel *facere* del lavoratore che

¹⁷² G. PERA, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e licenziamento secondo lo statuto dei lavoratori*, RTDPC, 1971, 1267, ora in *Scritti di Giuseppe Pera. Diritto previdenziale. Diritto processuale*, vol. III, Giuffrè, 2007, 2063.

¹⁷³ Sul tema si è espressa, nel passato, autorevolissima dottrina, cui si rinvia per riferimenti specifici al più recente studio di V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992, *passim*.

¹⁷⁴ In ossequio alla tesi di L. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti in onore di Scialoja*, IV, Zanichelli, 1953, 283: *opere praeteritae sunt peritae*.

per l'obbligazione retributiva del datore, considerata la mancata esecuzione della prestazione ovvero la non proficua ricezione della stessa¹⁷⁵.

Con riferimento alla mancata reintegrazione, la Corte costituzionale afferma che, in tal caso, «se è pur vero, quindi, che l'ordine di reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato ripristina, sul piano giuridico, la *lex contractus*, ciò non è vero anche sul piano fattuale, poiché la concreta attuazione di quell'ordine non può prescindere dalla collaborazione del datore di lavoro, avendo ad oggetto un *facere* infungibile. Per cui, ove il datore di lavoro non ottemperi all'ordine di reintegrazione, tale suo comportamento, riconducibile ad una fattispecie di illecito istantaneo ad effetti permanenti, perpetuerebbe le conseguenze dannose del licenziamento intimato *contra ius*, da cui propriamente deriva una obbligazione risarcitoria del danno stesso da parte del datore nei confronti del dipendente non reintegrato». La distinzione tra piano giuridico e piano fattuale appare alquanto imprecisa dato che si tratta, in ogni caso, di fatti che determinano un evento giuridico¹⁷⁶ e che quindi assumono rilevanza nella sfera giuridica dei soggetti coinvolti nel rapporto di

¹⁷⁵ Cfr., *e pluribus*, Cass. 13 gennaio 1988, n. 150, *OGL*, 1988, 1, 13, che specifica, però, come «nel caso di sciopero parziale, il rifiuto, da parte del datore di lavoro, della prestazione lavorativa offerta dal lavoratore non scioperante è giustificato - con le conseguenze dell'esonero dell'imprenditore dagli effetti della *mora accipiendi* e della legittimità del mancato pagamento della retribuzione - non dalla mancanza di convenienza economica di detta prestazione lavorativa, o dall'inopportunità del funzionamento parziale dell'impianto, bensì dall'assoluta impossibilità di utilizzare in qualsiasi modo la prestazione stessa, atteso che riconoscere all'imprenditore la possibilità, di fronte allo sciopero di parte dei propri dipendenti, di rifiutare per mere ragioni organizzative aziendali la prestazione dei lavoratori non scioperanti comporterebbe, in sostanza, la legittimazione di un diritto di serrata, che non è ammesso dall'ordinamento quale causa giustificatrice della sospensione del rapporto di lavoro e del rifiuto della retribuzione contrattualmente prevista».

¹⁷⁶ Come insegna F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 2012, 103.

lavoro. Semmai, si potrebbe distinguere tra adempimento e mora del datore all'ordine di reintegrazione e domandarsi se la *lex contractus* sussista in entrambi i casi o venga meno nella fattispecie della *mora accipiendi*.

Come nota Speziale¹⁷⁷, «nel caso in cui il datore non consente al dipendente l'ingresso in azienda – tipico atto di cooperazione antecedente all'esecuzione della prestazione lavorativa – ne deriva un'impossibilità di svolgimento del lavoro nel tempo prefissato (ad es. l'inizio dell'orario di lavoro) che – se si accede alla teoria delle *operae praeteritae sunt peritae* – è sicuramente definitiva e rende possibile l'offerta di una prestazione ormai non più eseguibile tardivamente e quindi tecnicamente non idonea a costituire in mora il creditore». Sennonché, le *operae peritae* non escludono l'eseguibilità di quelle future, «purché, ovviamente, il creditore conservi l'interesse al ricevimento di queste *operae*»¹⁷⁸. L'elemento scriminante, dunque, per la sussistenza o meno del sinallagma si rivela essere l'interesse del datore al conseguimento delle prestazioni, sicché in sua assenza l'obbligazione lavorativa è da ritenersi estinta ex art. 1256, comma 2, c.c. Anche se tale unidirezionale interesse, nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, potrebbe rilevare una fattispecie di abuso e, dunque, non sembra possibile ritenere estinta l'obbligazione e il relativo contratto.

Seguendo la confusa interpretazione della Corte, la questione può così affrontarsi: 1) sussisteva un contratto di lavoro tra le parti; 2) tale contratto si

¹⁷⁷ V. SPEZIALE, *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, DLRI, 2014, I, 698. Lo stesso A. (700 ss.) prospetta il superamento della tesi delle *operae peritae* attraverso la considerazione del carattere elastico della produzione e delle clausole di recupero della prestazione previste dai contratti collettivi.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

è estinto a seguito del licenziamento; 3) il licenziamento è dichiarato illegittimo e viene ordinata la reintegrazione; 4) il contratto “rivive” solo se: a) il datore reintegra effettivamente il lavoratore; b) il lavoratore non chiede l’indennità sostitutiva; 5) nel caso *sub* 4a) seguirà il pagamento di una indennità risarcitoria data l’assenza in via di fatto della *lex contractus*.

Occorre constatare che con la sentenza che dichiara illegittimo il licenziamento ed impone la relativa sanzione - nell’ipotesi dell’art. 18, comma 4, reintegrazione e indennità risarcitoria - il rapporto di lavoro viene ripristinato *ex tunc* e, dunque, sul piano giuridico si torna allo *status quo ante*. Naturalmente, il piano fattuale deve conformarsi a quello giuridico da qui la sanzione al licenziamento illegittimo: reintegrazione ed indennità risarcitoria¹⁷⁹. Questi due elementi appartengono alla sanzione che la legge (art. 18, comma 4) prevede a fronte dell’illegittimità del licenziamento e li prevede *in ogni caso: sia* che il datore ottemperi alla sentenza *sia* che lo stesso resti inadempiente.

Dunque, la *lex contractus*, in virtù del ripristino del rapporto dalla data del licenziamento, non viene certo meno a seguito della mora *accipiendi*¹⁸⁰

¹⁷⁹ Come evidenziava M. D’ANTONA, *op. cit.*, 140: «la “continuità” del rapporto di lavoro è in primo luogo l’insieme dei rimedi con cui il diritto reagisce alla contraddizione tra lo stato di cose prodotto dal licenziamento e la persistente validità dei diritti e degli obblighi delle parti. Nessuno di questi rimedi ha il potere di cancellare ciò che è stato, ma, nel loro insieme appunto, essi tendono a riportare il lavoratore in una situazione (patrimoniale e reale) *quanto più vicina* a quella in cui si sarebbe trovato se il licenziamento ingiusto non fosse mai stato inflitto».

¹⁸⁰ Nota U. BRECCIA, *op. cit.*, 425, che gli effetti dell’art. 1207 c.c. «tutelano il debitore ma presuppongono la persistenza dell’obbligazione». Sulla stessa linea la giurisprudenza, cfr. Cass., II sez. civ., 13 gennaio 1995, n. 367, *GI*, 1995, I, 1856, nt. CAVALIERE. Il che rende arduo, almeno secondo logica, concordare con la tesi che l’inottemperanza del datore all’ordine di reintegrazione renda inapplicabile la *lex contractus*.

all'ordine di reintegrazione o al pagamento dell'indennità risarcitoria. In quest'ipotesi, infatti, il datore viene messo in mora e l'esecuzione può aver luogo per coazione (reintegrazione) o in via forzata (indennità).

Può sorgere, qui, un fraintendimento legato alla previsione dell'art. 18, comma 4, che limita in ogni caso l'indennità risarcitoria ad un massimo di dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Si potrebbe sostenere, sulla scorta del giudice rimettente, che a seguito della mora del datore all'ordine di reintegrazione, il risarcimento non potrebbe superare tal limite.

C'è da rilevare che il danno derivante dalla mora *ex art.* 1207, comma 2, c.c. è cosa diversa dal danno prodotto dal licenziamento illegittimo. Sicché, il limite massimo delle dodici mensilità che la norma prescrive è riferibile unicamente alla fattispecie di danno¹⁸¹ decorrente dal licenziamento alla sentenza del giudice, vale a dire a quando la reintegrazione diviene effettiva in virtù del comando dell'autorità giudiziaria¹⁸². L'inottemperanza a questo comando produce al lavoratore un danno ulteriore e distinto derivante dalla fattispecie della mora *credendi* e, pertanto, slegato dal limite massimo delle dodici mensilità e corrispondente a tutte le retribuzioni a cui il lavoratore ha diritto finché non ritornerà sul suo posto di lavoro.

¹⁸¹ Come notava M. D'ANTONA, *op. cit.*, 141, il termine più ampio, rispetto a quello di retribuzione, di risarcimento del danno corrisponde a «tanti significati quante sono le qualificazioni giuridiche che possono essere attribuite alla vicenda del licenziamento in base alla fattispecie di obblighi diversi che il licenziamento lede».

¹⁸² Rileva giustamente A. MARESCA, *op. cit.*, 430, che «perché si realizzi la reintegrazione non occorre la volontà del datore di lavoro o la sua cooperazione che, invece, sono necessari per la riammissione in “servizio attivo” del lavoratore che è cosa diversa dalla reintegrazione. Il tetto massimo delle dodici indennità risarcitoria copre, quindi, il periodo che va dal licenziamento e si conclude con la sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro».

3. La riforma del Jobs Act

Con la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 vengono dettati i criteri guida¹⁸³ dei decreti attuativi della riforma del lavoro e del mercato del lavoro che ha assunto il comune denominativo di Jobs Act. Punto importante di tale riforma è rappresentato, come noto, dall'incentivazione all'utilizzo del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per il tramite di un'apertura alla flessibilità in uscita. Tale flessibilità viene realizzata con il contratto a tutele crescenti: non una nuova tipologia contrattuale, bensì una diversa disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo che mira, da un lato, a confermare l'impianto avviato con la legge Fornero e, dall'altro, ad assicurare la certezza¹⁸⁴ del costo dell'illegittimità del licenziamento quantificando la stessa in relazione all'anzianità di servizio del lavoratore.

¹⁸³ U. Romagnoli, Tra sperimentazione e rottamazione, in M.Rusciano-L.Zoppoli (a cura di), Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 3, 2014, p. 8 - 9.

¹⁸⁴ A. Maresca, Il licenziamento ingiustificato: dalla reintegrazione alle tutele economiche crescenti, in F.Carinci (a cura di) La politica del lavoro del Governo Renzi - Atti del X Seminario di Bertinoro - Bologna del 23-24 ottobre 2014, Adapt Labour Studies, e-book series n. 40 Adapt University Press, 2015, 559-560, "la modifica dell'art. 18 voluta dal legislatore del 2012 dimostra di non possedere l'efficacia necessaria a dare alle imprese quella sicurezza in ordine alle conseguenze del licenziamento ingiustificato che avrebbe dovuto concorrere ad invertire la tendenza delle stesse imprese alla fuga dal contratto a tempo indeterminato". V., anche, M. Magnani, Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 256, 2015, 3: "il decreto attuativo segue la strada della modifica o del perfezionamento della legge Fornero a poco più di due anni dalla sua applicazione, sul presupposto che essa, frutto di un evidente compromesso politico, non abbia dato gli esiti sperati, in termini non solo di certezza, ma neppure di equità".

Il legislatore vuole, così, creare un sistema applicativo certo e non alterabile, determinando l'eventuale sanzione al possibile vizio del licenziamento sin dalla determinazione del titolare a porre in essere il recesso. Si vuole superare l'incertezza applicativa che si era succeduta alla legge del 2012 e muoversi in una logica più affine al continuo mutamento del mercato economico¹⁸⁵.

In questo contesto, il legislatore opera una scelta chiara: la reintegrazione del lavoratore viene confinata ai casi di illegittimità più gravi e la sanzione comune diviene quella indennitaria con una quantificazione dell'indennità pari a due mensilità per ciascun anno di servizio del lavoratore fino ad un massimo, inizialmente di 24 mensilità, ora di 36. Si favorisce in tal modo la flessibilità in uscita del lavoratore, cui, nell'ottica del legislatore, dovrebbero accompagnarsi una serie di politiche attive e passive di lavoro al fine di ricollocare il lavoratore sul mercato, registrandosi così un aumento dell'occupazione e dell'impiego dei lavoratori¹⁸⁶.

In quest'ottica, è stato osservato¹⁸⁷ che si assiste ad un mutamento del sistema valori del diritto del lavoro con una tutela che si va spostando dal

¹⁸⁵ M.Del Conte, Premesse e prospettive del Jobs Act, in DRI, n. 4, 2015, p. 950, "alla complessità del quadro complessivo uscito dalla riforma in materia di licenziamenti è conseguita, come prevedibile, una grande incertezza interpretativa da parte della giurisprudenza, all'interno della quale si sono formati orientamenti opposti, con l'effetto di rendere il licenziamento individuale ancora più problematico di quanto non fosse prima della riforma".

¹⁸⁶ Critica sul punto M.T.Carinci, All'insegna della flessibilità, in M.T.Carinci-A.Tursi (a cura di), Jobs Act, il contratto a tutele crescenti, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3.

¹⁸⁷ A.Perulli, Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?, in L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), Contratto a tutele crescenti e Naspi - Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23, Giappichelli, Torino, 2015, p. 9-10.

lavoro al mercato, con effetti ancora non chiari se non quello della riduzione del campo delle tutele previste dallo Statuto dei lavoratori.

Molteplice gli interventi dottrinali sulla riforma, che si dividono tra assertori¹⁸⁸, che ne valorizzano il possibile impatto e la discrezionalità legislativa, e detrattori¹⁸⁹, che ne criticano invece l'impianto di base¹⁹⁰.

L'obiettivo del legislatore è stato quello di aumentare l'occupazione, prevedendo per gli assunti a partire dal 7 marzo 2015 l'applicazione del contratto a tutele crescenti e, quindi, del nuovo regime sanzionatorio per il licenziamento illegittimo. Tale intervento è stato incentivato attraverso una decontribuzione fiscale per i primi tre anni di impiego secondo l'art. 1, comma 122, della legge 23 dicembre 2014, n. 190.

Quello che, per ora, appare certo è il moltiplicarsi delle regole e la netta distinzione del regime sanzionatorio applicabile a seconda della data di assunzione del lavoratore, aspetto che la giurisprudenza non ha mancato di evidenziare e che ha trovato sistemazione solamente con la pronuncia della

¹⁸⁸ A.Maresca, op. cit. p. 560; P.Ichino, La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali, in Riv. it. dir. lav., 2015, I, p. 210-211; v. inoltre, L.Fiorillo, La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo, in Fiorillo L. - Perulli A., Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23, Giappichelli, Torino, 2015, p. 124; M.Del Conte, Premesse e prospettive del Jobs Act, in M.Tiraboschi (a cura di), Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act, Giuffrè, Milano, 2015, p. 13; A.Tursi, Dalla riforma dell'art. 18 al Jobs Act. Riproposizione o ricomposizione della frattura tra il legislatore e i suoi interpreti?, in M.T.Carinci-A.Tursi (a cura di), Jobs Act, il contratto a tutele crescenti, Giappichelli, Torino, 2015, p. 24.

¹⁸⁹ F.Scarpelli, op. cit., p. 4-5; V.Speziale, ult. op. cit., p. 2; A.Perulli, op. cit., p. 4. Cfr. inoltre, M.T.Carinci, op. cit., p. 8

¹⁹⁰ Per un confronto tra le due posizioni, v. V.Speziale e P.Ichino, Dialogo tra giuslavoristi sugli effetti della riforma del lavoro, in www.pietroichino.it, 2016.

Corte costituzionale 8 novembre 2018, n. 194, che ha inciso, come si vedrà, anche sul meccanismo posto a base delle tutele crescenti.

3.1. Il regime sanzionatorio

Sebbene il d.lgs. n. 23/2015 si ponga in linea di continuità con la riforma del 2012, introduce alcune novità in tema di sanzione applicabile al licenziamento per g.m.o. e collettivo illegittimo. Per questi casi, infatti, è esclusa la reintegrazione, bensì trova applicazione la sanzione indennitaria (non più onnicomprensiva) calcolata in base all'anzianità di servizio del lavoratore da 6 a 36 mensilità, dopo l'intervento modificativo del decreto dignità (d.l. n. 87/2018).

L'indennità diviene, così, la regola¹⁹¹, andando a sostituire l'impostazione originaria della tutela al licenziamento illegittimo contenuta nell'art. 18. Il rapporto viene così dichiarato risolto dal giudice, che convalida il recesso datoriale, ed irroga la sanzione al datore di lavoro. Se, dunque, dal lato del giudice non si assiste più alla scelta della sanzione applicabile tra reintegrazione e indennità, bensì ne consegue un automatismo tra licenziamento ingiustificato e indennità, dall'altro si ottiene il passaggio dalla nullità dell'atto alla sua irregolarità.

I due istituti hanno una portata diversa all'interno dell'ordinamento: la prima, infatti, produce l'inefficacia dell'atto *ab origine*; la seconda, invece, pur

¹⁹¹ M. Barbieri, Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo, in M.T.Carinci-A.Tursi (a cura di), Jobs Act, il contratto a tutele crescenti, Giappichelli, Torino, 2015, p. 106.

rilevando il discostamento tra fattispecie concreta e fattispecie astratta ne fa salvo l'effetto tipico: vale a dire l'estinzione del rapporto.

L'atto è, così, irregolare poiché il legislatore non decide di ricondurre l'inefficacia allo stesso, bensì irroga solamente una sanzione. Vi è, quindi, una valutazione del legislatore ispirata al criterio della convenienza: l'operazione posta in essere, seppur irregolare, ha rappresentato un costo che la politica legislativa ritiene più appropriato conservare che aggravare. In quest'ottica un ruolo importante è rappresentato anche dalla certezza del *quantum* sanzionatorio, secondo il meccanismo automatico tra anzianità e indennità.

Viene meno così la stabilità reale del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato¹⁹², che diviene sanzione residuale ed irrogata in presenza di illegittimità dovute a discriminazione, espressa nullità, forma orale, mancata disabilità psico-fisica del lavoratore, diretta prova della manifesta insussistenza del fatto contestato. È, quindi, solo in presenza di situazioni gravi che trova luogo la reintegrazione nel posto di lavoro; per i casi più frequenti di ingiustificatezza del licenziamento ha luogo la sanzione indennitaria. Va evidenziato che rispetto alla legge del 2012 il legislatore non qualifica la natura di tale indennità né come sanzionatoria né come risarcitoria od onnicomprensiva. Su tutta questa impostazione, deve però vedersi l'importante intervento della Consulta che ha modificato l'impianto di fondo del sistema.

¹⁹² E.Balletti, I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto, Relazione al XIX Congresso A.I.D.La.S.S., Napoli, 16-17 giugno 2016, in www.aidlass.it

3.2. L'incostituzionalità del meccanismo e l'attuale incertezza dei criteri di calcolo

Appare interessante confrontare la pronuncia 194/2018 della Corte costituzionale con alcune delle prime pronunce di merito che ne sono conseguite al fine di analizzare, anche sul piano applicativo, le statuizioni della Consulta.

Si ritiene utile confrontare le statuizioni della Corte costituzionale con le prime pronunce di merito che ne sono derivate, al fine di valutarne anche le ricadute applicative.

L'ordinanza e la sentenza del Tribunale di Cosenza del 20 gennaio 2019 intervengono, tra le prime¹⁹³, sulla determinazione dell'indennità a fronte di licenziamento ingiustificato ex art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015, come emendato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 194/2018¹⁹⁴.

¹⁹³V., anche, T. Bari 11 ottobre 2018, n. 43328, *D&G*, 26 ottobre 2018; T. Genova 11 novembre 2018, *MGL*, 2018, II, 233 ss., nt. INGRAO; T. Roma 23 novembre 2018, inedita a quanto consta; T. Alessandria 29 novembre 2018, n. 281, *ilGiuslavorista*, 6 maggio 2019, nt. APA; T. Sassari 29 gennaio 2019, inedita a quanto consta; T. Napoli 26 febbraio 2019, n. 1366, *BA*, n. 17/2019.

¹⁹⁴M.T.CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel "Jobs Act": una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, *RIDL*, 2018, II, 1059 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, *DLM*, 2018, III, 634 ss.; M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, *MGL*, 2018, I, 39 ss.; P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, *RIDL*, 2018, II, 1050 ss.; C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, *MGL*, 2018, I, 149 ss.; G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte Costituzionale*, *MGL*, 2018, I, 197 ss.; SIGILLÒ MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della Corte Costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, *MGL*, 2018, I, 149 ss.; A. VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, *MGL*, 2018, II, 251 ss.; C. CESTER, *Il "Jobs Act"*

In particolare, il giudice affronta due diverse fattispecie: nella prima, a seguito dell'istruttoria svolta, risulta carente la sussistenza della riorganizzazione aziendale ai fini del licenziamento per giustificato motivo oggettivo in quanto non è stata specificata nella lettera di recesso «la decisione organizzativa (oggettivamente verificabile)» che ha determinato il riassetto aziendale e, di conseguenza, l'estromissione del dipendente; nella seconda, a seguito di un licenziamento disciplinare in un'impresa con meno di quindici dipendenti, emerge la genericità e l'indeterminatezza della contestazione in quanto la lettera, seppure individuando «fatti teoricamente censurabili disciplinarmente», manca di circoscrivere «le modalità temporali di detti fatti, non indica[ndo] cioè quando dette condotte si sono realizzate, quando i contestati ritardi si sono verificati e che durata hanno avuto», facendo così «ritenere insussistente il fatto per come contestato».

Occorre constatare due ulteriori aspetti delle vicende oggetto di giudizio: nel primo caso, l'applicazione della disciplina del d.lgs. n. 23/2015 è stata determinata da un contratto collettivo di prossimità ex art. 8, l. n. 148/2011 che ne ha previsto l'estensione «a tutti i lavoratori anche se assunti, come il ricorrente, prima del 7.3.2015». Nel secondo caso, va rilevato che, malgrado l'insussistenza del fatto contestato cui, a norma dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n.

sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?, LG, 2019, 2, 163 ss.; S. GIUBBONI, Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale, FI, 2019, I, 92 ss.; A. MARESCA, Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è), DRI, 2019, I, 228 ss.; A. PERULLI, La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 alla luce del c.d. "Decreto Dignità" e della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018, in "Decreto Dignità" e Corte Costituzionale n. 194 del 2018, a cura di FIORILLO-PERULLI, Giappichelli, 2019, 59 ss.; V. SPEZIALE, La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti, RGL, 2019, II, 3 ss.

23/2015, dovrebbe corrispondere la reintegrazione del lavoratore, l'azienda occupava meno di quindici dipendenti con la relativa applicazione, ai fini della determinazione delle conseguenze del licenziamento ingiustificato, dell'art. 9, comma 1, del medesimo decreto.

Completato sinteticamente il quadro delle fattispecie concrete, è bene ora soffermarsi sugli aspetti applicativi dell'art. 3, comma 1, soprattutto con riferimento alla quantificazione dell'indennità da parte del giudice.

Va, innanzitutto, richiamato quanto statuito dalla Corte costituzionale in riferimento a detto articolo, dichiarando «l'illegittimità costituzionale [...] limitatamente alle parole "di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio,"». Tale intervento manipolativo ha avuto l'effetto di far venir meno il meccanismo di calcolo dell'indennità collegata all'ingiustificatezza del licenziamento, vale a dire l'automatismo tra anzianità di servizio e numero di mensilità che vanno a comporre l'indennità, e ha conseguentemente prodotto un'espansione della discrezionalità del giudice al fine della determinazione del quantum tra i limiti edittali¹⁹⁵ che la Consulta ha fatto salvi¹⁹⁶, sia nella originaria (4-24 mensilità) che nella novella (6-36 mensilità) versione. Sennonché, l'art. 3, comma 1, nel testo ora costituzionalmente conforme, non offre – ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit – all'interprete parametro alcuno per lo stabilire la misura dell'indennità con il rischio di un'eccessiva libertà applicativa da parte del giudice¹⁹⁷.

¹⁹⁵Cfr. A. MARESCA, *op. cit.*, 229 ss.

¹⁹⁶Par. 5.

¹⁹⁷V. SPEZIALE, *op. cit.*, 20, vede un limite «nella necessaria "adeguatezza" dell'indennità sotto il profilo risarcitorio e dissuasivo».

Occorre, brevemente, soffermarsi, come riportato nell'ordinanza in epigrafe, sull'estensione della disciplina del Jobs Act da parte dell'accordo ex art. 8 della l. n. 148/2011. La Corte costituzionale ha affermato¹⁹⁸ che il diverso regime sanzionatorio introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 non possa ritenersi in contrasto con il principio di ragionevolezza «in quanto conseguente allo scopo che il legislatore si è prefisso», vale a dire favorire l'instaurazione di rapporti lavoro subordinato a tempo indeterminato. Orbene, la Corte non ha considerato, in tale ricostruzione, la portata dell'art. 8 che, come noto, consente la deroga alla legge anche con riferimento «alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro» e, pertanto, legittima un accordo di prossimità che disponga una uniformazione, secondo le tutele crescenti, delle conseguenze sanzionatorie del licenziamento illegittimo. L'ordinanza ripercorre il contratto di prossimità applicato nell'impresa sottolineandone la legittimità secondo il disposto dell'art. 8, ma omette di rilevare la reale sussistenza di una delle possibili finalità di stipula¹⁹⁹. Può constatarsi, comunque, che il placet della Corte costituzionale sul diverso regime di tutele legato al tempo della sua applicazione²⁰⁰ riposi la propria legittimità sul fine che il legislatore intende perseguire; sicché, nell'ottica suggerita dalla Corte, il giudice di merito

¹⁹⁸Par. 6.

¹⁹⁹Aspetto rilevante, come dimostra la recente sentenza T. Firenze, 4 giugno 2019, inedita a quanto consta.

²⁰⁰La Consulta richiama in motivazione la sentenza n. 104 del 2018, ove si statuisce che «spetta di fatto alla discrezionalità del legislatore, nel rispetto del canone di ragionevolezza, delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme».

avrebbe dovuto accertare, nell'ambito dell'accordo di prossimità, una finalità affine a quella legittimata dalla Consulta²⁰¹.

Dalla sentenza in commento si può, inoltre, rilevare come la discrezionalità del giudice non concerna unicamente l'ambito nel quale è intervenuta la Consulta (licenziamento ingiustificato per imprese con più di 15 dipendenti), ma ha una immediata rilevanza anche per gli altri casi cui l'apparato sanzionatorio rinvia, seppure in misura dimezzata, all'art. 3, comma 1, come per le imprese con meno di 15 dipendenti. Su questo aspetto, si può forse notare, come già avvertito da autorevole dottrina²⁰², come l'applicazione dell'art. 9, comma 1, possa incontrare ulteriori valutazioni di costituzionalità: si pensi, ad esempio, a come il limite massimo di sei mensilità possa apparire, ora, in contrasto con quanto dettato in motivazione dalla Corte costituzionale²⁰³. Se, infatti, per un dipendente di un'impresa con più di 15 dipendenti l'indennità che viene corrisposta deve essere tale da soddisfare il danno subito dal lavoratore a seguito del licenziamento illegittimo, ciò non corrisponde per il dipendente di un'impresa con meno di 15 dipendenti, poiché il limite massimo è complementare al limite minimo posto dall'art. 3, comma 1. Si può obiettare, come del resto evidenziato dalla stessa Consulta²⁰⁴, che la determinazione delle soglie minima e massima entro cui deve avvenire la quantificazione dell'indennità spetti al legislatore e che sia funzionale allo

²⁰¹Operazione del resto non difficile alle parti contrattuali, visto che l'art. 8, comma 1, contempla, tra le altre, quella della «maggiore occupazione».

²⁰²R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 641.

²⁰³ Cfr. par. 12.3, laddove si afferma che l'indennità deve essere adeguata «alla sua primaria funzione riparatorio-compensativa». V. SPEZIALE, *op. cit.*, 22, sottolinea, in tale ottica, come la Corte non si sia espressa sulla adeguatezza e dissuasività del limite minimo.

²⁰⁴Cfr. parr. 10 e 11.

scopo di prevedere un indennizzo economico certo; tuttavia, se si accetta la funzione riparatorio-compensativa che l'indennità è chiamata a svolgere, appare evidente, soprattutto in relazione al riflesso, come nel caso in commento, sulle piccole imprese, come anche il limite massimo (sei mensilità) di tale indennità possa presentarsi in contrasto secondo la lettura costituzionale così offerta.

Emerge, allora, il limite della qualificazione prospettata dalla Corte costituzionale e che non viene affatto considerato dal giudice del merito: una tale funzione non può certo essere svolta dall'indennità ex art. 9, comma 1, e stando anche alla lettera della legge, almeno per quel che ne rimane, neanche dall'art. 3, comma 1, che non qualifica come risarcitoria l'indennità in oggetto²⁰⁵. Non è questa la sede per soffermarsi sulla natura di tale indennità, ma ne risulta da questo semplice sillogismo tra norma emendata (art. 3, comma 1) e norma originaria (art. 9, comma 1) come la qualificazione della Consulta (funzione riparatorio-compensativa) rischi di alimentare una disparità di trattamento non conforme al principio di uguaglianza sancito in Costituzione (art. 3).

Ecco, dunque, che la discrezionalità del giudice comincia a mostrare tutte le sue asperità preliminari e, soprattutto, risulta davvero necessaria un'attenta – seppure non frequente in tale canone nelle decisioni in commento –

²⁰⁵Evidenzia A. MARESCA, *op. cit.*, 239: «che l'estinzione del rapporto e, quindi, la perdita del lavoro per il dipendente è sancita dal provvedimento del giudice (o, comunque, è l'effetto di esso), mentre l'indennità punisce il datore di lavoro per aver esercitato il potere di recesso in modo non conforme ai parametri legali della giusta causa o del giustificato motivo».

motivazione decisionale che soddisfi, almeno, la sistematicità dell'ordinamento²⁰⁶.

Entrambi i provvedimenti riprendono, seppur non considerandoli tutti al fine della determinazione dell'indennità, i criteri indicati in motivazione dalla Corte costituzionale²⁰⁷: anzianità di servizio, numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti. Tra questi, come affermato anche dalla Consulta²⁰⁸, il giudice dà una certa preminenza al criterio dell'anzianità di servizio, offrendo altresì un'indicazione sulla sua "sorte" a seguito dell'intervento della Corte.

Se nella motivazione della sentenza si limita a considerare tale criterio come il punto di partenza per la quantificazione dell'indennità; nell'ordinanza aggiunge che il venir meno del meccanismo di calcolo basato sull'anzianità di servizio «non può risolversi in un danno per il lavoratore», dovendosi attribuire allo stesso criterio un'incidenza preminente soprattutto nei casi di maggiore anzianità e un valore «al di sotto del quale non può andarsi».

Ora, considerato quel che resta dell'art. 3, comma 1, appare evidente che anche l'anzianità di servizio, come criterio guida, è stato "falcato" dal testo della norma. Tuttavia, come evidenziato dalla stessa Consulta, la legge n. 183/2014 all'art. 1, comma 7, lett. c) prescrive che l'«indennizzo economico

²⁰⁶Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016, IX: «la decisione non poggia sul niente, ma sulla qualsiasi motivazione, sottoposta al controllo delle istanze superiori: sulla prima decisione si sovrappongono altre decisioni. Ove la decisione sia disgiunta dal giudicare secondo legge, e affidata a 'valori' o altri criteri soggettivi, i diversi gradi del processo si risolvono in una catena di pure decisioni, in un sovrapporsi di esperienze esistenziali, che mettono capo a un *dictum* incontrollabile e incontrollato».

²⁰⁷Come aveva sin da subito avvertito R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 639.

²⁰⁸Par. 15: «il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio».

certo» sia «crescente con l'anzianità di servizio». Occorre sottolineare, però, la violazione del principio di non contraddizione che incontra tale ragionamento: se, infatti, viene emendato dalla norma il meccanismo che rende operativo l'automatismo dell'indennità collegata all'anzianità di servizio, non si comprende, allora, come il medesimo criterio possa sopravvivere, anche nella sua primazia, solo perché richiamato espressamente dalla legge delega. In altre parole: il criterio è valido perché, come afferma la Corte costituzionale, «ispira il disegno riformatore del d.lgs. n. 23 del 2015», ma il suo funzionamento è illegittimo. Insomma, c'è (legge delega), ma non si deve vedere (incostituzionalità dell'art. 3, comma 1). Inoltre, il criterio dell'anzianità, come specifica la stessa legge delega, è funzionale proprio alla certezza della sanzione. Certezza che l'intervento della Consulta ha demolito in favore del «la discrezionalità del giudice» che «risponde all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore».

Il Tribunale cosentino sembra percepire il “pericolo” dell'assenza di criteri e sancisce che tale libertà non possa ritorcersi contro il lavoratore. Da qui, fornisce l'interpretazione secondo la quale l'anzianità di servizio diviene criterio di non regresso del quantum dell'indennità²⁰⁹ cui si possono solo aggiungere, eventualmente, gli altri criteri accrescitivi.

Sennonché, la confusione appare massima. Da un lato, la discrezionalità del giudice si svolge in un esercizio libero volto alla personalizzazione dell'indennità; dall'altro, il punto di partenza e di preminenza è il criterio il cui funzionamento è, però, costituzionalmente illegittimo. Può rilevarsi, così,

²⁰⁹Del resto, il giudice di merito lascia intatto anche il canone dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR.

tutta la difficoltà applicativa che l'intervento della Consulta ha riversato sul giudice per l'art. 3, comma 1, in un testo privo di alcun – ivi inclusa l'anzianità di servizio – parametro quantificante. Assumere tale criterio come punto di non regresso significa, altresì, limitare la reale incidenza dei presunti altri criteri (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti) sulla determinazione dell'indennità, in assenza di una gerarchia tra gli stessi²¹⁰, dato che il testo che si ottiene della norma, secondo il dispositivo della Consulta, non comprende l'indicazione («innanzitutto») contenuta in motivazione. Si acuisce, così, la difficoltà di individuare quali, quanti e come si articolino i criteri che devono guidare il giudice nella determinazione dell'indennità collegata, a questo punto, all'«esperienza esistenziale»²¹¹.

Un'ultima considerazione merita l'applicazione, da parte del giudice, degli altri criteri indicati dalla Consulta. In entrambe le decisioni, infatti, dopo un richiamo, secondo la motivazione della sentenza 194/2018, a«gli altri criteri desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti», il giudice, considerata primariamente l'anzianità di servizio, applica, inoltre, il criterio inerente il comportamento delle parti.

Nell'ordinanza, tiene conto del «comportamento tenuto dall'azienda nel corso del tentativo di conciliazione che non ha aderito alla proposta di adibire il lavoratore ad altre mansioni», aumentando l'indennità di 3 mensilità rispetto al solo criterio dell'anzianità di servizio; nella sentenza, considera, invece, il «comportamento tenuto [dal lavoratore] nel corso del procedimento

²¹⁰Cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, 19.

²¹¹ V., *supra*, nt. 206.

disciplinare, per come è emerso dall'istruttoria», lasciando invariata l'indennità calcolata secondo l'anzianità di servizio.

Occorre rilevare che il rifiuto dell'offerta conciliativa costituisce, ai sensi dell'art. 420, comma 1, c.p.c., «comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio», ma se questo ne può giustificare la considerazione da parte del giudice, non sembra possibile che possa altresì legittimarne l'impiego per la determinazione dell'indennità, poiché la norma ne circoscrive la valutazione ai fini del giudizio e non dell'indennità. Salvo ritenere che l'indennità ex art. 3, comma 1, abbia natura sanzionatoria, ma anche in tal caso occorrerebbe – in ossequio al principio nulla poena sine lege – una espressa corrispondenza tra comportamento valutabile ex art. 420, comma 1, e quantificazione dell'indennità ex art. 3, comma 1; corrispondenza che si può, ancora, ravvisare solo con riferimento al licenziamento ingiustificato da parte del datore.

Per quanto concerne, invece, il comportamento del lavoratore nel corso del procedimento disciplinare (rifiuto di ricevere la lettera di contestazione), si può evidenziare come tale comportamento esuli dalla sfera del processo, emergendo, così, il problema del limite del criterio (comportamento delle parti) che il giudice considera. Per dir meglio: il comportamento delle parti richiamato dalla Consulta e ripreso dal Tribunale si limita a quello tenuto in giudizio? Comprende quello tenuto durante tutta la fase del recesso? Il giudice di merito si limita a considerarlo rilevante, ma omette di chiarirne l'incidenza e soprattutto il nesso di causalità con la determinazione dell'indennità.

Il compito cui è chiamato oggi il giudice non è affatto semplice e la discrezionalità, *rectius* l'incertezza, "senza limiti e senza norme" non ne facilita certo l'opera²¹².

4. Il diritto del lavoro tra tutele e mercato economico

Il conflitto tra le diverse esigenze delle parti collettive (lavoratori e imprese) necessita di un bilanciamento per garantirne la coesistenza in un sistema improntato ad un'economia di mercato e alla tutela dei diritti sociali.

In questo contesto, può apparire interessante uno sguardo al problema attraverso la teoria dell'analisi economica del diritto²¹³, che valuta le regole giuridiche in termini di efficienza, al fine della massimizzazione del benessere complessivo.

Bisogna innanzitutto chiarire come ai fini giuslavoristici essa possa assumere una rilevanza in termini di ripartizione dei costi, ossia in rapporto alla ripartizione allocativa che la regola giuridica opera, in quanto l'ottica del

²¹²Cfr. C. PISANI, *op. cit.*, 166 ss.

²¹³ Per la letteratura giuslavorista sul tema, si vedano gli studi di A. Ichino e P. Ichino, *A che serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4, 1994, pp. 459 ss.; P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996; P. Loi, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 84, 1999, pp. 547 ss.; S. Deakin e F. Wilkinson, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 84, 1999, pp. 587 ss.; più in generale, R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 89, 2001, pp. 3 ss. Tra la letteratura extralavoristica, si veda F. Denozza, *Norme efficienti*, Giuffrè, Milano, 2002.

diritto del lavoro è quella distributiva, ottica che non sempre coincide con una linea di efficienza massima²¹⁴.

Occorre dunque applicare il canone dell'efficienza ai costi²¹⁵, vedendo quando la sopportazione del costo da parte di un soggetto riesca comunque a mantenere un beneficio più elevato per la situazione complessiva.

Per quanto riguarda il diritto europeo e la sua costruzione, che in relazione al punto d'indagine, si potrebbe definire *bicefala* tra libertà economiche e diritti sociali, la valutazione dell'incidenza dei costi che la normativa e la giurisprudenza pongono e le possibili soluzioni di efficienza devono tener conto della costruzione giuridica del diritto del lavoro e dei principi che fondano il sistema.

Considerati infatti i diritti di stabilimento e di libera prestazione di servizi, è evidente che essi garantiscono dei benefici per l'intera collettività, puntando ad avere un mercato in cui gli operatori possono muoversi ed espandersi senza affrontare costi, e svolgendo così una concorrenza in termini sia territoriali, che utilitaristici. A ciò si affiancano i diritti sociali che assicurano la tutela del lavoratore e i diritti di azione collettiva, costituendo un beneficio forte e decisivo nella protezione della parte debole del rapporto di lavoro e che subisce il costo di transazione dovuto alla sua deficienza informativa al fine della stipula del contratto.

²¹⁴ Cfr. P.Loi, *ult. op. cit.*, p. 552.

²¹⁵ Il teorema di Coase presuppone proprio l'assenza dei costi di transazione al fine del raggiungimento dell'efficienza della soluzione sociale in termini di ottimo-paretiano, ossia in termini tali da non poter migliorare la situazione di un soggetto senza peggiorare quella di un altro soggetto.

Se in un sistema privo di costi di transazione la libera contrattazione (transazione) tra le parti produce da sola il raggiungimento dell'efficienza, in presenza degli stessi viene spiegato l'intervento dello Stato che si 'intromette' nel libero gioco di scambio sul mercato per assicurare dei livelli di tutela inderogabile per i lavoratori e dunque ripianare il costo di transazione degli stessi, determinando così un livello di efficienza minore (*second best*) rispetto a quello che si determinerebbe in un mercato di concorrenza perfetta, ossia privo di costi di transazione e di interventi terzi a favore di una parte del contratto, in cui il livello più efficiente è dato dal punto d'incontro degli operatori economici.

Considerando che il mercato europeo è solamente tendente alla concorrenza perfetta, e dunque presenta costi di transazione, bisogna vedere come libertà economiche ed azione sociale (in particolare lo sciopero) si combinano per dar luogo a soluzioni efficienti socialmente.

Si rileva, *in primis*, una regolazione normativa dei due fattori che fanno capo a soggetti diversi (imprese e lavoratori, ovvero sindacati) che entrano in contatto per le loro proprie esigenze (utile e lavoro), al fine di perseguire la massimizzazione del proprio benessere. L'ordinamento è dunque volto a porre entrambi i diritti su un piano di diritti fondamentali, stabilendone così la natura di fondamento dell'intero sistema europeo, ma data la loro natura conflittuale, in quanto il perseguimento della massimizzazione dell'uno può comportare l'annullamento dell'altro, deve trovare una soluzione di contemperamento per la ripartizione dei costi ed il mantenimento dei benefici.

È chiaro, allora, che alla luce della analizzata disciplina del licenziamento e del sistema sanzionatorio delineato dal legislatore un ruolo importante sul piano della determinazione è quello che svolge il giudice²¹⁶.

Di fronte alla illegittimità del recesso, determinata dall'ingiustificatezza dello stesso, la reintegrazione si atteggia come fattispecie straordinaria e ricorrendo la scelta del giudice sul *quantum* di indennità da corrispondere. Si può osservare come tale discrezionalità, riaperta dalla pronuncia della Corte costituzionale, non sia, al momento, limitata ed indirizzata in base a criterio alcuno, non avendo determinato gli stessi, in via cogente, l'interpretazione fornita dalla sentenza 194/2018. Ciò produce l'inclinazione del sistema della certezza della sanzione stimata in un costo economico certo e determinabile ed apre, invece, alla valorizzazione della fattispecie concreta, con un'attenzione a possibili (ed indeterminati) altri fattori.

Nell'ottica di un ragionamento in termini di efficienza, che misuri il costo-beneficio che deriva dalla regola della tutela indennitaria a fronte della tutela reale considerata dall'ottica dello Statuto come tutela principe del lavoro subordinato, bisogna chiedersi quale posto occupino le tutele in termini di analisi economica del diritto.

Può la tutela atteggiarsi in termini di efficienza economica? La risposta non può che essere negativa e ciò per quattro ordini di considerazioni: la tutela non nasce per ragioni economiche e non trova il suo fondamento nell'interesse di

²¹⁶ Come scrive P.Loi, *ult. op. cit.*, p. 575: "Per quanto riguarda il ruolo delle norme di natura giurisdizionale, dovrebbe essere chiara, secondo l'analisi economica del diritto, la centralità del giudice quale *magister* dell'efficienza".

soggetti individualmente considerati²¹⁷, bensì in una ragione di interesse collettivo, che dunque prescinde dalla considerazione di singoli soggetti e che ha come scopo quello di garantire dei trattamenti minimi ai lavoratori in ragione della loro debolezza contrattuale²¹⁸.

Inoltre, l'obiettivo della tutela trova collocazione come interesse generale della collettività e viene assunto a principio dell'ordinamento²¹⁹, così che non è possibile 'degradare' diritti fondamentali in termini di costi-benefici, perché il consenso generale della società accorda agli stessi una protezione il cui costo, in termini di efficienza, la comunità può sostenere in considerazione della sua impostazione sociale dell'economia di mercato²²⁰.

Occorre, poi, tener conto del fatto che considerare i diritti sociali, ed in particolare quelli di azione collettiva, in termini di efficienza economica

²¹⁷ Riprendendo quanto scrivono A. Ichino e P. Ichino, *ult. op. cit.*, p. 479, in maniera analoga all'enigma del prigioniero della teoria dei giochi: "in assenza di interventi di coordinamento del comportamento dei lavoratori, la strategia individualmente ottimale conduce il lavoratore disoccupato alla pattuizione in deroga rispetto ai livelli *standard* prestabiliti: nessun *outsider* può infatti contare sul fatto che gli altri rispettino gli *standard* retributivi minimi, poiché per ciascun singolo il negoziare al ribasso è ottimale, quale che sia il comportamento dei terzi".

²¹⁸ P. Loi, *ult. op. cit.*, p. 568: "Una struttura di governo «protettiva», quindi con un rapporto di lavoro subordinato e a tempo indeterminato, è considerata pienamente efficiente specie se si tratta di professionalità elevate e/o acquisite all'interno dell'impresa", ossia in termini di specificità delle risorse, che si ha "quando la natura della professionalità acquisita sia attraverso la formazione, sia attraverso l'esperienza concreta di lavoro nell'impresa sono essenziali per l'impresa stessa". Il mantenimento di questi lavoratori altamente professionali in regime di governo protettivo è quindi un beneficio per l'impresa, dunque efficiente.

²¹⁹ Per l'ordinamento europeo si veda l'art. 151 TFUE.

²²⁰ Cfr. art. 3, § 3 TUE. E si riporta quanto scrive C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 101: "L'inderogabilità – spesso si dice – comporta un costo, ovviamente a carico dell'impresa, e produce inefficienza. [...] Ma il «costo giuridico» che essa esige per la tutela di diritti a contenuto pregnante non può essere giudicato a priori eccessivo, né d'altro canto è dato sapere quale sarebbe il costo, questa volta a carico del lavoratore, di una sterzata del legislatore verso l'abbassamento delle garanzie".

avrebbe l'effetto di vanificare il conflitto, che è invece alla base delle relazioni industriali.

Infine, bisogna tener conto del contesto concorrenziale che richiede una parità di condizioni delle imprese sul mercato e, dunque, il *dumping* sociale che si determinerebbe con il restringimento dei diritti sociali per fini di efficienza economica produrrebbe pratiche commerciali scorrette, le quali trarrebbero il proprio vantaggio dal mancato rispetto delle tutele dei lavoratori, ponendosi quindi in contrasto con il *fair play* proprio di un mercato concorrenziale²²¹.

²²¹ Si vedano le interessanti considerazioni di A.Perulli, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *DLM*, vol. 1, III, 2011, pp. 414 ss. L'A. (p. 415) sottolinea che un commercio *fair* "non può fondarsi sulla svalutazione competitiva dei regimi sociali".

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, a cura di A. PERULLI, Giappichelli, 2017

G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, 2009

M.V. BALLESTRERO, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in F. CARINCI (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, I, 1991, 104 ss.

M.V. BALLESTRERO, voce *Licenziamento individuale*, *Enc dir*, Giuffrè, V, 2012

M.V. BALLESTRERO, "Habemus legem"!, *DLM*, 2012, I, 229 ss.

E.BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, Relazione al XIX Congresso A.I.D.La.S.S., Napoli, 16-17 giugno 2016, in www.aidlass.it

M. BARBIERI, *La nuova disciplina sostanziale del licenziamento individuale: prime proposte giurisprudenziali*, *RGL*, 2013, II, 333 ss.

P. BELLOCCHI, *La nullità del licenziamento nel decreto legislativo n. 23/2015*, *DRI*, 2018, I, 145 ss.

E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, 1952^{II}

M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, *ADL*, 2013, II, 1235 ss.

A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 ed il lavoro pubblico*, *LPA*, 2012, I, 991 ss.

C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, vol. III, Giuffrè, 2000^{II}

A. BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, a cura di S. MAINARDI, Utet, 2012, 119 ss.

U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Giuffrè, 1991

M. BROLLO, *Il diritto del mercato del lavoro postmoderno*, ADL, 2012, I, 856 ss.

M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University press e-Book series, n. 48, 2015

S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012

D. CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Giappichelli, 1939

F. CARINCI e M. MISCIONE, *La riforma Fornero (l. n. 92/2012)*, LG, 2012, 10, 845 ss.

F. CARINCI, *"Provaci ancora, Sam": ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, RIDL, 2012, I, 3 ss.

F. CARINCI, *Complimenti, Dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, LG, 2012

F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedente innovatore ed il prudente osservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, ADL, n. 4, 2012

F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 172, 2013

F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, ADL, 2013, I, 461 ss.

M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2005

M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previsto dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, RIDL, II, 1052 ss.

M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexsecurity "all'italiana" a confronto*, DLRI, 2012, I, 527 ss.

M.T. CARINCI, *All'insegna dell flessibilità*, in M.T. CARINCI - A. TURSI (a cura di), *Jobs Act, il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2015

M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel "Jobs Act": una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, RIDL, 2018, II, 1059 ss.

F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. del «Foro Italiano», 1951^{III}

B. CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo" di licenziamento tra storie e attualità*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2017, n. 323

C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, RIDL, 2015

A. CESSARI, *Fedeltà, lavoro, impresa*, Giuffrè, 1969

C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi e tutela reale*, LG, 2012, 10, 861 ss.

C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in (a cura di) C. CESTER, *I licenziamenti dopo la L. n. 92/2012*, Cedam, Padova, 2013

C. CESTER, *La modifica in peius delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, DRI, I, 2016

C. CESTER, *Il "Jobs Act" sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, *LG*, 2019, 2, 163 ss.

M. CIAN – A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Cedam, 1997

G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, *I contratti*, 2010,

II

M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, 1979

B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Esi, 2012

R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976

R. DE LUCA TAMAJO e F. BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, 2006

R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, *RIDL*, 2012, II, 1064 ss.

R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, *DLM*, 2018, III, 634 ss.

M. DEL CONTE, *Le dimissioni e la risoluzione consensuale nel contratto di lavoro*, Egea, 2012

M. DEL CONTE, *Premesse e prospettive del Jobs Act*, *DRI*, n. 4, 2015

E. DEL PRATO, voce *Negoziio giuridico*, *Enciclopedia Treccani online*, 2015

R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, *DLRI*, n. 89, 2001, 3 ss.

R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017

S.DEAKIN e F.WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, DLRI, n. 84, 1999, 587 ss.

M. DELFINO, *Note su Jobs Act, flexicurity e ordinamenti sovranazionali*, DLM, 11, 2015, 407 ss.

F. DENOZZA, *Norme efficienti*, Giuffrè, 2002

A. DI MAJO, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, *Enc dir*, Giuffrè, XXIV, 1974

A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, 1941

A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, *Enc dir*, Giuffrè, VI, 1960

A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Giappichelli, 1943

M. FERRARESI, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, DLRI, 2013, 2, 338 ss.

M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, 2016

G. GABRIELLI – F. PADOVINI, voce *Recesso (dir. priv.)*, *Enc dir*, Giuffrè, XXXIX, 1988, 27 ss.

F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU – F. MESSINEO – L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 2002^{II}

M. GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, MGL, 2018, I, 39 ss.

U. GARGIULO, *Lo ius variandi nel «nuovo» art. 2103 cod. civ.*, RGL, I, 2015

A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, DRI, I, 2016

F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, I, Giuffrè, 1978, 973 ss.

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2019^{XIX}

G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in L. FIORILLO - A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015

E. GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, LD, 1992, I

E. GHERA, *Il contratto di lavoro oggi: flessibilità e crisi economica*, DLRI, 2013, 140, 699 ss.

M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1981

S. GIUBBONI, *Il licenziamento nel contratto di lavoro a tutele crescenti dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, FI, 2019, I, 92 ss.

E. GRAGNOLI, *La riduzione di personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, Cedam, 2006

E. GROSSI, *Nullità dei negozi giuridici*, Tip. Lombardo, 1916

P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 1 (1972), Giuffrè, 1972

A. ICHINO e P. ICHINO, *A che serve il diritto del lavoro. Riflessioni interdisciplinari sulla funzione economica e la giustificazione costituzionale dell'inderogabilità delle norme giuslavoristiche*, RIDL, n. 4, 1994, 459 ss.

P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996

- P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, RIDL, 2012
- P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, RIDL, 2015, I
- P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, RIDL, 2018, II, 1050 ss.
- N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. 7 (1978). *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, Giuffrè, 1979
- N. IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, RDC, 1994, I
- N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, RTDPC, 1999, I
- N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, RDP, 2014, I, 38 ss.
- N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016
- A. LERNER, voce *Potere e potestà*, *Enc dir*, Giuffrè, XXXIV, 1985, 6 ss.
- P.LOI, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, DLRI, n. 84, 1999, 547 ss.
- A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Giuffrè, 2015
- M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 256, 2015
- S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, ADL, 2012, I, 535 ss.
- G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie: il recesso ordinario*, Giuffrè, 1962

M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, ADL, 2012, I, 612 ss.

M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 236, 2015

M. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e "controllo di pretestuosità"*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017, 52 ss.

A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, RIDL, 2012, I, 415 ss.

A. MARESCA, *Il licenziamento ingiustificato: dalla reintegrazione alle tutele economiche crescenti*, in F. CARINCI (a cura di) *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atti del X Seminario di Bertinoro - Bologna del 23-24 ottobre 2014*, Adapt Labour Studies, e-book series n. 40 Adapt University Press, 2015

A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*, DRI, 2019, I, 228 ss.

L. MARIUCCI, *I molteplici inganni del contratto a tutele crescenti*, in M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014*, n. 183, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - *Collective Volumes*, n. 3, 2014

O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA - P. ZATTI, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019^{vii}

- L. MENGONI, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti in onore di Scialoja*, IV, Zanichelli, 1953
- G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Cedam, 1960
- G. MIMMO, *Mansioni, la riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015
- G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Jovene, 1955
- M. MISCIONE, *Il diritto del lavoro nella "riforma Monti-Fornero" ma soprattutto "art. 18"*, LG, 2012, 11, 1025 ss.
- C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, DL, 1954, I, 160 ss.
- L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, DLRI, 2007, I
- L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, DLRI, 2012, I
- L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, ADL, 2015, I, 515 ss.
- G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, DLRI, 2012, 139, 619 ss.
- M. PAPALEONI, *Il licenziamento per giusta causa o motivo*, Cedam, 1998
- M. PEDRAZZOLI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: da (corno di una) dicotomia a fattispecie*, DRI, 2018, I, 993 ss.
- M. PEDRAZZOLI, *La giustificazione del licenziamento per motivi economico-oggettivi. Differenze e variazioni di fattispecie nei principali paesi europei*, RIDL, 2019, I, 3 ss.

G. PERA, *Le controversie in tema di sanzioni disciplinari e licenziamento secondo lo statuto dei lavoratori*, RTDPC, 1971, 1267, ora in *Scritti di Giuseppe Pera. Diritto previdenziale. Diritto processuale*, vol. III, Giuffrè, 2007

M. PERSIANI, *Fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, ADL, 2013, I, 1 ss.

A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, ADL, 2012, I, 785 ss.

A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO - A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi - Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, 2015

A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 alla luce del c.d. "Decreto Dignità" e della sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *"Decreto Dignità" e Corte Costituzionale n. 194 del 2018*, a cura di FIORILLO-PERULLI, Giappichelli, 2019, 59 ss.

V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Cedam, 1963

C. PISANI, *Licenziamento e fiducia*, Giuffrè, 2004

C. PISANI, *Le fattispecie: giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di F. CARINCI, III. *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coordinato da S. MAINARDI, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XXIV, Giappichelli, 2007, 81 ss.

C. PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto "liquido"*, MGL, 2018, I, 149 ss.

G. PROIA, *La nuova disciplina delle dimissioni e della risoluzione consensuale*, RIDL, 2017, I

G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte Costituzionale*, MGL, 2018, I, 197 ss.

A. PROTO PISANI, *Tre note sull'art. 18 dello statuto dei lavoratori scritte da un giurista ingenuo*, FI, 2012, 4, 121 ss.

P. RESCIGNO, voce *Atto giuridico (diritto privato)*, EGT, 1988

U. ROMAGNOLI, *Tra sperimentazione e rottamazione*, in M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 3, 2014

S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1947, 172 ss.

C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*, ADL, 2, 2015

V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA - P. ZATTI, Giuffrè, 2011^{II}

F. ROSELLI, *Il recesso dal contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, *Il contratto in generale*, V, Giappichelli, 2002

S. SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Giuffrè, 1965

F. SANTONI, *Il capo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, in M. PERSIANI - F. CARINCI (ordinati da), QADL, n. 14, Cedam, 2015

F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico (dir. priv.)*, *Enc dir*, Giuffrè, IV, 1959

F. SANTORO-PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in ID., *Saggi di diritto civile*, II, Jovene, 1961

F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 2012

G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, DRI, 2015

G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo "organizzativo": la fattispecie*, DRI, 2017, I, 61 ss.

G. SANTORO-PASSARELLI, *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, DRI, 2019, I

F. SCARPELLI, *I licenziamenti per riduzione del personale*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *I rapporti di lavoro nel diritto vivente. Casi e materiali*, Giappichelli, 2013, 223 ss.

R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, 1969^{II}

R. SCOGNAMIGLIO, *Commento alla Legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, RIDL, 2013, I, 783 ss.

SIGILLÒ MASSARA, *La tutela contro i licenziamenti illegittimi dopo la pronuncia della Corte Costituzionale 26 settembre 2018, n. 194*, MGL, 2018, I, 149 ss.

V. SIMI, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, 1967

V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992

V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 190, 2013

V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013

V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: Il Jobs Act e la riforma dei contatti e di altre discipline del rapporto di lavoro* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, n. 233, 2014

V. SPEZIALE, *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, DLRI, 2014, I

V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT n. 259, 2015

V. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, RGL, 2019, II, 3 ss.

M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, 1993

T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, DLRI, 2013, 1 ss.

P. TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, 1994

A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, DLRI, 2012, 3, 621 ss.

A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012

A. VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, MGL, 2018, II, 251 ss.

S. VARVA, *Riforma del mercato del lavoro e indennità sostitutiva della reintegrazione*, LG, 2013, 4, 333 ss.

S. VARVA, *Il licenziamento economico*, Giappichelli, 2015

G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, RIDL, 2012, I, 617 ss.

R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 262/2015

G. ZAGARI, *Contributo alla teoria del licenziamento nel diritto italiano e comparato*, Giuffrè, 1974

L. ZOPPOLI, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, Cedam, I, 2005, 837 ss.